

5 MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2009 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Anja Heringer,
Notarassessorin

Dr. Markus Vierling,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Brüggen: Die Strukturreform des Versorgungsausgleichs – Auswirkungen auf die notarielle Praxis 337

Franzmann: Sicherer Immobilienerwerb durch Notar und Grundbuch 346

Leitzen: Die Umwandlung kommunaler Eigengesellschaften und Regie- und Eigenbetriebe aus zivilrechtlicher und notarieller Sicht 353

Rechtsprechung

Fortbestehen beschränkter persönlicher Dienstbarkeit, wenn nicht sämtliche Nutzungsarten aufgegeben werden (BGH, Urteil vom 6.2.2009, V ZR 139/08) 374

mit Anmerkung *Böhringer* 375

Beurteilung der Geschäftsfähigkeit bei Vorsorgevollmachten (OLG München, Beschluss vom 5.6.2009, 33 Wx 278/08) 382

Dingliche Unterwerfungserklärung eines Vertreters im Zwangsversteigerungsverfahren (LG Mannheim, Beschluss vom 13.3.2009, 6 T 3/09) 392

mit Anmerkung *Stöber* 393

Belehrungspflichten bei Voreinzahlung auf künftige Kapitalerhöhung (BGH, Urteil vom 24.4.2008, III ZR 223/06) 394

mit Anmerkung *Kilian* 396

Geschäftswert einer Vorsorgevollmacht mit Betreuungs- und Patientenverfügung (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.10.2008, 3 W 162/08) 401

mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse* 402

Überwachung von Treuhandauflagen ist mit Vollzugsgebühr abgegolten (OLG Dresden, Beschluss vom 31.3.2009, 3 W 199/09) 403

mit Anmerkung *Diehn* 405

Gewerbesteuer bei Formwechsel einer GmbH in eine Personengesellschaft (BFH, Beschluss vom 18.9.2008, IV B 51/08) 409

mit Anmerkung *Wälzholz* 410

Hinweise für die Praxis

Örtliche Zuständigkeit für die Anzeige gemäß § 18 GrEStG (*Haßelbeck*) 415

Inhalt

Aufsätze

- Brüggen*: Die Strukturreform des Versorgungsausgleichs – Auswirkungen auf die notarielle Praxis **337**
- Franzmann*: Sicherer Immobilienerwerb durch Notar und Grundbuch **346**
- Leitzen*: Die Umwandlung kommunaler Eigengesellschaften und Regie- und Eigenbetriebe aus zivilrechtlicher und notarieller Sicht **353**

Buchbesprechungen

- Krauß: Immobilienkaufverträge in der Praxis (*Koller*) **362**
- Hausmann/Hohloch (Hrsg.): Handbuch des Erbrechts (*Grömer*) **363**
- Zimmermann: Die Testamentsvollstreckung (*Westermeier*) **365**
- Müther: Das Handelsregister in der Praxis (*Wolf*) **366**
- Heckschen: Das MoMiG in der notariellen Praxis (*Weiler*) **367**
- Tillmann/Schiffers/Wälzholz: Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht (*Weigl*) **369**
- Happ: Aktienrecht (*Mayer*) **370**
- Schmid/Lutter: Aktiengesetz (*Pfisterer*) **371**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Zustimmung von Grundpfandgläubigern bei Sondernutzungsrechten (OLG München, Beschluss vom 19.5.2009, 34 Wx 36/09) **372**

Sachen- und Grundbuchrecht

2. Fortbestehen beschränkter persönlicher Dienstbarkeit, wenn nicht sämtliche Nutzungsarten aufgegeben werden (BGH, Urteil vom 6.2.2009, V ZR 139/08) **374**
mit Anmerkung *Böhringer* **375**
3. Zulässigkeit von Quotennießbrauch an Miteigentumsanteil (OLG Schleswig, Beschluss vom 6.11.2008, 2 W 174/08) **376**
4. Gemeinschaftsverhältnis analog §§ 1024, 1025 BGB bei Grunddienstbarkeiten (LG Kassel, Beschluss vom 26.5.2009, 3 T 92/09) **377**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

5. Altersvorsorge des Unterhaltspflichtigen und Befristung des Krankheitsunterhalts (BGH, Urteil vom 27.5.2009, XII ZR 111/08) **379**
6. Beurteilung der Geschäftsfähigkeit bei Vorsorgevollmachten (OLG München, Beschluss vom 5.6.2009, 33 Wx 278/08) **382**

Erbrecht

7. Über 30-jährige Testamentsvollstreckung verfassungsrechtlich zulässig (BVerfG, Beschluss vom 25.3.2009, 1 BvR 909/08) **386**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

8. Versicherung des Geschäftsführers nach §§ 8 Abs. 3, 6 Abs. 2 GmbHG (OLG München, Beschluss vom 20.4.2009, 31 Wx 34/09) **387**
9. Schriftformerfordernis bei Stimmrechtsvollmachten (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 17.2.2009, 5 W 40/08) **388**
10. Anmeldung einer nach Musterprotokoll gegründeten Unternehmungsgesellschaft (OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.4.2009, 8 W 116/09) **390**
11. Geschäftsanschrift mit Zusatz „c/o“ (OLG Naumburg, Beschluss vom 8.5.2009, 5 Wx 4/09) **391**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

12. Dingliche Unterwerfungserklärung eines Vertreters im Zwangsversteigerungsverfahren (LG Mannheim, Beschluss vom 13.3.2009, 6 T 3/09) **392**
mit Anmerkung *Stöber* **393**

Beurkundungs- und Notarrecht

13. Regelmäßig keine Pflicht zur wirtschaftlichen Beratung (*nur Leitsatz*) (BGH, Beschluss vom 26.2.2009, III ZR 135/08) **394**
14. Belehrungspflichten bei Voreinzahlung auf künftige Kapitalerhöhung (BGH, Urteil vom 24.4.2008, III ZR 223/06) **394**
mit Anmerkung *Kilian* **396**
15. Hinweispflicht auf Anfall von Schenkungsteuer (*nur Leitsatz*) (OLG Oldenburg, Urteil vom 12.6.2009, 6 U 58/09) **399**

Kostenrecht

16. Keine Nebengebühr bei Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto (BGH, Beschluss vom 2.4.2009, V ZB 70/08) **399**

Inhalt (Fortsetzung)

17. Geschäftswert einer Vorsorgevollmacht mit Betreuungs- und Patientenverfügung
(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.10.2008, 3 W 162/08) **401**
mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse* **402**
18. Überwachung von Treuhandaufgaben ist mit Vollzugsgebühr abgegolten
(OLG Dresden, Beschluss vom 31.3.2009, 3 W 199/09) **403**
mit Anmerkung *Diehn* **405**

Öffentliches Recht

19. Nichtiger Städtebaulicher Vertrag wegen fehlender Kausalität
(BayVGH, Urteil vom 18.12.2008, 4 BV 07.3067) **406**

Steuerrecht

20. Anzeige eines Erwerbsvorgangs bei der Körperschaftsteuerstelle (*nur Leitsatz*)
(BFH, Urteil vom 11.6.2008, II R 55/06) **409**
21. Gewerbesteuer bei Formwechsel einer GmbH in eine Personengesellschaft
(BFH, Beschluss vom 18.9.2008, IV B 51/08) **409**
mit Anmerkung *Wälzholz* **410**
22. Aufteilung von Schuldzinsen
(BFH, Urteil vom 1.4.2009, IX R 35/08) **412**

Hinweise für die Praxis

- Örtliche Zuständigkeit für die Anzeige gemäß § 18 GrEStG (*Haßelbeck*) **415**

Standesnachrichten **416**

Sonstiges **III**

5 | MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2009 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Anja Heringer,
Dr. Markus Vierling
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Die Strukturreform des Versorgungsausgleichs – Auswirkungen auf die notarielle Praxis

Von Notarin a. D. Prof. Dr. *Andrea Brüggem*, Berlin

Offiziell angekündigt wurde sie durch das Bundesministerium der Justiz erstmals 2002: Die Barwertverordnung war durch den Beschluss des BGH vom 5.9.2001¹ für unwirksam erklärt worden und hatte so das System des Versorgungsausgleichs von 1977 in heftiges Wanken gebracht. Herbeigewünscht wurde sie wohl schon sehr viel länger: Unübersichtlich, unflexibel, komplexes Expertenrecht² oder gar „Buch mit sieben Siegeln“³ sind Stichworte, die zum bisherigen Recht immer wieder laut wurden. Nun, nach sieben Jahren Vorarbeit, ist sie da – die Strukturreform: Am 8.4.2009 wurde das gleichnamige Gesetz (VAStrRefG) im Bundesgesetzblatt verkündet.⁴ Seinen Kern bildet das Gesetz über den Versorgungsausgleich (VersAusglG – Art. 1 VAStrRefG), das den Versorgungsausgleich künftig in einem eigenständigen Gesetz außerhalb des BGB regelt.⁵ In Kraft tritt die Reform zum 1.9.2009, zeitgleich mit dem Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz)⁶ und dem Gesetz zur Änderung des Zugewinnungs- und Vormundschaftsrechts.⁷ Wie die neue Struktur des Versorgungsausgleichs aussieht, was das für die notarielle Praxis bedeutet, nicht zuletzt aber auch, ob das Inkrafttreten im „verflixten siebten Jahr“ vielleicht kennzeichnend für die Reform ist, soll Gegenstand dieses Beitrags sein.

I. Einleitung

Das deutsche Recht kennt den Versorgungsausgleich seit 1977, eingeführt durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts.⁸ Durch ihn sollen die Eheleute im Fall einer Scheidung an dem in der Ehe gemeinsam erwirtschafteten Vorsorgevermögen zu gleichen Teilen partizipieren. Dem Ausgleichsberechtigten sollen frühzeitig – idealerweise zeitgleich mit der Scheidung der Ehe – eigenständige Versorgungsansprüche verschafft und die Versorgungsschicksale der

geschiedenen Eheleute endgültig getrennt werden. Verwirklicht werden soll damit zum einen der Gedanke des Zugewinnausgleichs bezogen auf das Vorsorgevermögen, zum anderen ähnlich dem Unterhaltsrecht die soziale Sicherung des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten.⁹

Zu diesem Ziel bekennt sich auch das neue Versorgungsausgleichsgesetz (§§ 1 Abs. 1, 9 Abs. 1 VersAusglG). Demgegenüber wurde die bisherige Durchführung des Versorgungsausgleichs schon kurz nach seiner Einführung immer wieder hinterfragt.¹⁰ Die Gründe dafür sind vielfältig:

II. Vom Versorgungsausgleich 1977 zum Versorgungsausgleich 2009

1. Allgemein

Der Versorgungsausgleich unterscheidet sich in einem Aspekt wesentlich von den beiden anderen Säulen, die die eheliche

¹ BGHZ 148, 351 = NJW 2002, 296.

² Dies wurde schon bei Einführung des Versorgungsausgleichs 1977 bemängelt: recht – Informationen des Bundesministers der Justiz, Das neue Ehe- und Familienrecht, Ein Fragen- und Antwortkatalog, Mai 1977, Frage 2.

³ *Kemper*, ZFE 2009, 161.

⁴ BGBl I, S. 700.

⁵ §§ 1408 Abs. 2, 1587 BGB werden sich künftig auf Verweise auf das neue Gesetz beschränken.

⁶ Dazu *Heinemann*, DNotZ 2009, 6.

⁷ BGBl I, S. 1696, vgl. dazu *Münch*, MittBayNot 2009, 261.

⁸ Vom 14.6.1976, BGBl I, S. 1421.

⁹ BT-Drucks. 7/4361, S. 18 f.

¹⁰ Siehe nur BVerfGE 47, 85; BVerfG, DVBl 1980, 366; DNotZ 1982, 564; BVerfGE 70, 134; BVerfG, Urteil vom 8.4.1986, 1 BvR 1186, 1574, 1704/83 (n. v.) u. a.

Wirtschaftsgemeinschaft prägen: Anders als Unterhalt oder Zugewinnausgleich betrifft der Versorgungsausgleich niemals nur die beiden sich scheidenden Ehegatten. Eingebunden ist immer auch der (private oder öffentliche) Versorgungsträger, bei dem das Versorgungsanrecht begründet und aufgebaut wurde. Dieser wiederum verfolgt nicht nur eigene Interessen (etwa Geringhalten des eigenen Verwaltungsaufwandes), sondern steht letztlich repräsentativ für die Gemeinschaft der übrigen, ebenfalls bei ihm Versicherten, denen er verpflichtet ist. Da Renten- und Pensionsanwartschaften zudem die Grundlage sozialer Sicherheit bilden, kann der Versorgungsausgleich nicht ohne weiteres in das Vermögensvermögen eingreifen oder Versorgungsrisiken verlagern. Rechnung zu tragen ist vielmehr seinen Auswirkungen auf die Versicherungsgemeinschaft insgesamt. Das Sozialversicherungs- und Beamtenrecht, das Arbeits- und Versicherungsvertragsrecht, ja auch die einzelnen Satzungen der Versorgungsträger haben dies auf vielfache Weise rechtlich verankert.¹¹ Der Gesetzgeber des bürgerlichen Rechts, der den Ausgleich der Ehegatten untereinander ordnen möchte, kann diese dem Versorgungsausgleich immanente Grenze letztlich nur hinnehmen.

2. Überblick über das bisherige Ausgleichssystem

a) Einmalausgleich mit Gesamtsaldo

Nicht zwangsläufig vorgegeben ist demgegenüber die vom Gesetzgeber 1977 entwickelte Struktur des Ausgleichs, die auf einen Einmalausgleich mit Hilfe eines Gesamtsaldos abzielte. Dieses Vorgehen – Bilden eines Gesamtsaldos – ist zwar auch aus dem Zugewinnausgleich bekannt. Anders als dort wurde im Versorgungsausgleich bisher jedoch nicht auf einen aktuellen Verkehrs- oder Kapitalwert zu einem bestimmten Stichtag abgestellt. Häufig unter den Ehegatten geteilt werden sollte im Ergebnis vielmehr die *künftige* monatliche Versorgungsrente, soweit sie auf einer während der Ehe erwirtschafteten Anwartschaft beruht.

Das aber machte zum einen eine Prognose erforderlich, ob und wie sich die zum Ende der Ehezeit allein bekannte *Anwartschaft* voraussichtlich bis zum Versorgungsbeginn und auch während des Rentenbezugs entwickelt, was also als Rente einmal wirklich gezahlt werden würde. Um die einzelnen Werte in einem Saldo gegenüberstellen zu können und dabei nicht Äpfel mit Birnen zu vergleichen, war zum anderen notwendig, dass die in den Saldo einfließenden Daten vergleichbar sind. Einzig vor Augen hatte der Gesetzgeber von 1977 dabei die Wertentwicklung bei den einzelnen Anrechten, wohingegen er weitere wertbildende Faktoren wie ein unterschiedliches Leistungsspektrum (mit/ohne Invaliditätsrente oder Hinterbliebenenabsicherung) oder die Finanzierung der Versorgung seinerzeit als nachrangig einstufte.

b) Gesetzliche Rentenversicherung als Orientierung und Zielversorgung

Maßstab für die Wertentwicklung bildete seit den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts die gesetzliche Rentenversicherung. Sie dominierte damals nicht nur klar die Versorgungslandschaft, sondern wies mit jährlichen Steigerungsraten von mehr als 10 % auch eine Dynamik auf, die heute ihresgleichen sucht. Jede Versorgung, die von ihrer Wertentwicklung abwich, wurde folglich für die Bildung des Gesamtsaldos in Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung umgewertet. Die Umrechnungsfaktoren hierfür hielt nicht zuletzt die Barwertverordnung bereit (§ 1587 a Abs. 4 BGB).

Die gesetzliche Rentenversicherung diente aber nicht nur als *der* Vergleichsmaßstab; auch der Ausgleich des aus dem Saldo resultierenden hälftigen Wertunterschiedes erfolgte im Grundsatz über sie, sei es durch Übertragung von Anwartschaften eines dort geführten Versorgungskontos auf den berechtigten Ehegatten oder durch Begründung von Anwartschaften für ihn, wenn der verpflichtete Ehegatte anderswo eine Versorgung unterhielt.¹²

3. Hintergründe der Reform

Ohne Einzelheiten der Kritik am bisherigen System zu kennen, dürfte schon aus diesen wenigen Erläuterungen zum bisherigen Ausgleichsprinzip „Gesamtsaldo und Einmalausgleich“ der Reformbedarf deutlich geworden sein:

Allgemein bekannt ist, dass die gesetzliche Rentenversicherung als alleinige Vorsorge und Maßstab für die Altersvorsorge längst ausgedient hat und sich der im Erwerbsleben erreichte Lebensstandard im Alter nur mehr aufrechterhalten lässt, wenn eine Betriebsrente oder private Vorsorge hinzutritt.¹³ Dies lässt die gegenwärtige Ausrichtung an der gesetzlichen Rentenversicherung naturgemäß fragwürdig werden. Auch hat sich in den vergangenen Jahren zunehmend gezeigt, dass das Ziel, beide Ehegatten im Rentenfall zur Hälfte an dem in der Ehezeit erwirtschafteten teilhaben zu lassen, häufig verfehlt wurde. Das für die Saldierung notwendige Vergleichsbarmachen und die Prognose hierfür – zumal allein mit Rücksicht auf eine von der gesetzlichen Rente abweichende Wertentwicklung – hat sich als stark fehleranfällig erwiesen. Durch die Umrechnung und Einzahlung in die gesetzliche Rentenversicherung entstanden vielfach Wertverzerrungen, die zu ungerechten Teilungsergebnissen und Transferverlusten für den ausgleichsberechtigten Ehegatten führten.¹⁴

4. Kernelemente der neuen Struktur

a) Grundsatz: Interne Teilung, §§ 10 ff. VersAusglG

Die Strukturreform zieht hieraus die Konsequenz und verzichtet künftig auf eine Gesamtsaldierung. Stattdessen soll jedes Anrecht im Grundsatz systemintern geteilt werden, wie dies das gesetzliche Rentensplitting, § 1587 b Abs. 1 Satz 1 BGB, oder die Realteilung nach § 1 Abs. 2 VAHRG schon bislang verwirklicht hatten. Folglich gibt es nicht mehr nur einen Ausgleichspflichtigen und einen Ausgleichsberechtigten.¹⁵ Vielmehr wird jeder Ehegatte, der in der Ehezeit Versorgungsanrechte erwirtschaftet hat, grundsätzlich ausgleichspflichtig. Die Hälfte hiervon wird unmittelbar dem anderen Ehepartner zugeteilt, so dass die künftige Entwicklung dieses Anrechts die Eheleute gleichermaßen trifft.

Da damit aber auch alle privaten Versorgungsträger – betroffen ist vor allem die Betriebsrente – künftig zur Einführung dieser bislang fakultativen Realteilung verpflichtet sind und sich durch die Aufnahme der Ausgleichsberechtigten im Extremfall ihre Versicherungsgemeinschaft verdoppeln kann, sieht das Reformgesetz einige Ausnahmen vor:

¹² Im letzten Fall musste natürlich für den internen Ausgleich gegenüber der gesetzlichen Rentenversicherung gesorgt werden, was der Gesetzgeber zunächst durch Beitragszahlungen des Verpflichteten erreichen wollte. Nachdem das BVerfG diese Regelung jedoch für verfassungswidrig erklärt hatte (BGBl 1983 I, S. 375), traten an ihre Stelle ein ganzes Bündel als Ausgleichsalternativen (vgl. §§ 1, 2 VAHRG).

¹³ Dazu nur *Flecken*, BetrAV 2008, 128, 129.

¹⁴ *Vetter*, Berliner Anwaltsblatt 2009, 111, 112.

¹⁵ *Kemper*, ZFE 2009, 161.

¹¹ Beispielhaft §§ 32, 46 Abs. 2 SGB I.

b) Ausnahmen**aa) Geringfügigkeit**

Zunächst soll der Versorgungsausgleich insgesamt nicht durchgeführt werden, wenn entweder die Ausgleichsdifferenz beiderseits erwirtschafteter Anrechte gleicher Art gering ist (§ 18 Abs. 1 VersAusglG) oder einzelne Anrechte nur einen geringen Ausgleichswert haben (§ 18 Abs. 2 VersAusglG). Im ersten Fall soll damit ein wirtschaftlich nicht erforderlicher Hin- und Herausgleich von beiderseitigen Anrechten mit vergleichbarer Struktur (im Leistungsspektrum und in der Finanzierungsart) und Wertentwicklung (in der Anwartschafts- und Leistungsphase)¹⁶ vermieden werden, im zweiten Fall entstünde unverhältnismäßig hoher Verwaltungsaufwand für den Versorgungsträger durch Teilung und Aufnahme eines neuen Anwärters.¹⁷ Beides liegt nicht im Interesse der Eheleute. Zugleich befreit dies die Familiengerichte und die Versorgungsträger von bürokratischem Aufwand. Die Wertgrenze liegt je nachdem, ob der Ehezeitanteil und damit der Ausgleichswert als Rente oder Kapitalwert bestimmt wird (dazu § 5 Abs. 1 VersAusglG), derzeit bei etwas über 25 € monatlicher Rente bzw. 3.000 € Kapitalwert (§ 18 Abs. 3 VersAusglG).¹⁸

bb) Kurze Ehedauer

Ebenfalls kein Bedarf für einen Ausgleich wird dann gesehen, wenn die Ehe nur bis zu drei Jahre angedauert hat, es sei denn, ein Ehegatte beantragt in diesem Fall den Versorgungsausgleich (§ 3 Abs. 3 VersAusglG).¹⁹ Entbehrlich werden hier sogar jegliche Einkünfte der Eheleute und Versorgungsträger.²⁰

cc) Externe Teilung

Zudem soll den Beteiligten, vor allem den betroffenen Versorgungsträgern, ausnahmsweise eine externe Teilung, d. h. die Begründung von Anrechten bei einem anderen Versorgungsträger, ermöglicht werden und zwar entweder, wenn sich Ausgleichsberechtigter und Versorgungsträger hierüber einigen (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG); bei kleinen Ausgleichswerten auch auf einseitigen Wunsch des betroffenen Versorgungsträgers (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG). Die Wertgrenze liegt hier doppelt so hoch wie bei § 18 Abs. 3 VersAusglG, nämlich derzeit bei etwas über 50 € monatlicher Rente bzw. 6.000 € Kapitalwert.²¹ Für Anrechte aus den internen Durchführungswegen der betrieblichen Altersversorgung (Direktzusage und Unterstützungskasse) gilt abweichend davon sogar ein Grenzwert in Höhe der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung (§ 17 VersAusglG), der sich derzeit auf 64.800 € beläuft. Dieser höhere Wert wird damit gerechtfertigt, dass bei einer internen Durchführung der Arbeitgeber unmittelbar mit den Folgen der internen Teilung konfrontiert wird, also die Verwaltung der Ansprüche betriebsfremder Versorgungsempfänger übernehmen muss. Das mögliche Interesse der ausgleichsberechtigten Person an der systeminternen Teilhabe soll in diesen Fällen zurückstehen.²²

¹⁶ Zu Anrechten gleicher Art siehe schon BT-Drucks. 16/10144, S. 55 zu § 10 Abs. 2 VersAusglG.

¹⁷ So die Gesetzesbegründung schon zur ursprünglichen Fassung im Regierungsentwurf, BT-Drucks. 16/10144, S. 60. Siehe zur jetzigen Gesetzesfassung auch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 16/11903, S. 106 ff.

¹⁸ Merten/Baumeister, DB 2009, 957, 958.

¹⁹ Die Dreijahresfrist war einer der größten Streitpunkte der Reform. Zur nunmehr Gesetz gewordenen Antragslösung BT-Drucks. 16/11903, S. 101.

²⁰ Hauf, FamRB 2009, 97 bezweifelt aufgrund der Antragslösung diesen Entlastungseffekt indes schon heute.

²¹ Merten/Baumeister, DB 2009, 957, 960.

²² Dazu BT-Drucks. 16/10114, S. 60.

c) Bewertung der neuen Struktur

Die neue Struktur weist überwiegend Vorteile auf:

Weil das Saldieren aller Anrechte entfällt, wird zugleich jedes Vergleichsbarmachen entbehrlich. Mit dem Verzicht des zwingenden Ausgleichs über die gesetzliche Rentenversicherung werden zudem Transferverluste vermieden. Da mit der internen Teilung jeder Ehegatte an der Entwicklung der auszugleichenden Versorgung unmittelbar teilhat, ist schließlich ohne ungewisse, fehlerträchtige Prognose sichergestellt, dass es nicht nur im Zeitpunkt der Scheidung, sondern gerade im Rentenfall zu einer echten Halbteilung kommt.

Zugleich ermöglicht dies, den Versorgungsausgleich mit der Scheidung einer nahezu abschließenden Auseinandersetzung zu unterziehen und damit im Ergebnis genau das zu erreichen, was schon bei Einführung des Versorgungsausgleichs 1977 gewollt war: Die frühzeitige endgültige Trennung der Versorgungsschicksale, indem für beide Ehegatten eigenständige Versorgungsansprüche geschaffen werden (sog. „Wertausgleich bei der Scheidung“). Über das Ziel von 1977 hinaus können hierbei jedoch künftig auch vielfach Anrechte aus betrieblicher oder privater Altersversorgung einbezogen werden, unabhängig davon, wie weit die Anspruchsberechtigung tatsächlich gediehen ist. Denn auch dies betrifft mit der systeminternen Teilung beide Eheleute gleichermaßen. Auch das Ost/West-Memorandum aufgrund der unterschiedlichen Wertanpassung der gesetzlichen Rentenversicherung in den ehemals west- und ostdeutschen Teilgebieten wird hierdurch überflüssig. Auch hier wird künftig einfach getrennt geteilt.²³

Ein (gerichtlicher) Verweis auf den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich, der künftig „Ausgleichsanspruch nach der Scheidung“ heißt, dürfte demnach selten werden. Er wird sich auf Fälle fehlender Ausgleichsreife beschränken (§§ 19, 20 VersAusglG) und bleibt bedeutsam vor allem für noch verfallbare Anrechte im Sinne des Betriebsrentengesetzes, Anrechte, die auf eine abschmelzende Leistung gerichtet sind oder deren Ausgleich für den Ausgleichsberechtigten unwirtschaftlich wäre sowie solche, die bei einem ausländischen, zwischenstaatlichen oder überstaatlichen Versorgungsträger bestehen. Um unbillige Ergebnisse für den anderen Ehegatten zu vermeiden, wird in den letztgenannten Fällen allerdings auch der übrige Wertausgleich bei der Scheidung ausgesetzt (§ 19 Abs. 3 VersAusglG).

Stark an Bedeutung verlieren dürfte auch das Abänderungsverfahren. Wenn beide Ehegatten durch die interne Teilung künftig automatisch an einer schwankenden Wertentwicklung teilnehmen, entfällt naturgemäß der Bedarf für eine nachträgliche Korrektur allein wegen solcher Wertschwankungen. Als Konsequenz kann nach dem neuen Recht nur mehr dann eine gerichtliche Änderung auf Antrag erfolgen, wenn sich bei einem Anrecht in einem Regelsicherungssystem wie der gesetzlichen Rentenversicherung, der Beamten-, einer berufsständischen oder einer Abgeordnetenversorgung und der Alterssicherung der Landwirte (§ 32 VersAusglG) nachträgliche rechtliche oder tatsächliche Veränderungen rückwirkend auf den Ausgleichswert auswirken und diese Änderung wesentlich ist (§ 225 FamFG). Beispiele hierfür sind etwa Änderungen des Leistungsrechts (wie in der Vergangenheit die rückwirkende Zuerkennung von Kindererziehungszeiten) oder aber eine Dienstunfähigkeit vor Erreichen der Regelaltersgrenze, die bei der zeitratierlich zu bewertenden Beamtenversorgung (§§ 40, 44 VersAusglG) zur Veränderung des

²³ Zur Übergangsregelung für ausgesetzte Verfahren nach dem Versorgungsausgleichs-Überleitungsgesetz (VAÜG) siehe § 50 VersAusglG.

Ehezeitanteils führen kann.²⁴ Eine Totalrevision findet demgegenüber ebenso wenig mehr statt wie eine Änderung bloß aufgrund eines Rechenfehlers.²⁵

Da die interne Teilung die bestmögliche Teilhabe der Eheleute an den gemeinsam in der Ehe erwirtschafteten Anrechten gewährleistet, bleibt allerdings zu hoffen, dass von den mit § 14 Abs. 2 VersAusglG eröffneten Möglichkeiten zur Durchbrechung dieser neuen Struktur nicht leichtfertig Gebrauch gemacht wird. Bei Kleinstanrechten (dazu § 14 Abs. 2 Nr. 2 VersAusglG) mag dies mit Rücksicht auf den erhöhten Verwaltungsaufwand für Versorgungsträger bei interner Teilung noch sinnvoll sein. Da mit der externen Teilung die ideale Halbteilung jedoch gerade nicht (mehr) garantiert ist,²⁶ verwundert es, dass der Gesetzgeber die Vorgaben für eine Vereinbarung nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 VersAusglG zwischen dem ausgleichsberechtigten Ehegatten und dem Versorgungsträger des Ausgleichspflichtigen vergleichsweise gering angesetzt hat. Dass zwischen diesen beiden Verhandlungsgegnern ein strukturelles Ungleichgewicht besteht, dürfte auf der Hand liegen, wird doch vor allem der Versorgungsträger ein gesteigertes Interesse an der externen Teilung haben und zudem überwiegend rechtlich beraten agieren. Demgegenüber erscheint fragwürdig, ob der betroffene Ehegatte – zumal in der Situation der Scheidung – in der Lage ist, die Vor- und Nachteile einer externen Teilung eigenständig zu beurteilen.

Schutz vor einer unüberlegten und übereilten Entscheidung hat der Gesetzgeber gleichwohl nicht vorgesehen. Für entbehrlich hält er etwa den Schutz, den die notarielle Beurkundung bietet.²⁷ Mit § 114 Abs. 4 Nr. 7 FamFG „ermöglicht“ er dem ausgleichsberechtigten Ehegatten zudem, auf anwaltliche Unterstützung im gerichtlichen Verfahren zu verzichten, wenn er eine Zielversorgung für die externe Teilung nach § 15 VersAusglG bestimmen soll. Ob sich das Gericht zu einer inhaltlichen Kontrolle berufen fühlt, ist ebenfalls zu bezweifeln, soll es doch nach der Gesetzesbegründung an die Wahl der externen Teilung ausdrücklich gebunden sein.²⁸ Als einzige Schwelle, die der Versorgungsträger zu überwinden hat, verbleibt hiernach die Pflicht, den Ausgleichswert als Kapitalbetrag an die gewählte Zielversorgung zu zahlen (§ 14 Abs. 4 VersAusglG). Mit Halbteilung oder zumindest freier Entscheidung gegen sie hat dies aus meiner Sicht jedoch nichts zu tun.²⁹

III. Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich

Wie aber ist es nun um Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich nach der Reform bestellt? Auch hierfür dürfte ein kurzer Blick auf die alte Rechtslage hilfreich sein:

1. Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich im bisherigen System

Schon 1977 stand der Gesetzgeber Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich im Grundsatz offen gegenüber. Da eine Dispositionsbefugnis über den Versorgungsausgleich zu-

nächst jedoch nicht unkritisch gesehen wurde³⁰ – zumal dann, wenn sie vorsorgend, § 1408 Abs. 2 BGB, und nicht zeitnah zur Scheidung, § 1587 o BGB, erfolgte³¹ –, sah er sich zugleich gefordert, eine Reihe von Einschränkungen und Vorgaben anzuordnen. Zu diesen zählte etwa:

- die Jahresfrist in § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F., innerhalb der ein Scheidungsantrag die Vereinbarung – gleich ob ausschließend oder nur modifizierend – unwirksam machte,
- die Genehmigungspflicht nach § 1587 o Abs. 2 Satz 3 BGB a. F. mit all ihren Schwierigkeiten: dem Anwendungsbereich – Scheidungsvereinbarung ja, vorsorgender Ehevertrag nein – den Genehmigungsvoraussetzungen, der restriktiven Einstellung der Gerichte entgegen dem eindeutigen Wortlaut oder
- das Erfordernis notarieller Beurkundung, §§ 1410 und 1587 o Abs. 2 Satz 1 BGB a. F.

Erst mit der Zeit offensichtlich oder jedenfalls in der Praxis greifbar wurden weitere, systembedingte Grenzen, etwa

- die fehlende Dispositionsbefugnis über das Ende der Ehezeit, weil dies den Stichtag für die Bewertung und Umwertung der zu saldierenden Anrechte bildet,
- die Wechselwirkung zwischen Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich und dem Güterrecht (etwa § 1414 Satz 2 BGB a. F.) bzw. dem Unterhaltsrecht (§ 5 VAHRG) und schließlich
- das Verbot des § 1587 o Abs. 1 Satz 2 BGB a. F., wonach durch eine Vereinbarung weder Anwartschaftsrechte in einer gesetzlichen Rentenversicherung begründet noch übertragen werden durften.

Gerade diese letzte Einschränkung bereitete in der Kautelarpraxis mitunter erhebliche Schwierigkeiten. Eine gewisse Berechtigung erfährt sie zwar durch die immanente Einbettung des Versorgungsausgleichs in die soziale Alterssicherung.³² Daraus erklärt sich, dass eine Vereinbarung allein zwischen den Ehegatten niemals unmittelbar – rechtsgestaltend – in die rechtlichen Beziehungen eines Ehegatten mit seinem Versorgungsträger und der (Mit-)Versicherungsgemeinschaft eingreifen kann. Diese Drittwirkung kann nur das Gericht herbeiführen. Nach einhelliger Meinung hatte § 1587 o Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. deshalb nicht nur bei Scheidungsvereinbarungen, sondern ebenso bei vorsorgenden Eheverträgen gegolten und einen Grundsatz zum Schutz sämtlicher Versorgungen aufgestellt. In Bezug auf private Versorgungsträger ist dies zugleich Ausfluss des Verbotes von Verträgen zulasten Dritter. Dort konnte (und kann) deshalb selbst das Gericht nur dann eingreifen, wenn die für das Anrecht des Verpflichteten maßgebende Regelung dies vorsieht, § 1 Abs. 2 Satz 1 VAHRG.

Aber nicht nur diese immanenten Einschränkungen, sondern mehr noch die vom Gesetzgeber autonom gewählte Struktur des Einmalausgleichs in die gesetzliche Rentenversicherung

²⁴ Dazu BT-Drucks. 16/10114, S. 96.

²⁵ Kritisch in Bezug auf verfallbare Betriebsrenten *Kemper*, ZFE 2009, 161, da die Unverfallbarkeit künftig keinen Grund mehr für eine nachträgliche Änderung des Wertausgleichs bei Scheidung bietet, sondern nur mehr der Wertausgleich nach Scheidung bleibt.

²⁶ So ausdrücklich BT-Drucks. 16/10114, S. 58.

²⁷ BT-Drucks. 16/10114, S. 58.

²⁸ BT-Drucks. 16/10144, S. 58.

²⁹ So jedoch BT-Drucks. 16/10144, S. 58.

³⁰ Gegen sie sprach sich etwa der Rechtsausschuss des Bundestages aus, BT-Drucks. 7/4361, S. 20 f. und 107. Erst mit der Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat konnte eine Einigung über die bislang geltenden §§ 1408 Abs. 2, 1414 Satz 2, 1587 o BGB erzielt werden, dazu BT-Drucks. 7/4694, S. 12 ff. sowie BT-Drucks. 7/4992, S. 6.

³¹ Dazu die kontroverse Diskussion auf der 235. Sitzung des Bundestags in der 7. Wahlperiode zwischen einerseits *Emmerling* (SPD), S. 16409, und andererseits *Engelhard* (FDP), S. 16412 des Sitzungsberichts.

³² Dazu oben II. 1.

wirkte sich auf die Zulässigkeit und Reichweite von Vereinbarungen aus. § 1587 o Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. führte damit letztlich dazu, dass eine Vereinbarung nie darauf hinauslaufen durfte, mehr zu übertragen als bei Anwendung des Gesetzes übertragen werden würde (sog. Supersplitting). Unzulässig war hiernach vor allem, Anwartschaften des Ausgleichsberechtigten unberücksichtigt zu lassen, Anwartschaften außerhalb der Ehezeit einzubeziehen,³³ Bewertungsvorschriften zu missachten oder die Ausgleichsrichtung umzukehren. Derartige Befugnisse hatte stets allenfalls das Gericht, § 3 b Abs. 1 Nr. 1 VAHRG.

2. Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich nach der Reform

Auch hier setzt nun die Reform an: Ihr erklärtes Ziel ist es, die Spielräume für Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich zu erweitern.³⁴ Dies ergibt sich zum einen schon als Folge der Umstrukturierung auf eine interne Teilung der einzelnen Anrechte. Zum anderen verabschiedet sich der Gesetzgeber von einer ganzen Reihe der zuvor aufgezählten Wirksamkeitsgrenzen. Dass Vereinbarungen zwischen den Ehegatten heute sogar ausdrücklich erwünscht sind, zeigt nicht zuletzt der angeordnete Vorrang gegenüber einem gesetzlichen Wertausgleich durch das Familiengericht, § 9 Abs. 1 VersAusglG.³⁵

a) Regelungsmöglichkeiten

Klargestellt wird in § 6 Abs. 1 Satz 1 VersAusglG zunächst, dass sich die Möglichkeiten der Ehegatten nicht nur auf den Komplettabschluss beschränken, sondern Vereinbarungen aller Art einschließen. Als Regelbeispiele³⁶ für die Anwendung in der Praxis nennt Satz 2

- die Einbeziehung in die Regelung der ehelichen Vermögensverhältnisse,
- den Ausschluss und
- den Vorbehalt zugunsten von Ausgleichsansprüchen nach der Scheidung.

Mit dem ersten Regelbeispiel unterstreicht der Gesetzgeber, dass auch er der Wechselwirkung zwischen den drei Säulen der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft große Bedeutung beimisst. Ähnlich kam dies bisher auch in den Genehmigungsvoraussetzungen nach § 1587 o Abs. 2 Satz 4 BGB a. F. zum Ausdruck. Augenscheinlich wird die Wechselwirkung nicht zuletzt in der Abgrenzung zwischen Zugewinn- und Versorgungsausgleich, wenn ein Rentenrecht später kapitalisiert werden kann. Welche Manipulationsgefahr sich durch die Einordnung nach dem Zeitpunkt des Kapitalisierungsbeginns eröffnet, hatte der BGH erst 2003 aufgezeigt.³⁷

Leider hat auch der Reformgesetzgeber davon abgesehen, in § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG klarzustellen, ob das Anrecht nur am Ende der Ehezeit oder auch noch im Entscheidungszeitpunkt auf eine Rente gerichtet sein muss und nur bei der Betriebsrente oder einer zertifizierten Altersvorsorge jede Leistungsform ausdrücklich in den Versorgungsausgleich einbezogen ist.³⁸ Da die neue Struktur einem Ausgleich von

Kapitalwerten im Grundsatz nicht entgegensteht, sollte für die Abgrenzung zwischen Versorgungs- und Zugewinnausgleich (§ 2 Abs. 4 VersAusglG) ein Rentenrecht am Ende der Ehezeit genügen, auch wenn bis zur Entscheidung über den Ausgleich die Umwandlung in einen Kapitalbetrag gewählt wird. Klarheit dürfte hier gleichwohl erneut nur der BGH herbeiführen. Umso mehr ist es notwendig, diese Abgrenzungsschwierigkeit mit einer regelnden Gesamtbetrachtung von Zugewinn- und Versorgungsausgleich sowie u. U. auch Unterhalt aufzufangen.

Besonders erfreuen dürfte die Praxis demgegenüber, dass der Gesetzgeber den gesetzlichen Wertausgleich grundsätzlich nicht mehr als Obergrenze einer zulässigen Vereinbarung ansehen will und damit das Verbot des Supersplittings aufgibt: Mit der Einleitung in § 6 Abs. 1 Satz 2 VersAusglG, dass die Vereinbarung den Versorgungsausgleich stets auch nur teilweise erfassen kann, bringt er nämlich zum Ausdruck, dass die bisherige Rechtsprechung hinfällig ist, wonach anrechtsbezogene Teilausschlüsse nichtig waren, wenn das Ergebnis zulasten des insgesamt ausgleichspflichtigen Ehegatten ausfiel.³⁹ Der Ausschluss einzelner Versorgungsarten, etwa der ergänzenden Altersversorgung über Betriebsrenten oder aus privater Vorsorge, dürfte vielmehr als Folge der neuen Struktur im Vordergrund des Vereinbarungsspektrums stehen.

Weitere Ausprägungen eines Teilausschlusses sind daneben die Verkürzung des Ausgleichszeitraums (etwa nur bis zur Trennung) oder eine Veränderung der Ausgleichsquote. Mit dem Verzicht auf einen Gesamtsaldo dürfte es künftig zudem möglich sein, unmittelbar das Ende der Ehezeit zu ändern – etwa auf den Trennungstag vorzulegen – statt nur einen zeitlichen Teilausschluss zu vereinbaren, weil es auf einen bestimmten Stichtag für eine objektive Bewertung nicht mehr ankommt.

b) Neue Rahmenbedingungen und ihr Folgen für die notarielle Praxis

aa) Wegfall der Jahresfrist und des Genehmigungserfordernisses

Demgegenüber gibt es künftig weder eine Jahresfrist wie bislang in § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. geregelt noch eine Genehmigungspflicht bei scheidungsnahen Vereinbarungen. Damit entfällt nicht nur die Abgrenzung zwischen vorsorgendem Ehevertrag und Scheidungsvereinbarung. Auch der Bedarf, einen Ehevertrag vorsorglich als Scheidungsfolgenvereinbarung aufrechtzuerhalten und hierfür die Genehmigung nach § 1587 o Abs. 2 Satz 3 BGB a. F. zu beantragen, wenn – anders als geplant – innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluss ein Scheidungsantrag gestellt werden sollte, wird hinfällig.

bb) Beurkundungserfordernis, § 7 Abs. 1 VersAusglG

Unverändert gilt hingegen, dass Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich bis zur Entscheidung über den Wertausgleich bei Scheidung nur wirksam sind, wenn sie notariell beurkundet werden, § 7 Abs. 1 VersAusglG. Ist die Vereinbarung Teil eines Ehevertrages gilt darüber hinaus § 1410 BGB, der die gleichzeitige Anwesenheit beider Ehegatten vor dem Notar verlangt.

Nach wie vor möchte der Gesetzgeber damit vor allem sicherstellen, dass Vereinbarungen über die künftige Altersversorgung nicht übereilt und unbedacht getroffen werden, sondern erst nach sachkundiger Beratung und Aufklärung durch einen

³³ OLG Koblenz, FamRZ 1986, 273, 274; Ausnahme: Zahlung in der Ehezeit für Anrechte außerhalb, sog. „Für-In-Prinzip“, BGH, FamRZ 1981, 1169, 1170.

³⁴ BT-Drucks. 16/10144, S. 2, 30 ff., 39.

³⁵ Dazu auch BT-Drucks. 16/10144, S. 51.

³⁶ So die Wortwahl in der Gesetzesbegründung a. a. O.

³⁷ FamRZ 2003, 664 = DNotZ 2003, 542.

³⁸ Siehe auch BT-Drucks. 16/10144, S. 47.

³⁹ Dazu BT-Drucks. 16/10144, S. 51 unter Bezugnahme auf BGH, FamRZ 1988, 153.

Notar. Unterschätzt wird nämlich allzu oft, dass das (künftige) Vorsorgevermögen häufig das einzige Vermögen der Ehegatten überhaupt ist oder zumindest den größten Teil hiervon ausmacht. Anders als etwa im Unterhaltsrecht, wo die Auswirkungen eines Verzichts in der Regel unmittelbar spürbar werden, fehlt es in Bezug auf die Altersversorgung oft an der gegenwärtigen Betroffenheit und damit am Problembewusstsein.

Der Notar ist hier deshalb weiterhin in besonderem Maße als „Kontrollinstanz“ aufgerufen, den sozial schwächeren Ehepartner vor einer Übervorteilung zu schützen, zumal dann, wenn dieser vielleicht befürchtet, andernfalls auf die Heirat bzw. eine baldige Scheidung verzichten zu müssen. Eine Stellvertretung sollte er deshalb nach Möglichkeit vermeiden und beiden Ehegatten ausreichend Gelegenheit zur Vorbereitung auf die Beurkundungsverhandlung geben. Bei einer Beteiligung von Ausländern sollte er zudem rechtzeitig einen Dolmetscher hinzuziehen und von einem Verzicht auf eine schriftliche Übersetzung eher abraten, § 16 BeurkG.

cc) Vereinbarungen mit Zustimmung der Versorgungsträger, § 8 Abs. 2 VersAusglG

Zudem dürfen Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich weiterhin jedenfalls nicht ohne weiteres Anrechte übertragen oder begründen, sondern nur dann, wenn die maßgeblichen Regelungen dies zulassen und die betroffenen Versorgungsträger zustimmen, § 8 Abs. 2 VersAusglG. Diese Einschränkung wäre auch ohne ausdrückliche Regelung selbstverständlich. Sie beruht letztlich erneut auf dem Umstand, dass Ehegatten über Anrechte in den öffentlich-rechtlichen Sicherungssystemen nicht disponieren und keine Verträge zugunsten Dritter abschließen können.

Indem sich die Neuregelung jedoch nicht allein auf die Wiedergabe eines kategorischen Verbots beschränkt, wie es § 1587 o Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. beschrieben hatte, sondern vielmehr positiv regelt, was erlaubt ist, verleiht sie abermals dem von ihr gegebenen Vorzug einvernehmlicher Regelungen Ausdruck. Attraktiv dürfte dies vor allem für hohe Anrechte bei privater Vorsorge sein, die damit im Rahmen einer Gesamtvermögensauseinandersetzung unter Einbeziehung des betroffenen Versorgungsträgers auch über die nach dem Gesetz vorgesehene Höhe zum Ausgleich herangezogen werden können, soweit die internen Regelungen der Versorgung dem nicht entgegenstehen.

dd) Wechselwirkung zwischen Versorgungsausgleich und Güter- bzw. Unterhaltsrecht

Jedenfalls teilweise aufgelöst wird die Verflechtung von Güterrecht und Versorgungsausgleich: Künftig führt ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs jedenfalls nicht mehr automatisch zur Gütertrennung (§ 1414 Satz 2 BGB n. F.). Für die Kautelarpraxis bleibt freilich immer dann Gestaltungsbedarf, wenn der Wunsch nach Gütertrennung den Ausgangspunkt bildet, etwa mit Blick auf das von einem Ehegatten geführte Unternehmen. Ist der andere Ehegatte angestellt oder verbeamtet, droht hier das Ungleichgewicht zu seinen Ungunsten, weil nur er eine vom Versorgungsausgleich erfasste Altersvorsorge aufgebaut hat, nicht aber der Unternehmer-Ehegatte. Dem sollte mit einem Ausschluss des Versorgungsausgleichs, zumindest soweit er zugunsten des Unternehmer-Ehegatten ausfiele, vorgebeugt werden. Darüber hinaus wäre an eine zusätzliche Kompensation zugunsten des anderen Ehegatten etwa durch Regelungen zum Altersvorsorgeunterhalt oder eine vom Unternehmer-Ehegatten finanzierte private Vorsorge zu denken.

Erwähnt werden soll an dieser Stelle auch die geänderte Einwirkung einer Unterhaltspflicht auf den Versorgungsausgleich. Anders als bisher nach § 5 Abs. 1 VAHRG kann eine Kürzung der laufenden Versorgung auf Antrag nicht mehr in voller Höhe verhindert werden, wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte aus einem im Versorgungsausgleich erworbenen Anrecht noch keine laufende Versorgung erhält und ohne die Kürzung einen Unterhaltsanspruch gegen seinen Partner hätte. Vielmehr wird die Kürzung nur in Höhe des Unterhaltsanspruches ausgesetzt, § 33 Abs. 1 und 3 VersAusglG. Unverändert bleibt jedoch, dass es sich stets um einen nachehelichen Unterhaltsanspruch nach den gesetzlichen Bestimmungen handeln muss,⁴⁰ was weiterhin bei Regelungen zum Unterhalt bedacht werden sollte.

ee) Abänderbarkeit von Vereinbarungen

Unverändert ist auch, dass eine spätere gerichtliche Abänderbarkeit einer Vereinbarung zwar im Grunde möglich bleibt, dies wie bisher aber nur dann, wenn die Abänderbarkeit nicht vertraglich ausgeschlossen wurde, § 227 Abs. 2 FamFG. Auch wenn Verfahren zur nachträglichen Abänderung insgesamt weiterhin zurückgehen dürften, sollte diese vertragliche Ausschlussmöglichkeit in der Vereinbarung bedacht werden.

ff) Richterliche Inhaltskontrolle, § 8 Abs. 1 VersAusglG

Unverändert müssen schließlich die höchstrichterlichen Grundsätze zur Inhalts- und Ausübungskontrolle beachtet werden, was das Gesetz nun auch ausdrücklich⁴¹ fest schreibt, § 8 Abs. 1 VersAusglG.

(1) Grundsatz

Nach dem BVerfG ist ein Ehevertrag bei entsprechendem Vorbringen bekanntlich daraufhin zu untersuchen, ob er zu einer evident einseitigen Lastenverteilung führt und sich ein Ehepartner bei Vertragsschluss in einer erheblich schwächeren Verhandlungsposition befand.⁴² Der BGH betont zwar im Grundsatz die Vertragsfreiheit, die den Ehegatten die Befugnis verleiht, die rechtliche Ausgestaltung der Ehe an ihren individuellen Lebensplan anzupassen. Lässt sich die vereinbarte Lastenverteilung hiermit jedoch nicht rechtfertigen, ist eine gestufte Kontrolle durchzuführen, die auch die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, die Auswirkungen auf Ehegatten und etwaige Kinder und schließlich die subjektiven Beweggründe für die Vereinbarung würdigt. In einem ersten Schritt ist dabei die Wirksamkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu prüfen und die Vereinbarung mit dem geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe abzugleichen, § 138 BGB. Hält die Vereinbarung dem stand, ist in einem zweiten Schritt anhand der Verhältnisse im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft die geplante der tatsächlich verwirklichten Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse gegenüberzustellen, § 242 BGB.⁴³

Inwieweit indes überhaupt ein Abweichen von den gesetzlichen Ergebnissen zulässig ist, beurteilt sich nach der Bedeu-

⁴⁰ BT-Drucks. 16/10144, S. 72.

⁴¹ Demgegenüber war die Geltung von § 138 BGB bei sittenwidriger Überforderung eines Ehegatten nicht nur für den BGH eine Selbstverständlichkeit, wie er in seiner Grundsatzentscheidung vom 11.2.2004 (DNotZ 2004, 550 = MittBayNot 2004, 270 m. Anm. Brandt) ausführt. Schon der Gesetzgeber von 1977 sah hierin – neben der Jahresfrist in § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB – den entscheidenden Schutz vor Missbrauch, BT-Drucks. 7/4694 S. 13.

⁴² DNotZ 2001, 222.

⁴³ BGH, DNotZ 2004, 550 = MittBayNot 2004, 270 m. Anm. Brandt.

tung der geregelten Scheidungsfolge. Obwohl der Versorgungsausgleich zwar gewisse Züge des Zugewinnausgleichs aufweist, überwiegt für den BGH die Nähe zum Altersunterhalt, den er im Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts sieht. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen: Der Versorgungsausgleich ist Ausdruck staatlicher Fürsorge und die zwangsweise Regelung sozialer Sicherheit seit jeher Anliegen des Staates.⁴⁴ Eine zu weit reichende Dispositionsfreiheit droht deshalb das Ziel des Versorgungsausgleichs zu gefährden, beiden Ehegatten ohne zusätzliche Belastung der Allgemeinheit oder der Versorgungsträger eine eigenständige Altersversorgung zu verschaffen.

(2) Auswirkungen auf die inhaltliche Gestaltung von Vereinbarungen

Die Vertragsgestaltung sollte deshalb stets darauf achten, dass der Ausschluss oder die Modifizierung des Versorgungsausgleichs nicht die Interessen Dritter (vor allem der Versorgungsträger und der Gemeinschaft der Versicherten) oder der Allgemeinheit (etwa bei einer Vereinbarung zugunsten der Sozialhilfe) beeinträchtigt; Letzteres ist aus der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht geläufig⁴⁵ und wird auch in der Gesetzesbegründung hervorgehoben.⁴⁶ Eine Rolle dürfte dies in erster Linie in Vereinbarungen spielen, die zeitnah zum Renteneintritt eines oder beider Ehegatten getroffen werden. Steht hingegen – wie häufig – weder die Regelaltersgrenze bevor noch eine Erwerbsunfähigkeit eines Ehepartners im Raum, wird es in aller Regel am subjektiven Element von § 138 BGB fehlen.⁴⁷

Im Verhältnis der Ehegatten zueinander sollte zudem die Bedeutung des Versorgungsausgleichs jede Vereinbarung regieren, da eine Modifizierung doch letztlich immer in einen Teilausschluss für einen der beiden münden wird. Zu prüfen ist deshalb, ob es sachliche Gründe für die gewollte „Entsolidarisierung“ gibt (a) oder zumindest ein anderer Ausgleich an die Stelle des Versorgungsausgleichs treten kann (b). Dabei darf in der Verhandlungsführung durch den Notar nicht die intellektuelle, emotionale und soziale Kompetenz- und Waffengleichheit beider Ehegatten aus den Augen verloren werden. Besonders dann, wenn die Vereinbarung über den Versorgungsausgleich in einen vorsorgenden Ehevertrag aufgenommen wird, sollte schließlich denkbaren Entwicklungen in der Lebensgestaltung Rechnung getragen werden, um so der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB vorzubeugen (c).

a) Sachliche Rechtfertigung einer abweichenden Vereinbarung

Als Rechtfertigung für den Wunsch nach Entsolidarisierung in der Altersvorsorge ist vor allem die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse abweichend vom gesetzlichen Leitbild der Einverdienerehe zu erwähnen. Wenn etwa

- beide berufstätig bleiben wollen,
- die Erwerbsphasen der Ehegatten stark verschoben sind oder
- es sich gar um eine Altersehe handelt, in der ein Partner bereits eine Rente bezieht und damit in der Ehezeit keine (ausgleichspflichtigen) Anrechte mehr erwerben kann,

kann eine Modifizierung, u. U. auch ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs erwogen werden. Im zweiten Beispiel –

stark verschobene Erwerbsphasen – spricht hierfür zudem, dass das sog. Rentner-, Beamten- und Soldatenprivileg, wonach bisher bei Scheidung eines Rentners oder Pensionärs seine Versorgung trotz Versorgungsausgleich solange nicht gekürzt wurde, bis der Ausgleichsberechtigte eine Versorgung aus dem Versorgungsausgleich erhielt (§ 101 Abs. 3 SGB VI, § 57 Abs. 1 BeamtVG, § 55 c SoldatenVG), für Scheidungsverfahren nach dem 1.9.2009 entfällt. Künftig würde sich ein Ausgleich hier oftmals Jahre nur zugunsten des Rentners/Pensionärs auswirken, ohne Gewinn für den weiter berufstätigen Ehegatten. Ob in diesem Fall ein vollständiger Ausschluss in Betracht kommt oder der Ausgleich nur zugunsten von Ausgleichsansprüchen nach der Scheidung vorbehalten bleiben sollte, dürfte dabei nach den Umständen des Einzelfalles (Altersunterschied, Nähe zum Renteneintritt) zu entscheiden sein.

Vereinbarung zum Versorgungsausgleich dürften weiter dann gerechtfertigt sein, wenn beabsichtigt ist,

- vorehelich bestehende oder angelegte Risiken auszuschließen, weil die Ausbildung vor der Ehe nur unzureichend erfolgte oder schon zuvor eine Krankheit ausgebrochen war,⁴⁸
- bei ausländischen Anrechten, die auch künftig überwiegend nur nach der Scheidung (schuldrechtlich) auszugleichen sein dürften, eine Gesamtvermögensregelung zu suchen, um eine abschließende Regelung im Zeitpunkt der Scheidung zu erreichen,
- den Ausschluss an festgelegte Härtegründe⁴⁹ zu knüpfen: Etwa wenn ein Ehegatte insgesamt nur eine knapp bemessene Versorgung erhalten würde⁵⁰ oder falls sich der Berechtigte in wirtschaftlicher⁵¹ oder persönlicher⁵² Hinsicht fehlverhalten sollte.

Schließlich bilden auch die vom Gesetz vorgesehenen Ausnahmen einen Anhalt für eine berechtigte individuelle Ausgestaltung des Versorgungsausgleichs. In Betracht kommen hiernach ein Ausschluss bei

- nur kurzer Ehezeit ohne gemeinsame Versorgungsplanung: Hier kann anknüpfend an § 3 Abs. 3 VersAusglG erwogen werden, die Antragsmöglichkeit bei einer Ehezeit von bis zu drei Jahren auszuschließen, um den andernfalls zu erwartenden Antrag, den ein Rechtsanwalt zur Vermeidung von Regressansprüchen immer wird stellen müssen,⁵³ zu verhindern.
- Geringfügigkeit: Da dem Familiengericht bei der Anwendung von § 18 VersAusglG (nur geringfügige Anrechte oder geringer Wertunterschied bei gleichartigen Anrechten) grundsätzlich Ermessen eingeräumt ist,⁵⁴ kann überlegt werden, dieses Ermessen durch eine Vereinbarung mit dem Ziel „kein Ausgleich“ zu binden. Gleiches gilt für eine moderate Anhebung der Wertgrenzen in § 18 Abs. 3 VersAusglG.

Übergreifend einfließen sollten jedoch stets die Vermögenslage, das Alter der Ehegatten, ihre berufliche Qualifikation und Perspektive sowie die Aufteilung von Erwerbs- und

⁴⁴ Zimmermann, DNotZ 1985, 573, 574 f.

⁴⁵ Zuletzt BGH, DNotZ 2007, 128 m. Anm. Grziwotz.

⁴⁶ BT-Drucks. 16/10144, S. 53.

⁴⁷ BT-Drucks. 16/10144, S. 53..

⁴⁸ Hierzu auch BGH, DNotZ 2007, 128, 129 m. Anm. Grziwotz.

⁴⁹ Das Berücksichtigen gesetzlicher Härtegründe wird künftig einheitlich in § 27 VersAusglG geregelt.

⁵⁰ BGH, FamRZ 2005, 1238.

⁵¹ Ausbildungsfinanzierung, OLG Hamm, FamRZ 1998, 684.

⁵² Kindesunterschlebung, BGH, FamRZ 1983, 32.

⁵³ Hauß, FamRB 2009, 97.

⁵⁴ BT-Drucks. 16/11903, S. 107.

Familienarbeit, da sich hieraus regelmäßig ableiten lässt, ob eigenständig für das Alter vorgesorgt werden kann oder nicht.

b) Kompensation für (Teil-)Ausschluss

Ist die Rechtfertigung hiernach zweifelhaft und bestünde deshalb die Gefahr, gegen § 138 BGB zu verstoßen, kann eine vereinbarte Kompensation der Wirksamkeit genüge tun. Praktisch bedeutsam dürfte dies vor allem in einer Vereinbarung werden, die während bestehender Ehe oder gar erst zeitnah zur Scheidung geschlossen wird und einen rückwirkenden Ausschluss von bereits „Erwirtschaftetem“ beinhalten soll. Dabei wird man jedoch – wie schon bisher unter der Geltung von § 1587 o Abs. 2 Satz 3 BGB – keine Versorgung i. e. S. und auch keine völlige Gleichstellung fordern können, weil die Vereinbarungsmöglichkeit gerade zur Vereinfachung gegenüber dem gerichtlichen Ausgleichsverfahren dienen soll.⁵⁵ Ist die Vereinbarung Teil eines vorsorgenden Ehevertrags, der kurz nach oder schon vor der Heirat geschlossen wird, gilt dies umso mehr, weil sich ein Vergleichsergebnis vorausschauend gar nicht genau feststellen ließe.

Angestrebt werden sollte gleichwohl im Grundsatz eine Gegenleistung mit wiederkehrenden Einkünften auch im Alter und bei Erwerbsminderung, die den individuellen Bedürfnissen des Berechtigten gerecht wird. Zu denken ist hierbei etwa an

- den Abschluss einer Lebensversicherung, die auch eine Erwerbsminderung berücksichtigt, oder
- das Überlassen einer Immobilie (z. B. ein Grundstück, Wohnrecht, Nießbrauch), weil sie zumindest für ein mietfreies Wohnen sorgt oder durch Mieteinkünfte einen direkten Ersatz für eine Altersversorgung liefert, die anders als eine Rente sogar schon vor Eintritt des Ruhestands bezogen werden könnte.

Aber auch Wertpapiere oder eine Kapitalzahlung zur Existenzgründung oder Ausbildung des Berechtigten, um sich eine eigene Alterssicherung aufzubauen oder die Mehreinzahlung in eine berufsständische Versorgungseinrichtung des Berechtigten, soweit sie damit einverstanden ist (§ 8 Abs. 2 VersAusglG), bilden Alternativen.

c) Auffanglösungen für abweichende Entwicklungen

Ist die individuelle Lebensplanung der Eheleute der Ausgangspunkt für die Vereinbarung, ist in einem zweiten Schritt die sog. Ausübungskontrolle nach § 242 BGB zu bedenken. Steht allerdings eine Vereinbarung zeitnah zur Scheidung in Rede, dürfte diese Kontrolle schon daran scheitern, dass es nach Scheitern der Ehe und Aufnahme getrennter Lebenswege an einer *gemeinsamen* Lebensplanung, von der abgewichen werden könnte, gerade fehlen wird.⁵⁶ Wird die Vereinbarung demgegenüber in einem früheren Stadium geschlossen, sollten Auffanglösungen vorgesehen werden, um geplante und ungeplante ehebedingte Nachteile aufzufangen und auszugleichen.

So dürfte es angezeigt sein, einen (Teil-)Ausschluss nur auflösend bedingt oder mit vorbehaltenem Rücktrittsrecht für den Fall zu vereinbaren, dass gemeinsame Kinder geboren werden und die Berufstätigkeit deshalb – nicht nur vorübergehend – aufgegeben wird. Dies lässt sich ausdehnen auf alle Phasen, in denen allgemein die Erwerbstätigkeit für eine bestimmte Mindestzeit ruht oder (teilweise) gemindert ist und kein anderweitiger Ersatz bezogen wird. Beispiele hierfür können eine ungewollte Erwerbslosigkeit sein, wenn sich die Ehe-

leute hierfür solidarisch erklären wollen, oder aber die bewusste Arbeitsaufgabe eines Ehegatten, um sich etwa der Pflege seiner Schwiegereltern zu widmen.

Zu regeln wäre dabei stets, ob die Bedingung/der Rücktritt eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Heirat entfalten soll oder nicht. Alternativ käme zudem der bloße „Ausschluss vom Ausschluss“ in Betracht, wenn der Ausgleich nur während der genannten Phasen statt finden soll. Da allerdings ein Erwerbsverzicht zur Betreuung gemeinsamer Kinder oft Auswirkungen auf die Erwerbsbiographie insgesamt hat, erscheint in diesem Fall angemessen, zwar den (Teil-)Ausschluss nicht unbedingt rückwirkend entfallen zu lassen, ab der Geburt aber zum gesetzlichen Modell zurückzukehren oder zumindest ab dann eine äquivalente Kompensation vorzusehen.

Schließlich kann auch überlegt werden, einen Ausschluss ganz allgemein mit einer Kompensation zu verknüpfen, falls ein Ehepartner *durch eine einvernehmliche Änderung* der gemeinsamen Lebensumstände am (weiteren) Aufbau einer eigenständigen Versorgung verhindert ist. Für diesen Fall könnte der andere Ehegatte verpflichtet werden, die ehebedingten Versorgungsnachteile auszugleichen, etwa durch Einzahlung in eine Lebensversicherung oder (Nach-)Entrichtung der Beiträge in die gesetzliche Rentenversicherung.⁵⁷ Maßstab dürfte dafür die Versorgung bilden, die bei Weiterführung der konkreten beruflichen Tätigkeit zu erzielen gewesen wäre. Streitpotential birgt eine solche allgemein gehaltene Regelung freilich insoweit, als später die Einvernehmlichkeit der Änderung in Abrede gestellt werden könnte.

gg) (Korrespondierender) Kapitalwert als Wertvergleich

Sowohl dann, wenn eine Kompensation für einen (Teil-)Ausschluss bestimmt, als auch dann, wenn der Versorgungsausgleich in die Regelung der ehelichen Vermögensverhältnisse einbezogen werden soll (§ 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VersAusglG), wird sich die Frage einer Bewertung der betroffenen Versorgung stellen. Anknüpfungspunkt bildet hierfür der Ausgleichswert des oder der Anrechte, die vom Ausgleich ausgenommen oder mit dem Zugewinnausgleich und dem Unterhalt in eine Waagschale geworfen werden sollen. Würde dieser Ausgleichswert gemäß § 5 Abs. 1, 3 VersAusglG nicht bereits als Kapitalwert bestimmt werden, wie etwa bei der umlagefinanzierten gesetzlichen Rentenversicherung, kann der korrespondierende Kapitalwert weiterhelfen.⁵⁸ Hierunter ist der Wert zu verstehen, der zum Ende der Ehezeit aufzubringen wäre, um beim Versorgungsträger des Ausgleichspflichtigen für ihn ein Anrecht in Höhe des Ausgleichswertes zu begründen, § 47 Abs. 2 VersAusglG. Zu dieser Wertbestimmung wird es sich anbieten, entsprechende Auskünfte bei den betroffenen Versorgungsträgern einzuholen,⁵⁹ was auch der beauftragte und bevollmächtigte Notar für die Beteiligten übernehmen kann.

Eine Schwierigkeit birgt hierbei jedoch § 47 Abs. 6 VersAusglG, der erst nach der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Bundestags Eingang ins Gesetz gefunden hat.⁶⁰ Hiernach wird klargestellt, dass bei einem Wertvergleich u. a. im Rahmen einer Vereinbarung nach §§ 6 bis 8 VersAusglG nicht nur die (korrespondierenden) Kapitalwerte, sondern auch die weiteren (wertbildenden) Faktoren, die sich auf das

⁵⁷ Vgl. BGH, DNotZ 2005, 226.

⁵⁸ Zur Bedeutung des korrespondierenden Kapitalwerts im Rahmen von Vereinbarungen, BT-Drucks. 16/10144, S. 50.

⁵⁹ Dazu § 4 Abs. 2 VersAusglG.

⁶⁰ BT-Drucks. 16/11903, S. 41 und 111 f.

⁵⁵ So schon zu § 1587 o Abs. 2 Satz 3 BGB OLG Koblenz, DNotZ 2005, 136, 138.

⁵⁶ So auch OLG Thüringen, FamRZ 2007, 2079.

Anrecht auswirken, mit zu berücksichtigen sind. Zu beachten sind etwa

- das Leistungsspektrum (isolierte Altersvorsorge oder zusätzlich Invaliditäts- und Hinterbliebenenschutz),
- das Finanzierungsverfahren (Abschnittsdeckungsverfahren berufsständischer Versorgungswerke einerseits, Umlagefinanzierungsverfahren der Sozialversicherungen andererseits),
- Anpassungen von Anwartschaften und laufenden Versicherungen,
- andere wertbildende Faktoren (Insolvenzschutz, Teilkapitalisierungsrechte).⁶¹

Inhaltlich dürfte es zwar zutreffen, dass der korrespondierende Kapitalwert nicht uneingeschränkt für einen Wertvergleich herangezogen werden kann, da für die Begründung einer Versorgung von 1 € Rente in unterschiedlichen Versorgungssystemen ganz unterschiedliche Beitrittswerte gezahlt werden müssen.⁶² Andererseits ist es oftmals gerade das Interesse der Eheleute, die Auseinandersetzung ihrer wirtschaftlichen Verflechtung während der Ehezeit mit Hilfe der einvernehmlichen Vereinbarung nicht „auf Heller und Pfennig“ aufzurechnen. Da Notare in der Regel auch nicht über rentenspezifischen Sachverstand verfügen, dürfte sich ein Mittelweg anbieten: In der Auskunft über den (korrespondierenden) Kapitalwert sollten immer auch Informationen über das Leistungsspektrum, das Finanzierungsverfahren und Anpassungsmodalitäten von Anwartschaften und laufenden Versicherungen erbeten werden. Für den Versorgungsträger sollten diese weitergehenden Auskünfte keine Probleme bereiten, zumal sie bei einem gerichtlichen Ausgleich sogar aufgefördert werden können, die Einzelheiten der Wertermittlung sowie die maßgeblichen Regelungen zu erläutern (§ 220 Abs. 4 FamFG). Mithilfe dieser Informationen kann sodann abgeschätzt werden, ob die in Rede stehende Versorgung und der für sie angegebene (korrespondierende) Kapitalwert zum „Top-Segment“ (auch Invaliditäts- und Hinterbliebenenschutz, Wertanpassungen sowohl in der Anwartschafts- als auch in der Leistungsphase) gehört oder sich eher als Minimalversorgung (isolierte Altersvorsorge ohne Wertentwicklung) gestaltet. Das Ergebnis wird sodann den Wertvergleich „Versorgung und Kompensation“ oder „Versorgung und Zugewinnausgleich/Unterhalt“ in die eine oder andere Richtung beeinflussen.

⁶¹ BT-Drucks. 16/11903, S. 112. Lediglich ein (unterschiedlicher) Rechnungszins dürfte künftig nicht mehr zu Wertverzerrungen führen. Vielmehr soll der Rechnungszins für Pensionsrückstellungen aufgrund der Änderung von § 253 Abs. 2 HGB durch das Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (BGBl I 2009, S. 1102) nunmehr einheitlich nach Maßgabe einer Rechtsverordnung ermittelt und von der Deutschen Bundesbank monatlich bekannt gegeben werden.

⁶² Anschaulich *Hauß*, FamRB 2009, 97.

IV. Zusammenfassende Bewertung

Zusammenfassend kann das Ergebnis der Reform sehr begrüßt werden. Das Versorgungsausgleichsgesetz gestaltet den Versorgungsausgleich nicht nur allgemein neu, sondern vor allem verständlicher. Gerade die notarielle Praxis sollte sich deshalb dem Bestreben nach einvernehmlichen Regelungen annehmen und einerseits die Scheu vor Vereinbarungen im Versorgungsausgleich verlieren, andererseits aber auch ihrer Kontrollverantwortung und Schutzfunktion einmal mehr bewusst werden.

Vereinbarungen künftig nur mehr anhand der Inhalts- und Ausübungskontrolle zu überprüfen und nicht zusätzlichen Hürden wie der Jahresfrist oder dem Genehmigungserfordernis auszusetzen, hatte auch die Bundesnotarkammer immer wieder gefordert, im Ergebnis erfolgreich. Da die Inhaltskontrolle gefestigter Rechtsprechung entspricht, die sich auch ohne § 8 Abs. 1 VersAusglG auf §§ 138, 242 BGB stützt, steht allerdings zu befürchten, dass die Praxis der Vorschrift einen eigenen Sinn jenseits der bekannten Rechtsprechungsgrundsätze geben möchte. In diesem Sinne wird etwa vom Bundesrat schon jetzt eine künftige Mehrbelastung der Gerichte erwartet, weil die größeren Dispositionsbefugnisse der Parteien gemäß §§ 6 ff. VersAusglG einen zusätzlichen Prüfungsaufwand verursachen würden.⁶³

Übersehen wird dabei jedoch nicht nur, dass §§ 138, 242 BGB schon bisher von Amts wegen zu prüfen waren, wenn entsprechende Anhaltspunkte vorlagen. Auch in Zukunft wird dies nur dann der Fall sein, wenn die Parteien solche vortragen; warum das Gericht stattdessen in eigene Nachforschungen eintreten sollte, ist nicht ersichtlich. Übersehen wird dabei aber vor allem, dass ein solches Verständnis von § 8 Abs. 1 VersAusglG klar der Absicht des Gesetzgebers widersprechen würde,⁶⁴ der mit der Zunahme von Vereinbarungen und dem Verzicht auf das Genehmigungserfordernis den gerichtlichen Prüfungsaufwand gerade verringern will.⁶⁵ Es bleibt deshalb zu hoffen, dass die gesetzliche Verankerung dieser Inhaltskontrolle in § 8 Abs. 1 VersAusglG die gerichtliche Genehmigung nicht in neuen Gewändern auferstehen lässt. Aber selbst das sollte die notarielle Praxis nicht zurückschrecken lassen, wenn ihre Vertragsgestaltung der Bedeutung des Versorgungsausgleichs anhand der aufgezeigten Leitlinien angemessen Rechnung trägt.

⁶³ Stellungnahme des Bundesrates zu dem Entwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/10144, S. 123.

⁶⁴ BT-Drucks. 16/10144, S. 51 ff.

⁶⁵ Anschaulich die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 16/10144, S. 129.

Sicherer Immobilienerwerb durch Notar und Grundbuch

Von Notar *Till Franzmann*, M. Jur. (Oxford), Maître en droit (Aix-en-Provence), Mindelheim*

In seinem Grußwort¹ zur Eröffnung des 67. Deutschen Juristentages am 23.9.2008 hat Bundespräsident *Horst Köhler* den zunehmenden Wettbewerb der Rechtssysteme thematisiert. *Köhler* gab den deutschen Juristen den Rat, diesen Wettbewerb mit „sportlichem Selbstbewusstsein“ anzunehmen und sich dabei auf das „Produkt“ des wachsenden rechtlichen Qualitätswettbewerbs zu konzentrieren: Erwartungssicherheit als eine der wichtigsten Funktionen des Rechts.

Die Europäische Union, insbesondere deren Generaldirektion Wettbewerb, befasst sich seit einem halben Dutzend Jahren nunmehr intensiver mit den regulierten freien Berufen einerseits und seit etwas kürzerer Zeit mit Grundstückstransaktionen in Europa andererseits. Hierbei spielen in aller erster Linie Kostengesichtspunkte eine Rolle. Die Fragen der Qualität und insbesondere der Rechtssicherheit sind bislang weitgehend ausgeblendet worden. Im Folgenden sollen Qualitätsaspekte von Grundstückstransaktionen in Deutschland, England und Frankreich nebeneinander gestellt und unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, vor dem Hintergrund der bisher von Seiten der Europäischen Kommission initiierten Studien und Stellungnahmen, beleuchtet werden. Hierzu lohnt es sich 5 ½ Jahre zurückzublicken.

I. Notare und ihre Tätigkeiten im Blickwinkel der Europäischen Kommission

1. Ausgangspunkt

Am 21.3.2003 stellte der damalige EU-Wettbewerbskommissar *Mario Monti* auf einer Konferenz der BRAK die Studie des Wiener Instituts für höhere Studien über die ökonomischen Folgen der Regulierung der freien Berufe vor.² Wer gedacht hätte, dass *Monti* größere Rücksichten auf den Gastgeber nehmen würde, wurde schon im 4. Satz eines besseren belehrt:

„Eine traditionelle Gemeinsamkeit all dieser Berufe ist der hohe Grad an Regulierung. [...] Es ist interessant festzustellen, dass die am stärksten regulierten Berufe auch die ältesten sind, wie Apotheker und Notare: Hierbei handelt es sich um Berufe, die zum Zeitpunkt der Zünfte etabliert wurden. Demgegenüber sind neuere Berufe, die, theoretisch, einen speziellen Status anstreben könnten, gar nicht reguliert. Ich denke z. B. an Informatiker: Die „Ingenieure“ einer papierlosen Gesellschaft, die in ihren Händen die Schlüssel zu weiten Teilen des Wirtschaftslebens halten. In den meisten Mitgliedsstaaten sind sie als Berufsgruppe gar nicht organisiert – und ich schlage nicht vor, dass sie es sein sollten!“

Anders als eine Kampfansage an die regulierten freien Berufe konnte man den Auftritt *Montis* schwerlich interpretieren. Die vorgestellte Studie³ hielt, was *Monti* versprach. Innerhalb der einzelnen Berufsgruppen wurde der Grad der Regulierung gemessen, differenziert nach Berufszugang und Berufsausübung. Das Ergebnis war für die deutschen Notare auf den ersten Blick verheerend: Das Institut für höhere Studien

stellte fest, dass der Notarberuf in Deutschland am stärksten reguliert ist.⁴ Im Gesamtüberblick der Berufsgruppen belegen die deutschen Notare einen zweiten Platz; nur die Apotheker in Schweden, die alle bei der gleichen staatseigenen Gesellschaft angestellt sind, werden als einer noch stärkeren Regulierung unterworfen eingeschätzt.⁵

Nun kann man der vorgelegten Studie eine Vielzahl methodischer Schwächen und Unzulänglichkeiten entgegenhalten. Insbesondere die Frage der Auswahl und der Gewichtung der auf ihrer Regulierung untersuchten Punkte erscheint kritikwürdig.⁶ Für die zu untersuchende Fragestellung ist ein Punkt festzuhalten: Die Frage der Qualität der Dienstleistungen wird vom Wiener Institut für höhere Studien ausgeklammert; insoweit seien Informationen nicht vorhanden, es werde davon ausgegangen, dass die Qualität homogen genug sei, um einen Vergleich zu rechtfertigen.⁷

Im Februar 2004 legte die Europäische Kommission den Bericht für den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen⁸ vor, macht sich die Argumentation der Studie zu Eigen und forderte die Mitgliedsstaaten auf unter Beteiligung der Berufsorganisationen freiwillig deregulierend zu wirken. Für den Beruf des Notars wird ein ganzheitlicher Reformansatz empfohlen: „Die Beseitigung der Honorarregulierung müsste beispielsweise mit wettbewerbsfördernden Formen einhergehen, wie der Lockerung der Zugangs- und Wettbewerbsbeschränkung.“⁹

Der sog. „Follow-Up-Report“¹⁰ der Kommission vom 5.9.2005 analysierte insbesondere die aufgrund des ersten Berichts angestoßenen Reformen, lobte die Niederlande, Dänemark und das Vereinigte Königreich für ihre Reformfortschritte, betonte, dass die Kommission den Bereich der freiberuflichen Dienstleistungen weiterhin aktiv behandeln werde und ggf. auch nach Art. 86 EG-Vertrag einzugreifen gedenke.

* Der Beitrag stellt die um Anmerkungen ergänzte Fassung des Vortrags bei der Jahresversammlung des Bayerischen Notarverein e. V. am 25.10.2008 in Bad Wörishofen dar. Wertvolle Hinweise zu Immobilientransaktionen in Serbien habe ich erhalten von Herrn Rechtsanwalt *Dragan Vidanovic*, Belgrad.

¹ Das Grußwort findet sich im Internet unter <http://www.bundespraesident.de/-/11057/Reden-und-Interviews.htm>.

² Die Rede kann in englischer Sprache unter http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_070_en.pdf heruntergeladen werden.

³ *Paterson/Fink/Ogus et al.*, Economic impact of regulation in the field of liberal professions in different member states, 2003. Die Studie (im Folgenden auch als „IHS-Studie“ zitiert) kann auf der Homepage der Generaldirektion Wettbewerb unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html heruntergeladen werden.

⁴ IHS-Studie, S. 57. Allerdings lieferten Luxemburg, Griechenland und Portugal keine Daten und wurden dementsprechend nicht bewertet.

⁵ IHS-Studie, S. 57, 80.

⁶ Vgl. *Franzmann*, notar 2003, 110.

⁷ IHS-Studie, S. 127.

⁸ KOM (2004) 83. Abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/reports/reports.html.

⁹ KOM (2004) 83, Rdnr. 36.

¹⁰ KOM (2005) 405. Abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/reports/reports.html.

2. „ZERP-Studie“

Die Vorstellung der sog. „ZERP-Studie“¹¹ im Januar 2008 fiel deutlich weniger öffentlichkeitswirksam aus. Gegenstand der ZERP-Studie sind „Immobilienübertragungsdienstleistungen“. Die Studie wurde vom Zentrum für europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen federführend durchgeführt; mitgearbeitet hat aber auch wieder das Institut für höhere Studien in Wien.

Die Studie hat den Anspruch einen Systemvergleich durchzuführen. In Europa werden dabei vier „Systeme“ gesehen:¹²

- Das kontinental-europäische System mit lateinischem Notariat
- Das deregulierte niederländische Notariatssystem
- Das u. a. in England und Irland vorherrschende „Anwaltssystem“
- Das skandinavische System, in dem Grundstückstransaktionen in den Händen von Immobilienmaklern liegen.

Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass das kontinental-europäische System mit lateinischem Notariat für den Verbraucher zu überhöhten Preisen führe¹³ und bestätigt damit – jedenfalls auf den ersten Blick – die These der Europäischen Kommission, wonach Deregulierung zu günstigeren Gebühren führt. Bereits eine genauere Analyse des vorgelegten Zahlenmaterials zieht das scheinbar klare Ergebnis eines kausalen Zusammenhangs zwischen Regulierungsdichte und Kosten in Zweifel. In Deutschland – also in dem Mitgliedsstaat mit dem nach der IHS-Studie am stärksten regulierten Notariatssystem in Europa – ist der Erwerb eines durchschnittlichen Hauses im Verhältnis zum Nettoeinkommen um ein rundes Viertel günstiger als in den Niederlanden mit ihrem deregulierten Notariatssystem und sogar um ein Drittel günstiger als im Vereinigten Königreich.¹⁴

Auch der ZERP-Studie lassen sich methodische Schwächen und Unzulänglichkeiten entgegenhalten: Schon die Datenerhebung erscheint nicht durchweg mit der notwendigen Sorgfalt vorgenommen worden zu sein. Für Deutschland wird nur das Bundesland Bayern untersucht, was den bayerischen Notar ja eigentlich freuen müsste. Schon die Begründung hierfür vermag nicht mehr zu überzeugen: Bayern sei repräsentativ für Deutschland aus zwei Gründen: Erstens sei das vorliegende Datenmaterial am umfangreichsten und zweitens sei Bayern dafür bekannt, die restriktivsten Zugangsvoraussetzungen für den Notarberuf in Deutschland zu haben.¹⁵ Wenn letztere These richtig wäre, ließe sich damit ja aber gerade belegen, dass Bayern nicht repräsentativ für Deutschland ist.

Die Liste der kleineren und größeren Fehler in der Datenerhebung ließe sich fortführen; so wird weder das Stellenbesetzungsverfahren für eine neu geschaffene Notarstelle auch nur annähernd korrekt wiedergegeben, noch ist das verwendete Zahlenmaterial richtig, wenn die Autorin von zwölf bayerischen Landkreisen ohne Notar ausgeht oder wenn bei der Annahme in München gebe es 42 und in Nürnberg 10 Notare

offensichtlich Sozietäten einfach gezählt wurden.¹⁶ Bei allem Respekt erscheinen solche elementaren Fehler bei der Datenerhebung, zumal es sich um frei und öffentlich zugängliche Daten handelt, dazu geeignet, die Verlässlichkeit und Wissenschaftlichkeit der Studie insgesamt in Zweifel zu ziehen.

Die ZERP-Studie hat auch den Anspruch die Qualität der Dienstleistungen in den einzelnen Mitgliedsstaaten zu bewerten. Insoweit geht sie weit über die IHS-Studie hinaus. Die Qualitätsanalyse wurde in der ZERP-Studie durchgeführt, indem Fragebögen zu vier verschiedenen Kategorien ausgegeben wurden. Hierbei wurden die Auswahlmöglichkeit für den Verbraucher, die fachliche Qualität, die Rechtssicherheit und die Geschwindigkeit der Transaktionen bewertet.¹⁷ Auch hier lassen sich Zweifel an der Belastbarkeit des methodischen Vorgehens der Studie aufstellen. Ob eine Fragebogenaktion grundsätzlich dazu geeignet ist, Qualität zu messen, lässt sich in Frage stellen: Die Einschätzung wie sicher und wie schnell eine Transaktion im jeweiligen Land abgewickelt wird, erfolgt vor dem Hintergrund unterschiedlichster subjektiver Erfahrungen und Erwartungen. Ob dies für eine Einschätzung der objektiven Qualität der an Grundstückstransaktionen beteiligten Rechtsberufe in den verschiedenen Systemen ausreichend ist, muss bezweifelt werden.

Zusammenfassend erscheint für die derzeitige Position der EU-Kommission, die sich auch das Ergebnis der ZERP-Studie zu eigen machte, die Analyse von Professor *Stürner* zutreffend: „Das Notariat steht nach wie vor unter der skeptischen Sonderaufsicht der EU-Kommission, die es im Grunde genommen als Investitionshemmnis am liebsten ganz abschaffen würde.“¹⁸

3. Murray-Studie

Die Konferenz des lateinischen Notariats in der Europäischen Union (CNUe) hat nahezu zeitgleich mit der ZERP-Studie eine rechtsvergleichende Studie zu Immobilientransaktionen in Auftrag gegeben. Die Studie wurde von *Peter Murray*, Professor an der Harvard University, betreut und anlässlich der Jahresversammlung des Rheinischen Notarvereins in Mainz vorgestellt.¹⁹ *Murray* führte eine weitgehend traditionelle rechtsvergleichende Untersuchung durch, ermittelte aber auch die Kosten einer Grundstückstransaktion. Anders als die ZERP-Studie wurden hierbei aber nicht nur die Kosten der Rechtsberatung und Rechtsdienstleistung einbezogen, sondern auch die Kosten der Registrierung, die Maklerkosten und die Kosten anderer üblicher oder vorgeschriebener Untersuchungen des Grundbesitzes, insbesondere in technischer Hinsicht.²⁰

Die isolierte Betrachtung der rechtlichen Kosten der Immobilientransaktion ließ die Systeme Estlands und – erneut – Deutschlands mit lateinischem Notariat bei Immobilientransaktionen unter 500.000 € als am günstigsten erscheinen.²¹ In diesem Segment waren die rechtlichen Kosten der Transaktion günstiger als in England und Schweden.

¹¹ Schmid/Lee/Fink et al., Zusammenfassung der rechtlichen und ökonomischen Studie zum Dienstleistungsmarkt im Bereich des Grundstücksverkehrs, 2007. Die Studie (im Folgenden auch als „ZERP-Studie“ zitiert) kann unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html abgerufen werden.

¹² ZERP-Studie, Rdnr. 7 ff.

¹³ ZERP-Studie, Rdnr. 25 ff.

¹⁴ ZERP-Studie, Rdnr. 277 f.

¹⁵ ZERP-Studie, Rdnr. 427.

¹⁶ ZERP-Studie, Rdnr. 431.

¹⁷ ZERP-Studie, Rdnr. 56 f.

¹⁸ *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, S. 271.

¹⁹ *Murray*, Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States. A Comparative Study, 2007. Die Studie (im Folgenden auch als „Murray-Studie“ zitiert) kann auf der Homepage des Deutschen Notarvereins unter <http://dnotv.de/Aktuelles/Aktuelles.html> abgerufen werden.

²⁰ Murray-Studie, S. 12 ff.

²¹ Murray-Studie, S. 100 ff.

Die Untersuchung *Murrays* bestätigt zudem, dass die Rechtsberatungskosten bei Grundstückstransaktionen grundsätzlich eine untergeordnete Rolle spielen.²² Den Löwenanteil machen Maklerkosten und Steuern aus.

Qualitätsfragen werden in *Murrays* Studie in traditionell rechtsvergleichender Art durch eine Funktionsanalyse der betrachteten Systeme behandelt. Hierbei arbeitet die Studie Qualitätsmängel der Systeme in Skandinavien, die dort durch Interessenskonflikte und fehlende fachliche Qualifikationen der die Transaktionen betreuenden Immobilienmakler auftreten und in England durch Abwicklungsschwierigkeiten, insbesondere bei den üblichen Kettentransaktionen, bei denen der Kauf einer Immobilie vom Verkauf einer anderen abhängt, heraus.²³

Im Ergebnis beantwortet *Murray* die Frage, ob es einen statistisch nachweisbaren Zusammenhang zwischen dem Grad der Regulierung und den im jeweiligen System anfallenden Kosten gibt, mit einem klaren „Nein“. Einige hochregulierte Systeme, darunter auch Deutschland, sind günstig, einige weniger regulierte Systeme, darunter England, tendieren dazu teurer zu sein. Insgesamt spielen andere Faktoren als der Regulierungsgrad eine größere Rolle.²⁴

II. Immobilienverkehr und Sicherheit im Rechtsvergleich

Vor dem vorgestellten Hintergrund, nach der die Notare einerseits und Rechtsdienstleistungen auf dem Immobilienmarkt andererseits unter besonderer Beobachtung der Europäischen Union stehen, erscheint es wichtig, Qualitätsaspekte verstärkt zu untersuchen. Es wird dabei nicht genügen, der Europäischen Kommission entgegenzuhalten, das System des lateinischen Notariats biete ein Mehr an Qualität. Dies muss durch rechtsvergleichende und empirische Studien nachgewiesen werden. Die durch die CNUE beauftragte Studie von *Murray* ist insoweit ein zentraler Schritt, auf den aber noch weitere folgen müssen.

Während die *Murray*-Studie sich mit dem System von Grundstücksübertragungen insgesamt auseinandersetzt und dabei eine Systemanalyse quasi aus der Vogelperspektive vornimmt, soll im Folgenden nur ein kleiner Ausschnitt untersucht werden, der aber einen zentralen Sicherheitsaspekt betrifft: Die im Folgenden gestellte Frage ist, wie die Systeme in Deutschland, England und Frankreich mit den Problemen des Grundstückserwerbs vom Nichtberechtigten und in diesem Zusammenhang der Gewährleistung von Sicherheit für die durch Grundpfandrechte zu sichernde finanzierende Bank umgehen.

Bei diesen Fragen handelt es sich um Weichenstellungen für die Sicherheit des Immobilienerwerbs und der Immobilienfinanzierung. Erfahrungsgemäß werden diese Fragen auch bei der Neukonzeption von Strukturen für den Grundstücksverkehr in Transformationsstaaten als mitentscheidend für den Erfolg eines Systems angesehen.

In Serbien beispielsweise besteht derzeit kein funktionierender Grundstücksmarkt, was für die wirtschaftliche Entwicklung als extrem hinderlich angesehen wird. Die Schaffung sicherer rechtlicher Strukturen wird dort als zentrale Standortentscheidung angesehen, denn das derzeitige Verfahren einer Grundstückstransaktion schreckt Investoren ab. In Serbien sind gegenwärtig Grundstücke nicht flächendeckend regis-

triert, Grundbücher existieren nur in einzelnen Regionen. Notare gibt es nicht. Die Übertragung wird regelmäßig bei Gericht beglaubigt, meist gegen Barzahlung des Kaufpreises. Eine Finanzierung durch Grundpfandrechte erfolgt im Regelfall nicht. Nach Beglaubigung bei Gericht werden zumeist zügig die Schlösser ausgewechselt, da der Besitz für den Fall streitig werdender Rechtspositionen von großer Bedeutung ist.

Im Vergleich zur Situation in Serbien bieten alle drei zu untersuchenden Rechtsordnungen wirksame Sicherheitsmechanismen. Trotzdem bestehen nicht unerhebliche Unterschiede in der Qualität. Um diese herauszuarbeiten soll der Ablauf einer typischen Grundstückstransaktion kurz vorgestellt werden. Aus aktuellem Anlass soll hierzu auch die Anfälligkeit der Systeme für Manipulationen, die unter den Stichworten „property fraud“ und „mortgage fraud“ in den Medien Beachtung gefunden haben, behandelt werden.

1. Überblick

a) Deutschland

Für Deutschland soll es genügen, einige für den folgenden Rechtsvergleich zentrale Charakteristika kursorisch aufzuzählen: Das deutsche System des Immobilienverkehrs zeichnet sich durch eine enge Zusammenarbeit von Notar und Grundbuchamt aus.²⁵

In Deutschland sind die Grundstücke vollständig in den Grundbüchern registriert, die von den Amtsgerichten geführt werden. Das Grundbuchverfahren ist ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Erwerb, die Veränderung und Aufhebung von Eigentum und sonstigen Rechten an Grundstücken sind von der Eintragung in das Grundbuch abhängig. Eine *umfassende* Sachprüfung durch das Gericht findet nicht statt; Eintragungsgrundlage ist regelmäßig die Bewilligung der Betroffenen. Der deutsche Gesetzgeber hat damit das Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse an einer größtmöglichen sachlichen Übereinstimmung des Grundbuchs mit der materiellen Rechtslage und dem Ziel eines einfachen, schnellen und kostengünstigen Verfahrens zugunsten der letztgenannten Zielvorstellung gelöst.²⁶ Hintergrund dieser Lösung des deutschen Rechts ist die Zusammenarbeit von Notar und Grundbuchamt – die Verknüpfung von materiellem Recht und Verfahrensrecht.

Dies wird deutlich bei rechtsbegründenden Eintragungen, die funktionell in drei Schritten erfolgen.²⁷ Der Schuldvertrag entspricht dem ersten Schritt, der dingliche Vertrag dem zweiten, das Grundbuchverfahren dem dritten. Die materiellen Voraussetzungen werden – vereinfacht gesagt – durch die Notare geprüft, die die öffentlichen Urkunden, die nach deutschem Recht einzig zulässiges Beweismittel sind, erstellen. Der dritte Schritt – das Grundbuchverfahren – unterliegt einer im Wesentlichen formellen Prüfung nach den Erfordernissen der Grundbuchordnung.

b) Frankreich²⁸

Auch nach französischem Recht ist der Grundstücksverkehr durch eine Zusammenarbeit von Notar und Grundstücksregis-

²² Murray-Studie, S. 127.

²³ Murray-Studie, S. 50 ff.

²⁴ Murray-Studie, S. 129.

²⁵ Vgl. etwa *Bauer/von Oefele/Waldner*, GBO, 2006, § 1 Rdnr. 25 f.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 42.

²⁶ *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 12 m. w. N.

²⁷ Vgl. *Wulf*, MittRhNotK 1996, 41 m. w. N.

²⁸ Vgl. allgemein die Länderberichte in *Frank/Wachter/Frank*, Handbuch Immobilienrecht in Europa, 2004, S. 281 ff. und in der *Murray*-Studie, S. 164 ff.; *Jobard-Bachhellier*, *Sûretés, publicité foncière*, 15. Aufl. 2007, S. 190.

terbehörde gekennzeichnet.²⁹ Die Registerführung unterliegt aber nach französischem Recht nicht den Gerichten, sondern dem Grundregisteramt, das dem Finanzministerium untersteht. Dort werden drei Haupt- und zwei – ihrerseits wiederum unterteilte – Nebenregister geführt. In diesen Registern werden nicht – wie in Deutschland – Rechte am Grundstück verlaubar, sondern nur einzelne Rechtsvorgänge, aus denen sich dann auf Rechte schließen lässt. Die Eigentümerstellung kann also in Frankreich nur durch eine Kette von Vorpublikationen nachgewiesen werden, die lückenlos sein muss. Der Prüfungsaufwand ist gegenüber dem deutschen System größer. Die Register entsprechen – stark vereinfacht – eher den beim deutschen Grundbuchamt geführten Grundakten als einem deutschen Grundbuch und sind nicht öffentlich. Der zuständige Beamte hat für die Registrierung Wirksamkeit und Inhalt der Urkunde nicht zu prüfen. Lediglich Formfehler rechtfertigen eine Zurückweisung. Aus der eingeschränkten Funktion des Registers erklärt sich, dass eine solche Prüfung nicht stattfindet.³⁰

Obwohl nach materiellem französischem Zivilrecht ein Kaufvertrag über Grund und Boden grundsätzlich formfrei abgeschlossen werden kann, werden in der Rechtspraxis alle Kaufverträge notariell beurkundet: Nur notarielle Urkunden können in die französischen Register aufgenommen werden. Die Eintragung ist dabei zwar nur deklaratorisch. Allerdings kann der Eigentumsübergang Dritten nur entgegengehalten werden, wenn eine Registrierung erfolgt. Die Eintragung ist damit in der Praxis unumgänglich, sie schützt den Erwerber primär gegen weitere Verfügungen seines Veräußerers. Das französische Recht knüpft an sie keine positive Gutgläubenswirkung, jedoch die negative Publizität.³¹

Anders als im deutschen Recht geht nach dem Konsensprinzip des französischen Rechts das Eigentum an der verkauften Sache mit Abschluss des Kaufvertrages über. Den Sicherheitsbedürfnissen von Veräußerer und Erwerber genügt das französische Recht indem es den Kaufvertrag konsequenterweise zu einem der letzten notwendigen Schritte der Grundstücksübertragung macht. Typischerweise werden zunächst Vorverträge geschlossen. Funktional erfolgt trotz Konsensprinzip eine dem deutschen Recht nicht unähnliche Aufspaltung in Verpflichtung und Erfüllung.³²

Der eigentliche Kaufvertrag wird notariell erst dann geschlossen, wenn alle zur Abwicklung notwendigen Unterlagen öffentlich- und privatrechtlicher Natur vollständig vorliegen. Der Kaufpreis ist typischerweise sofort mit Vertragsschluss zu entrichten. Die Abwicklung erfolgt zumeist über Notaranderkonto oder falls keine Ablösegläubiger vorhanden sind durch Übergabe eines bankbestätigten Schecks anlässlich der Beurkundung.³³ Die Abwicklung übernimmt auch in Frankreich der Notar. Er reicht eine Ausfertigung zum Grundstücksregister ein. Nach der Registrierung im Grundstücksregister erhält der Notar den Vertrag mit einem Stempelvermerk zurück. Mit der Registrierung hat der Vertrag Außenwirkung. Erst jetzt erteilt der Notar den Vertragsteilen Ausfertigungen.

²⁹ Vgl. Gresser, notar 2002, 58.

³⁰ Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, 1996, S. 534 m. w. N.

³¹ Frank/Wachter/Frank, Handbuch Immobilienrecht in Europa, Rdnr. 117.

³² Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 728.

³³ Frank/Wachter/Frank, Handbuch Immobilienrecht in Europa, Rdnr. 157 f.

c) England³⁴

Kaum ein Liegenschaftsrecht in Europa ist so stark historisch geprägt wie das englische. So kennt das englische Recht kein absolutes Eigentumsrecht; Grund und Boden gehören formal der Krone. Man unterscheidet zwischen Herrschaftsrechten von unbestimmter und von bestimmter Dauer.³⁵ Praktisch unterscheidet sich die Stellung eines umfassend Berechtigten allerdings so wenig von Eigentum im Sinne unseres Rechtsverständnisses, dass hier im Folgenden vereinfachend von Eigentum gesprochen werden soll.

Das englische Recht kennt keine Notare lateinischer Prägung. Grundstückstransaktionen werden hauptsächlich durch Rechtsanwälte durchgeführt. Die Mitwirkung eines Rechtsanwalts ist nach englischem Recht zwar nicht zwingend erforderlich, aber praktisch der Regelfall.³⁶ Die rein von Privatleuten durchgeführte Grundstücksübertragung ist tatsächlich nur möglich, wenn sowohl der Kaufgegenstand unbelastet, als auch der Käufer keine Kreditfinanzierung benötigt.

Neben Rechtsanwälten bieten Grundstückssachverständige – sog. *licensed conveyancers* – ebenfalls ihre Dienste am Markt an und werden in etwa 3 % aller Transaktionen tätig.³⁷ In der größten Zahl aller Fälle wird auf der Käufer- und auf der Verkäuferseite je ein Rechtsanwalt tätig. Die Konkurrenz und der Preiswettbewerb sind groß, die „Anwaltsdichte“ ist in England doppelt so hoch wie in Deutschland.³⁸ Die Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages unterscheidet sich grundlegend danach, ob es sich um ein bereits registriertes oder nicht-registriertes Grundstück handelt. Seit 1990 besteht die Pflicht, bisher unregistrierte Grundstücke für die Durchführung eines Kaufvertrages im Grundstücksregister zunächst registrieren zu lassen. Seit 1998 gilt dies auch für die Übertragung von Todes wegen oder durch Schenkung. Derzeit sind ca. 55 % der Grundstücke in England und Wales registriert.³⁹

Das Grundstücksregister *Her Majesty's Land Registry* wird seit 1862 von einer staatlichen Behörde geführt und ist öffentlich. Registriert sind über 20 Millionen Grundstücke. Unabhängig von den zu untersuchenden Sicherheitsaspekten erreicht das englische Register bezüglich Vollzugszeiten und Kundenzufriedenheit regelmäßig Spitzenergebnisse.⁴⁰ Hier besteht für Deutschland sicher Verbesserungspotential, das nicht unterschätzt werden sollte: In Europa wird Qualität gerne durch Umfragen gemessen. Die Geschwindigkeit, in der eine Eintragung erfolgt oder ein Auszug verschickt wird, ist für den Verbraucher dabei ein leicht erkennbares und wohl auch entscheidendes Kriterium, andere Aspekte wie die Rechtsqualität einer Eintragung oder die damit einhergehende Sicherheit sind zu abstrakt, um für die Verbraucher eine Rolle zu spielen.

Schätzungsweise beziehen sich heute noch ca. 15 % der Grundstücksübertragungsverträge auf nichtregistrierte Grundstücke.⁴¹ In diesem Fall entspricht das System dem seit Jahrhunderten in England praktizierten Verfahren, bei dem der

³⁴ Vgl. allgemein die Länderberichte in Frank/Wachter/Kopp/Waldner, Handbuch Immobilienrecht in Europa, S. 167 ff. und in der Murray-Studie, S. 106 ff.

³⁵ Frank/Wachter/Kopp/Waldner, Handbuch Immobilienrecht in Europa, Rdnr. 45 m. w. N.

³⁶ Sparkes, European Land Law, 2007, S. 287 ff.

³⁷ Murray-Studie, S. 63.

³⁸ Sparkes, European Land Law, S. 285, Fn. 37, m. w. N.

³⁹ Murray-Studie, S. 306.

⁴⁰ Vgl. etwa die jährlichen Tätigkeitsberichte, zuletzt *Land Registry Annual Report 2007/2008*, die unter <http://www.landreg.gov.uk/> abrufbar sind.

⁴¹ Murray-Studie, S. 306.

Verkäufer dem Käufer seine Rechtsstellung durch Vorlage einer ungebrochenen Kette früherer Eigentumsübergänge nachweist. Die Eigentums- und Belastungsdokumente müssen dabei dem Verkäufer den Beweis ermöglichen, dass er und seine Rechtsvorgänger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mindestens 15 Jahre unbestrittenes Eigentum an dem Grundstück hatten. Als Nachteil dieses Systems wird kritisiert, dass die Beschaffung und Prüfung der erforderlichen Dokumente mühevoll, zeitaufwendig und kostspielig ist.⁴² Nicht zu unterschätzen ist auch in diesem Bereich die Gefahr, dass Dokumente gefälscht oder manipuliert werden können. Nicht zuletzt die Nachteile dieses Systems haben den englischen Gesetzgeber dazu motiviert, die Registrierung in zunehmenden Maße verpflichtend auszugestalten; auch die freiwillige Registrierung wird durch Werbekampagnen und Gebührennachlässe propagiert.

Die Durchführung eines Kaufvertrages erfolgt in England sowohl bei registrierten als auch bei nichtregistrierten Grundstücken in drei Schritten: Im ersten Schritt vor dem eigentlichen Vertragsschluss macht üblicherweise der Käufer dem Verkäufer ein schriftliches, allerdings unverbindliches Angebot, das in groben Zügen die Vertragsbedingungen enthält. In diesem Stadium werden nun auch Informationen über das Objekt ausgetauscht und – deutlich häufiger als in Deutschland – auch bautechnische und ähnliche Untersuchungen vorgenommen. Bei nichtregistrierten Grundstücken wird die Kette der Erwerbssurkunden vorgelegt, bei registrierten Grundstücken der Auszug aus dem Grundstücksregister. Dort gilt der Eingetragene als Eigentümer; die Kette der Vorvertragsverträge spielt grundsätzlich keine Rolle mehr.

Das Eigentum geht – weitgehend unabhängig von den rechtsgeschäftlichen Erklärungen – durch die Registrierung über. Schlagwortartig spricht man von *title by registration not registration of title*⁴³. Eine Überprüfung erfolgt beim Grundstücksregister nicht. Ist eine Eintragung unrichtig, besteht ein Berichtigungsanspruch, dessen Konturen und Umfang aber in der Rechtsprechung noch umstritten sind. Ob sich das englische Recht unter dem seit 2002 maßgeblichen *Land Registration Act* entgegen der traditionellen *common-law*-Position für eine dem gutgläubigen Erwerb ähnliche Rechtsfigur unter dem Stichwort der *indefeasibility* („Unantastbarkeit“) entscheiden wird, ist derzeit noch offen.⁴⁴ Für Schäden aufgrund unrichtiger Eintragungen besteht Staatshaftung.⁴⁵

Als Vertragsschluss wird der Austausch der unterschriebenen Vertragsexemplare bezeichnet. Dies geschieht in der Praxis in den seltensten Fällen bei gleichzeitiger Anwesenheit der Vertragsteile, vielmehr werden die Vertragsexemplare im Voraus unterschrieben und dem eigenen Rechtsanwalt in Verwahrung gegeben. Der Austausch der Verträge wird dann durch eine telefonische Übereinkunft der Rechtsanwälte ersetzt, den unterschriebenen Vertrag nun treuhänderisch für den Klienten des anderen zu halten.

Um den Erwerber vor Zwischeneintragungen bei registrierten Grundstücken zu schützen, stellt der Anwalt des Käufers an die Grundstücksregisterbehörde eine formalisierte Anfrage nach Eintragungen seit dem Tag der Ausstellung der letzten Grundstücksregistrauszüge. Auf diese Anfrage hin wird eine

Bescheinigung erteilt, die dem Erwerber eine Prioritätsfrist von 30 Arbeitstagen gegenüber abweichenden Registerertragungen gewährt. Gehen bei der Grundstücksregisterbehörde innerhalb dieser Frist andere Eintragungsanträge ein, werden diese erst nach Verstreichen der Frist vollzogen. In der Praxis reicht die 30-Tages-Frist häufig nicht aus, so dass der Antrag wiederholt wird.⁴⁶

Die Erfüllung erfolgt dann, indem der Rechtsanwalt des Käufers den Anwalt des Verkäufers ermächtigt, nun auch für den Käufer zu handeln. Der Rechtsanwalt des Verkäufers übersendet die Übertragungsurkunde, nachdem der Kaufpreis auf sein Anderkonto eingegangen ist. Der Anwalt des Käufers übernimmt typischerweise auch die Zahlung der Grunderwerbsteuer und die Registrierung im Grundstücksregister.

2. Sicherheitsaspekte

Welche Lösung bieten die verschiedenen Rechtsordnungen für das Problem des Erwerbs vom Nichtberechtigten? Unter dem Stichwort des Erwerbs vom Nichtberechtigten verstehen deutsche Juristen regelmäßig den Fall, dass der im Grundbuch eingetragene Eigentümer – aus welchem Grund auch immer – nicht der wahre Eigentümer ist.

Der umgekehrte Fall, dass der Veräußerer in Wahrheit gar nicht der im Grundbuch eingetragene Eigentümer ist, spielte in der Praxis der deutschen Notare und Grundbuchämter keine nennenswerte Rolle.

aa) Erwerb vom im Grundbuch nicht eingetragenen Nichtberechtigten

Es handelt sich zugespitzt um den Fall, dass in betrügerischer Absicht die Identität des Bucheigentümers behauptet wird. Diese Fälle werden in den USA und in jüngster Zeit auch verstärkt in England unter dem Stichwort *identity theft* behandelt. Dass Identitätsdiebstahl bei Grundstücksübertragungen in Deutschland und soweit ersichtlich auch in Frankreich keine große Rolle spielt, hängt auch mit der Einschaltung von Notaren zusammen:

Nach deutschem Recht trifft den Notar die Identifizierungspflicht hinsichtlich der Person der Beteiligten. Der Sorgfaltsmaßstab liegt hierbei hoch, schon die Rechtsprechung des Reichsgerichts sprach von „äußerster Sorgfalt“⁴⁷. Personen, die der Notar nicht persönlich kennt, identifiziert er durch zuverlässige amtliche Lichtbildausweise. Die Existenz von Handelsgesellschaften und die Vertretungsberechtigung der handelnden Personen stellt der Notar durch Einsicht in öffentliche Register fest. In Frankreich ist die Identifizierungspflicht ähnlich ausgestaltet. All das mag dem deutschen Praktiker vollkommen selbstverständlich und banal erscheinen. In England ergeben sich aber in jüngster Zeit nicht unerhebliche Probleme.

Eine Variante besteht darin, dass der Betrüger die Immobilie zunächst vom wahren Eigentümer unter falschem Namen mietet. Dann erteilt er Maklerauftrag zum Verkauf der Immobilie und gibt sich dabei als Eigentümer aus. Er ist ja im Besitz der Schlüssel und kann damit das Haus Interessenten zeigen. Sobald ein Käufer gefunden ist, wird mit diesem ein Kaufvertrag abgeschlossen. Die Identifizierung der an dem Grundstücksgeschäft Beteiligten musste dabei bisher in England keinen allzu hohen Standards genügen.

Dies ist auch daran zu erkennen, dass seit März 2008 aufgrund zahlreicher Missbrauchsfälle die Grundstücksregister-

⁴² Frank/Wachter/Kopp/Waldner, Handbuch Immobilienrecht in Europa, Rdnr. 149.

⁴³ Cooke, The new law of land registration, 2003, S. 129.

⁴⁴ Vgl. hierzu Cooke, The new law of land registration, S. 128 f. m. w. N.

⁴⁵ Frank/Wachter/Kopp/Waldner, Handbuch Immobilienrecht in Europa, Rdnr. 119.

⁴⁶ Murray-Studie, S. 309.

⁴⁷ RGZ 81, 125; 124, 62; 156, 82.

behörde in England nicht nur eine Kampagne zur Information der Verbraucher gestartet hat. Zudem wurde auch für bestimmte Fälle die Identifizierung für verpflichtend erklärt.⁴⁸ Die Identifizierung kann dabei durch die Büros der Grundstücksregistrierungsbehörde, durch Anwälte oder Grundstückssachverständige geschehen. Aus deutscher Sicht wirken die Anforderungen an eine Identifizierung nach wie vor fragwürdig – so genügt es beispielsweise, auch eine Kreditkarte und eine Stromrechnung vorzulegen und das Lichtbild selbst mitzubringen. Für einen Betrüger dürfte sich dies als keine unüberwindbare Hürde erweisen.

Ob diese Maßnahmen ausreichend sind, um die steigende Zahl von Betrugsfällen in England einzudämmen, darf man in Frage stellen: Im Jahr 2007 hat die Grundstücksregisterbehörde nach eigenen Angaben über 3,4 Mio. Pfund an Schadensersatzzahlungen allein in Fällen von Betrug und Urkundenfälschung geleistet.⁴⁹ Die Haushaltsbelastung hat sich in diesen Fällen gegenüber dem Jahr 2006 annähernd verdoppelt. Hierbei dürfte es sich – glaubt man britischen Medienberichten⁵⁰ – nur um die Spitze des Eisberges handeln.

Die Schutzmechanismen des englischen Rechts für Betrugsfälle bei Grundstückstransaktionen, insbesondere unter Verwendung gefälschter Identitäten erscheinen unterentwickelt. Das französische, wie auch das deutsche System, die die Identifizierung der Vertragsbeteiligten in die Hand eines Notars legen, haben solche Probleme nicht. Anders als in England sind vergleichbare Fälle nicht publiziert. Aber auch über die reine Identifikation der Beteiligten hinaus erscheint ein System der Immobilienübertragung, das die Abwicklung in die Hand einer einzigen öffentlich bestellten und unabhängigen Person legt, weniger anfällig für Betrugsfälle als das englische System, bei dem jeder Vertragsteil einzeln vertreten wird. Die von der EU-Kommission beauftragten Studien haben bislang Sicherheitsmängel wie diesen – selbst insoweit sie sich an offiziell veröffentlichten Schadensersatzzahlungen messen lassen – ignoriert.

bb) Erwerb vom im Grundbuch eingetragenen Nichtberechtigten

Für den Erwerb vom im Grundbuch eingetragenen Nichtberechtigten sieht das deutsche Recht Gutglaubensschutz vor: Wenn der Erwerber die Nichtberechtigung nicht kennt, erwirbt er mit seiner Eintragung im Grundbuch Eigentum. Der Erwerber wird in zweifacher Hinsicht geschützt: Er darf sich positiv darauf verlassen, dass die eingetragenen Rechte mit dem gebuchten Inhalt bestehen und dem ausgewiesenen Berechtigten zustehen und – negativ – darauf, dass nicht gebuchte und im Grundbuch gelöschte Rechte nicht bestehen.⁵¹

Für die Praxis bedeutet dies, dass der deutsche Notar bei der Vorbereitung eines Grundstückskaufvertrages nur zu prüfen hat, ob die veräußernde Person tatsächlich als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist; Vorerwerbsvorgänge interessieren – anders als in Frankreich oder bei nicht registrierten Grundstücken in England – nicht.

Die Notwendigkeit, den Rechtsverkehr im Liegenschaftsrecht besonders zu schützen, hat in Frankreich nicht etwa zu einem

dem deutschem Recht vergleichbaren Registerschutz und zur Erweiterung der Möglichkeit des redlichen Erwerbs vom Nichtberechtigten geführt, sondern zu relativ deutlichen Bestrebungen der Rechtsprechung, das Rechtsgeschäft trotz Mängeln aufrechtzuerhalten. Hervorzuheben sind insbesondere Einschränkungen des Rücktrittsrechts wegen Nichtzahlung.⁵² Für den Verkäufer entsteht nach französischem Recht ein Vorrecht in Form einer akzessorischen Hypothek mit Vorrangstellung gegenüber Dritten. Der Verkäufer kann sich nur dann vom Kaufvertrag lösen – was nach französischem Recht ja *ex-tunc* zum Rückfall des Eigentums führt –, wenn er diese Legalhypothek ordnungsgemäß und rechtzeitig publiziert hat.⁵³

Im Ergebnis behandelt das französische Recht nicht eingetragene Rechte an Grundstücken gegenüber eingetragenen Rechten mit einer abgeschwächten Wirkung. Der nichtveröffentlichte Erwerb entfaltet nur Wirkung zwischen den Vertragsteilen. Dritten kann ein solch unveröffentlichter Rechtserwerb nicht entgegengehalten werden.

Auch diese Konstruktion zielt im Wesentlichen auf einen Verfügungsschutz ab: Bei einem Doppelverkauf eines Grundstücks setzt sich der publizierte Erwerbsvorgang gegenüber dem unveröffentlichten durch. Ein Erwerber muss also seinen Erwerbsvorgang veröffentlichen, um einen Doppelverkauf zu verhindern.⁵⁴ Die französische *Cour de Cassation* hat mit einem dogmatischen Umweg über das Deliktsrecht eine Ausnahme für den Fall gemacht, dass der Zweiterwerber positiv den Ersterwerb kennt.⁵⁵ Demnach lässt sich argumentieren, dass im Ergebnis auch das französische Recht die Eintragung funktionell als konstitutiven Akt ausgestaltet: Nur die Eintragung gewährt dem Erwerber vollwertiges Eigentum.

Folgeprobleme ergeben sich auch für den Kreditgeber des Käufers, der vom Nichtberechtigten erworben hat. Aufgrund des Konsensprinzips fordert das französische Recht bei Grundpfandrechten bereits beim Pfandbestellungsvertrag die Berechtigung des Bestellers. Bei der Hypothek bedeutet dies, dass der Besteller Verfügungsbefugter sein muss. Die Belastung des Grundstücks durch einen Nichtberechtigten ist im französischen Recht mit absoluter Nichtigkeit sanktioniert. Während das deutsche Recht die Genehmigung durch den Berechtigten zulässt oder die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs des Rechts vom Nichtberechtigten vorsieht, ist nach französischem Recht der Mangel weder durch den Berechtigten, noch durch einen späteren Eigentumserwerb des verfügenden Nichtberechtigten, heilbar.⁵⁶

Bemerkenswert ist, dass in Frankreich statistisch weit häufiger als in anderen europäischen Rechtsordnungen Personalsicherheiten für die Grundstücksfinanzierung verwendet werden. Das französische Konsensprinzip und der fehlende öffentliche Glaube des Registers werden in der rechtsvergleichenden Literatur als mögliche Ursachen genannt.⁵⁷

Auch das englische Recht kennt traditionell keine positive Publizität des Grundstücksregisters und keinen gutgläubigen

⁴⁸ Im November 2008 wurden die Identifizierungspflichten nochmals ausgedehnt, vgl. hierzu die Darstellung unter <http://www.land-registry.gov.uk/assets/library/documents/lrpg067.pdf>.

⁴⁹ Land Registry Annual Report 2007/2008, S. 44.

⁵⁰ Vgl. etwa eine BBC-Meldung, abrufbar unter <http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/7251244.stm>.

⁵¹ Vgl. allgemein *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 506 ff.

⁵² *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 520 ff.

⁵³ Art. 2374 CC; vgl. hierzu *Jobard-Bachhellier*, *Sûretés, publicité foncière*, S. 119 und *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 521.

⁵⁴ *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht*, 2005, S. 256.

⁵⁵ Cass. Civ. JCP 1968. II.15 587; vgl. *Spellenberg* in FS Lorenz, 1991, S. 791 m. w. N.

⁵⁶ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 514.

⁵⁷ *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, S. 729 m. w. N.

Erwerb.⁵⁸ Unter dem *Land Registration Act 2002* stellt sich jetzt aber die Frage, ob diese Aussage weiterhin uneingeschränkt aufrechterhalten werden kann: Der Grundsatz *title by registration* suggeriert, dass Eigentum völlig unabhängig von der Frage der Berechtigung des Veräußerers und gutem Glauben erworben wird. Allerdings besteht gegenüber falschen Registereintragungen im Grundsatz ein Berichtigungsanspruch. Für Schäden aufgrund falscher Eintragungen besteht Staatshaftung. Insbesondere über die Reichweite dieses Berichtigungsanspruchs besteht Unklarheit: *Cooke*⁵⁹ bezeichnet die Frage des Umfangs der „Unantastbarkeit“ des Eigentumserwerbs durch Registrierung als die große Herausforderung für das englische Liegenschaftsrecht.

Die Tendenz in der noch jungen Rechtsprechung zu der Frage ist uneinheitlich. Während die Gerichte weitgehend traditionelles *common law* anwenden – also Urteile, die zumeist noch zu nicht registrierten Grundstücken ergangen sind – und häufig zur Berichtigung des Registers neigen, stellt eine Entscheidung des *Court of Appeals* aus dem April letzten Jahres die Rechtsposition, nach der ein gutgläubiger Erwerb nicht stattfindet, in Frage.⁶⁰ Das Gericht hatte einen Fall zu entscheiden, in dem der ursprüngliche Eigentümer sich darauf berief, dass die im Grundstücksregister verlautbarte Übereignung an eine Gesellschaft mit dem Sitz auf den Bahamas auf einer Fälschung der Übertragungsurkunde beruhte. Er hatte beantragt, das vom Erwerber zugunsten der Barclays Bank zur Eintragung gebrachte Grundpfandrecht löschen zu lassen. Das Gericht hatte darüber zu entscheiden, ob eine Korrektur des Grundstücksregisters unter dem Gesichtspunkt stattzufinden habe, dass die Registrierung des Grundpfandrechts ein Fehler im Sinne des Gesetzes sei. Das Gericht stellte sich auf den Standpunkt, dass ein Fehler im Sinne des Gesetzes nicht vorliege, da weder Kenntnis noch Kennenmüssen auf Seiten des Grundpfandrechtsgläubigers nachgewiesen wurde.⁶¹

Inwieweit das englische Recht über eine einschränkende Rechtsprechung zur Fehlerkorrektur zu Mechanismen kommen wird, die dem gutgläubigen Erwerb ähnlich sind, muss derzeit als offen bezeichnet werden. Festzuhalten bleibt, dass die Verlässlichkeit des Registers auch in England hoch ist und bei Fehlern zumindest ein Staatshaftungsanspruch besteht. Qualitativ bleibt dies aber unter Gesichtspunkten des Verkehrsschutzes hinter gutgläubigem Erwerb zurück. Das Prozessrisiko wird dem redlichen Erwerber aufgebürdet. Für den Fall getätigter Investitionen entstehen vielfältige Folgeprobleme.

cc) Sicherheit für Grundpfandrechtsgläubiger

Auch für den Gläubiger von Grundpfandrechten bestehen unterschiedliche Voraussetzungen in den einzelnen Systemen:

Nach deutschem Recht entstehen Grundpfandrechte mit ihrer Eintragung im Grundbuch. Die weit überwiegende Anzahl der Grundschulden werden als vollstreckbare Grundschulden durch die Notare bestellt. Der Notar stellt dabei die rangrichtige Eintragung des Grundpfandrechts auf dem zu belastenden Objekt sicher und erteilt der finanzierenden Bank die vollstreckbare Ausfertigung. Belastungsgegenstand ist dabei ein Grundstück im Rechtssinne, also ein als solches im Grundbuch auch gebuchtes Flurstück. Das deutsche Liegenschafts-

recht sieht Mechanismen für die Belastung von Teilflächen insbesondere über die Verpfändung der Auflassungsvormerkung vor.⁶² In Frankreich bestehen ähnliche Möglichkeiten.

Ein Schwachpunkt des englischen Systems liegt auch darin, dass ein öffentliches Katasterwesen nicht existiert.⁶³ Die Grundstücksregisterbehörde übernimmt – soweit man überhaupt davon sprechen kann – die Aufgaben der Katasterbehörde. Die bei den Registerblättern befindlichen Pläne haben nach englischem Recht nur die Funktion, die ungefähren Grundstücksgrößen anzugeben. Dies führt nicht nur zu Grenz- und Nachbarschaftsstreitigkeiten, sondern ist auch ein Einfallstor für eine besondere Spielart des *mortgage fraud*:

Die englische *Law Society* weist auf ihrer Homepage⁶⁴ auf eine Entscheidung des *Highcourt* vom 29.10.2007 in der Rechtssache *Pulvers v. Chan and others*⁶⁵ hin und warnt ihre Mitglieder vor der strengen Anwaltshaftung in Fällen des Hypothekenbetrugs. In mehr als 20 Fällen wurde dasselbe Schema des Hypothekenbetrugs genutzt, um Banken zur Auszahlung von Darlehensbeträgen ohne adäquate Sicherheit zu veranlassen. Meist handelte es sich um fingierte Kaufverträge mit zum Teil nicht existierenden Verfahrensbeteiligten.

Das durch das Gericht im Detail aufgeschlüsselte Vorgehen bei der Manipulation ist dabei relativ einfach: Der Bank gegenüber wird kommuniziert, dass ein bebautes Grundstück insgesamt veräußert werden soll. Sodann wird dieses geteilt und ein vergleichsweise kleiner Teil – etwa eine Garage oder ein Stück Garten – wird für einen Kaufpreis in der Größenordnung des Grundstücksgesamtwertes an eine existierende oder nichtexistierende Person weiterveräußert. Der Kaufgegenstand wird in Worten und durch manipulierte Pläne als das Gesamtgrundstück beschrieben. Das Grundpfandrecht wird nur auf dem Grundstücksteil registriert; die Bank zahlt sodann das Darlehen aus, ohne adäquate Sicherheit erhalten zu haben. In den Zeiten steigender Preise konnte dann an eine zumeist wiederum fiktive Person mit „Gewinn“ weiterverkauft werden.

Das Fehlen eines öffentlichen Katasterwesens im Zusammenspiel mit der Tatsache, dass die relevanten Kaufvertrags- und Grundpfandrechtsdokumente nicht in öffentlichen Urkunden niedergelegt werden und damit eine irgendwie geartete sichere Verbindung der Vertragsunterlagen mit den verwendeten Plänen nicht erfolgt, macht es im englischen System vergleichsweise einfach, die finanzierende Bank über den Belastungsgegenstand zu täuschen. Auch hier erweist sich das deutsche, aber auch das französische System, das die Registrierung von Grundpfandrechten in die Hand eines Notars legt, als unempfindlicher für diese Form des Betrugs.

Dieses Mehr an Sicherheit scheint auch am Markt honoriert zu werden: In Deutschland sind nach einer Studie der britischen Unternehmensberatung Mercer Oliver Wyman die Zinsen für grundpfandrechtlich gesicherte Darlehen im Durchschnitt nur 0,35 Prozentpunkte teurer als die entsprechenden Refinanzierungsmittel.⁶⁶ In Großbritannien ist der Abstand doppelt so hoch. Dass sich hierfür eine Vielzahl möglicher Ursachen ins Feld führen lässt, soll nicht bestritten werden. Die Kombination aus höchster Rechtssicherheit mit der Mög-

⁵⁸ *Frank/Wachter/Kopp/Waldner*, Handbuch Immobilienrecht in Europa, Rdnr. 119.

⁵⁹ *The new law of land registration*, S. 131; vgl. hierzu auch *Smith*, *Property Law*, 2008, S. 219 ff.

⁶⁰ *Barclays Bank PLC v. Guy* [2008] EWCA Civ 452.

⁶¹ *Barclays Bank PLC v. Guy* [2008] EWCA Civ 452, Rdnr. 23.

⁶² *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 1555 ff.

⁶³ *Frank/Wachter/Kopp/Waldner*, Handbuch Immobilienrecht in Europa, Rdnr. 94.

⁶⁴ <http://www.lawsociety.org.uk/newsandevents/news/majorcampaigns.law>

⁶⁵ *Pulvers v. Chan* [2007] EWHC 2406 (Ch).

⁶⁶ Die Studie kann unter <http://www.oliverwyman.com/ow/insights.htm> kostenlos angefordert werden.

lichkeit der sofortigen Vollstreckung aus dem Grundpfandrecht ist sicher eine davon. Die Auswirkung in Form niedrigerer Darlehenszinsen kommt dem Erwerber zugute. Dieser Kostenvorteil ist bisher durch die von der EU beauftragten Studien ignoriert worden. Diesen Zusammenhang durch empirische Untersuchungen weiter zu untermauern wäre – aus meiner Sicht – ein wichtiger Ansatz für die zukünftige Argumentation.

III. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Qualitätsaspekte und insbesondere die Frage der Sicherheit von der Europäischen Kommission und den von dieser Seite beauftragten Studien bislang ignoriert worden sind. Hier sollte von deutscher Seite selbstbewusst argumentiert werden. Das deutsche System bietet mit einer Kombination aus einem gerichtlich geführten Grundbuch und Notaren, die den gesamten Prozess von der Vorbereitung bis zum Vollzug der Transaktion verantworten, in puncto Rechtssicherheit nicht unerhebliche Vorteile vor den Systemen in England und Frankreich:

1. Das deutsche System erscheint deutlich weniger anfällig als das englische gegen moderne Spielarten des Betrugs, wie sie unter den Stichworten *identity theft*, *property fraud* und *mortgage fraud* diskutiert werden.
2. Das deutsche System ermöglicht es, ohne Prüfung von Vorerwerben Immobilientransaktionen durchzuführen und dabei den Rechtsverkehr effektiv zu schützen und gleichzeitig ein differenziertes Instrumentarium für einen Interessenausgleich zwischen den Vertragsteilen vorzusehen. Das moderne englische System erscheint diesbezüglich funktional betrachtet dem deutschen ähnlicher als die französischen Strukturen – für manche vielleicht überraschend. Allerdings ist die Staatshaftung für Schäden aufgrund fehlerhafter Registereintragungen unter Sicherheitsgesichtspunkten eine dem gut-

gläubigen Erwerb unterlegene Lösung. Die Entwicklung von Mechanismen, die dem gutgläubigen Erwerb ähneln, steht dort noch in den Kinderschuhen.

3. Für Grundpfandrechtsgläubiger bietet das deutsche System gleichfalls große Vorteile bei Sicherheit und Vollstreckbarkeit. Die niedrigeren Zinsen für Hypothekendarlehen sind ein Indiz dafür, dass dies auch auf dem Markt so rezipiert wird.

Zu alledem kommt die betreuende und den Verbraucher schützende Funktion der notariellen Beurkundung, die in den USA im Zusammenhang mit der Subprime-Krise zu einem Vorschlag aus prominentem Munde geführt hat: *Robert J. Shiller*⁶⁷, Professor in Yale und Finanzmarktexperte, schlägt vor, dass die Hypothekenbestellung in den USA durch das Gegenstück zu einem *civil law notary* nach deutschem Vorbild erfolgen sollte, um Verbraucher vor den damit einhergehenden Gefahren zu warnen.

Diese Position lohnt es sich in Europa zu vertreten. Bundespräsident *Köhler* hat in seiner eingangs zitierten Ansprache⁶⁸ einen weiteren Ratschlag für die deutsche Rechtspolitik in Europa gegeben: „Es ist außerdem dringend zu wünschen, dass nicht die einen ihre heimische Dogmatik und Begrifflichkeit in die Richtlinien und Verordnungen der Europäischen Union schreiben, während die anderen vorwiegend sentimental darüber werden, wie schön Europa doch zusammenwächst.“

Das deutsche System der Grundstücksübertragung durch Notar und Grundbuch hat dabei Vorteile gegenüber anderen Rechtsordnungen, die es lohnenswert machen, dieses System in Europa mit der von Horst Köhler geforderten sportlichen Zähigkeit und Patriotismus zu vertreten.

⁶⁷ The Subprime Solution, 2008, S. 134.

⁶⁸ Siehe Fn. 1.

Die Umwandlung kommunaler Eigengesellschaften und Regie- und Eigenbetriebe aus zivilrechtlicher und notarieller Sicht

Von Notarassessor Dr. *Mario Leitzen*, M. Jur. (Oxford), Würzburg

Das Umwandlungsgesetz ist nicht die einzige Rechtsquelle für Umwandlungen von Unternehmen. Ein praxisrelevantes Feld von Umwandlungen außerhalb des UmwG wird in Bayern und einigen anderen Bundesländern durch die Möglichkeit der Umwandlung kommunaler Eigengesellschaften, Regie- und Eigenbetriebe in rechtsfähige „Kommunalunternehmen“ eröffnet. Die zivilrechtliche Aufarbeitung solcher Umwandlungen kraft öffentlichen Rechts ist noch unzureichend. Der vorliegende Beitrag dient der Darstellung der Grundlagen und der Erörterung ausgewählter Problemfelder solcher Umwandlungen.

I. Einleitung und Abgrenzung zu Umwandlungen nach dem UmwG

Gemäß § 1 Abs. 2 UmwG ist eine Umwandlung i. S. d. § 1 Abs. 1 UmwG außer in den im UmwG geregelten Fällen nur möglich, wenn sie durch ein anderes Bundes- oder Landesgesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Die Gesetzesbegründung verweist neben den „bisher schon bestehenden anderen Methoden, die Struktur eines Unternehmensträgers zu verändern“ auf „andere Arten der Umstrukturierung öffentlich-

rechtlicher Anstalten, wie die Verschmelzung von Sparkassen aufgrund Landesrechts“, die auch nach Inkrafttreten des UmwG „erhalten bleiben“.¹

Nach Inkrafttreten des UmwG haben mehrere Länder von der Öffnungsklausel Gebrauch gemacht und Vorschriften zur Umwandlung rechtlich unselbständiger Kommunalbetriebe in rechtsfähige Kommunalunternehmen erlassen. Neben Bayern

¹ Begründung des RegE, BT-Drucks. 12/6699.

(Art. 89 Abs. 1 BayGO) sind dies Niedersachsen,² Nordrhein-Westfalen,³ Rheinland-Pfalz,⁴ Schleswig-Holstein⁵ und Sachsen-Anhalt.⁶ In diesen Ländern bestehen auch regelmäßig fast wortgleiche Vorschriften für die Gründung rechtsfähiger öffentlichrechtlicher Unternehmen durch andere Gebietskörperschaften unterhalb der Landesebene, etwa durch Landkreise oder Bezirke (siehe etwa Art. 77 Abs. 1 BayLKrO und Art. 75 Abs. 1 BayBezO). Einzelheiten sind in der Verordnung über Kommunalunternehmen (KUV) geregelt.⁷ Das niedersächsische und bayerische Recht erlauben ferner die formwechselnde Umwandlung von Gesellschaften des Privatrechts in ein Kommunalunternehmen.⁸

Zuvor hatten schon Berlin und Hamburg durch Gesetz ihre Eigenbetriebe in Anstalten des öffentlichen Rechts umgewandelt.⁹ In den übrigen Bundesländern bestehen entsprechende Umwandlungsmöglichkeiten mangels gesetzlicher Grundlagen nicht.

In der Literatur werden die Umwandlungen aufgrund Landeskommunalrechts einhellig zu den durch § 1 Abs. 2 UmwG zugelassenen Umwandlungen außerhalb des UmwG gezählt.¹⁰ Unberührt von den hierdurch eröffneten Umwandlungsmöglichkeiten bleiben die nach dem UmwG bestehenden Möglichkeiten der Umwandlung (Ausgliederung) kommunaler Betriebe nach Maßgabe der §§ 124 Abs. 1, 168 ff. UmwG.¹¹ Die landesrechtlichen Umwandlungsvorschriften betreffen wirtschaftlich ebenfalls die Ausgliederung von Teilvermögen aus dem Vermögen von Gebietskörperschaften (vgl. §§ 158 ff. UmwG), stellen hierfür jedoch eine öffentlichrechtliche Grundlage zur Verfügung.

Die Möglichkeit der Gründung juristischer Personen des öffentlichen Rechts durch die Gemeinden ist Ausdruck einer grundlegenden Modernisierung und Neuausrichtung des Gemeindefinanzrechts;¹² Zweck der neuen Rechtsform

der „Kommunalunternehmen“¹³ als eigener Rechtsform des öffentlichen Rechts für öffentliche Unternehmen ist es, die Flexibilität privatrechtlicher Organisationsformen mit den Legitimationsanforderungen und Steuerungsverpflichtungen des öffentlichen Rechts zu verbinden.¹⁴ Die herkömmliche Unternehmensform der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung war und ist demgegenüber – neben der Beteiligung an Kapitalgesellschaften¹⁵ – der kommunale Eigen- oder Regiebetrieb: Diese haben jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit. Der Eigenbetrieb gewinnt aber dadurch eine gewisse Eigenständigkeit, dass er außerhalb des Haushaltsplans der Gemeinde als Sondervermögen verwaltet wird, während der Regiebetrieb im Rahmen der allgemeinen Verwaltung mit seinen Einnahmen und Ausgaben im gemeindlichen Haushaltsplan geführt wird, also eine Abteilung der unmittelbaren Kommunalverwaltung ist.¹⁶

II. Öffentlichrechtliche und zivilrechtliche Grundlagen der Kommunalunternehmen¹⁷

1. Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Bei Kommunalunternehmen in der Rechtsform einer juristischen Person des öffentlichen Rechts – auch als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts („AöR“, „AdöR“) bezeichnet¹⁸ – handelt es sich um gegenüber der Gemeinde verselbständigte Rechtsträger mit der Gemeinde als Anstaltsträgerin, vergleichbar den Sparkassen; Gesellschafter (Mitglieder) gibt es nicht.¹⁹ Manche Landesrechte – darunter auch das bayerische²⁰ – erlauben auch mehrere Gemeinden als Anstaltsträger eines Unternehmens („gemeinsames Kommunalunternehmen“).²¹ Jedenfalls im kommunalen Wirtschaftsrecht gilt, dass die Gründung eines „Tochter“-Kommunalunternehmens

² § 113 a Abs. 1 Satz 1 GO Nds.

³ § 114 a Abs. 1 Satz 1 GO NW.

⁴ § 86 a Abs. 1 Satz 1 GO RLP.

⁵ § 106 a Abs. 1 Satz 1 GO SH.

⁶ § 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts – AnstG.

⁷ Entsprechendes gilt in den genannten anderen Bundesländern: Nordrhein-Westfalen: Verordnung über kommunale Unternehmen und Einrichtungen als Anstalt des öffentlichen Rechts (KUV); Rheinland-Pfalz: Eigenbetriebs- und Anstaltsordnung (EigAnVO); Schleswig-Holstein: Verordnung über Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts (KUVO).

⁸ Hierzu unten IV. In den übrigen Ländern ist die Überführung solcher Gesellschaften in eine Privatrechtsform nach den allgemeinen Regeln zu vollziehen (Einzelrechtsnachfolge, anschließende Liquidation).

⁹ Berlin: BerlBG vom 9.7.1993, Hamburg: Gesetze vom 9.3.1994, 20.12.1994 und 11.4.1995; siehe etwa *Dau* in Bolsenkötter/Dau/Zuschlag, Gemeindliche Eigenbetriebe und Anstalten, 5. Aufl. 2004, Teil A Rdnr. 2.

¹⁰ Siehe nur *Schraml* in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2005, Teil D Rdnr. 149; *Ehlers*, ZHR 167 (2003), 546, 555; *Gaß*, Die Umwandlung gemeindlicher Unternehmen, 2003, S. 310 f.; *Schulz*, BayVBl 1996, 129, 130.

¹¹ Hierzu insbesondere *Lepper*, RNotZ 2006, 313.

¹² *Schraml* in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Teil D Rdnr. 118; zu den Hintergründen auch *Ehlers*, ZHR 167 (2003), 546, 547 ff. und *Knemeyer*, BayVBl 1999, 1; ausführlich zur rechtstatsächlichen und betriebswirtschaftlichen Seite *Wambach*, Die AöR, das Kommunalunternehmen: Ein Praxishandbuch, 2004.

¹³ Die Bezeichnungen für die Rechtsform sind nicht einheitlich: In Bayern, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein heißen die Unternehmen „Kommunalunternehmen“, in Niedersachsen „kommunale Anstalt“ und in Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz „Anstalt des öffentlichen Rechts“; im Folgenden ist entweder von „Anstalten des öffentlichen Rechts“ oder „Kommunalunternehmen“ die Rede; *Schulz* (BayVBl 1996, 129, 130) bezeichnet den Begriff des „Kommunalunternehmens“ mit Recht als „etwas verwaschen“.

¹⁴ *Ehlers*, ZHR 167 (2003), 546, 550 ff.; *Pitschas/Schoppa*, DÖV 2009, 469, 476; *Held* in Held/Becker/Decker/Kirchhof u. a., Kommunalverfassungsrecht NW, § 114 a GO NW Rdnr. 1.1 (Stand Februar 2008); *Schulz*, BayVBl 1996, 129.

¹⁵ Siehe etwa §§ 108 ff. GO NW.

¹⁶ *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 741 ff.

¹⁷ Hierzu auch etwa *Schraml* in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Teil D Rdnr. 120 ff.; zu den Anstalten des öffentlichen Rechts allgemein *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl. 1987, § 98.

¹⁸ Hiervon zu unterscheiden sind die nichtrechtsfähigen (oder: unselbständigen) Anstalten des öffentlichen Rechts. Diese sind Teil eines Verwaltungsträgers, siehe *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 23 Rdnr. 48.

¹⁹ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rdnr. 51 f.; die im Kommunalrecht h. M. hält eine Beteiligung Privater am Stammkapital eines nach BayGO gegründeten Kommunalunternehmens für unzulässig, siehe *Ihnen*, DVP 2004, 96, 98; *Prandl/Zimmermann/Büchner*, Kommunalrecht in Bayern, 2006, Art. 89 GO Rdnr. 3; a. A. *Thode/Peres*, BayVBl 1999, 6, 10; zur Diskussion siehe auch *Henneke*, VBIBW 2000, 337, 338 f.; außerhalb des Kommunalrechts sind kraft gesetzlicher Regelung Anstalten des öffentlichen Rechts mit „Anteilseignern“ oder „Kapitalträgern“ teilweise zugelassen, näher *Thode/Peres*, BayVBl 1999, 6, 9.

²⁰ Art. 49 KommZG.

²¹ *Schraml* in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Teil D Rdnr. 124 f.

durch ein Kommunalunternehmen nicht in Betracht kommt.²² Das Kommunalunternehmen kann aber Beteiligungen an privatrechtlich organisierten Unternehmen erwerben und auch herrschendes Unternehmen im Sinne des Konzernrechts sein.²³

Kommunalunternehmen sind also selbst Zuordnungsobjekt von Rechten und Pflichten und haften selbst für ihre Verbindlichkeiten; die besonderen Vollstreckungsschutzvorschriften des Art. 77 BayGO gelten aber gemäß Art. 91 Abs. 3 BayGO für Kommunalunternehmen entsprechend.²⁴ Kommunalunternehmen sind regelmäßig kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung auch nicht insolvenzfähig.²⁵ Flankiert wird die Haftung der Kommunalunternehmen gemäß Art. 91 Abs. 4 BayGO wie bei den Sparkassen durch die Ausfallhaftung des Anstaltsträgers (Gewährträgerhaftung).²⁶ In den Umwandlungsfällen kann danach auf eine dem § 133 UmwG entsprechende Gläubigerschutzvorschrift verzichtet werden.²⁷

Anders als Personenvereinigungen des Privatrechts entstehen juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht durch Vereinbarung – ggf. i. V. m. einer konstitutiven Registereintragung –, sondern durch Hoheitsakt, sei es unmittelbar durch Gesetz, sei es aufgrund eines Gesetzes durch Beschluss, Satzung, Verordnung o. ä.²⁸ Für die Errichtung und Auflösung juristischer Personen des öffentlichen Recht besteht mithin ein sog. institutioneller Gesetzesvorbehalt.²⁹

Die Auflösung und damit Vollbeendigung eines Kommunalunternehmens erfolgt durch gemeindliche Satzung als *actus contrarius* zur Gründung (vgl. § 28 KUV).³⁰

2. Innen- und Außenrechtsverhältnisse

Die Rechtsverhältnisse zu den Anstaltsbenutzern können öffentlichrechtlich und/oder privatrechtlicher Natur sein.³¹ Kommunalunternehmen, die auf privatrechtlicher Ebene gegen ein Entgelt Leistungen für den Bürger erbringen, sind „Unternehmer“ im verbraucherschutzrechtlichen Sinne;³² in-

²² Schulz, BayVBl 1996, 129, 131; Kummer, Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen, 2003, S. 86.

²³ Kummer, Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen, S. 86 ff.

²⁴ Entsprechend in NRW: § 114 a Abs. 11 i. V. m. § 128 Abs. 1 GO NW; Schleswig-Holstein: § 106 a Abs. 5 i. V. m. § 131 GO SH; Rheinland-Pfalz: § 86 b Abs. 5 i. V. m. § 128 GO RP.

²⁵ Für Bayern: Art. 91 Abs. 3 i. V. m. Art. 77 Abs. 3 BayGO; näher Kummer, Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen, S. 99 ff., auch zur – nicht ganz eindeutigen – diesbezüglichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder. Eine ausdrückliche Statuierung der Insolvenzfähigkeit fehlt jedoch in Rheinland-Pfalz, so dass insoweit wohl § 11 Abs. 1 InsO gilt; faktisch ist eine Insolvenz freilich ausgeschlossen, solange eine parallele Gewährträgerhaftung besteht.

²⁶ Entsprechend in NRW: § 114 a Abs. 5 GO NW; eine Gewährträgerhaftung ausdrücklich ausgeschlossen hat hingegen Niedersachsen, § 113 d Abs. 2 GO Nds.

²⁷ Verfassungsrechtlich nicht unbedenklich ist das Fehlen einer entsprechenden Regelung in denjenigen Bundesländern (Niedersachsen; Schleswig-Holstein), die eine Gewährträgerhaftung nicht vorsehen.

²⁸ Siehe etwa § 21 LOG NW; vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 98 Rdnr. 38; Löwer, DVBl 1985, 928.

²⁹ Thode/Peres, BayVBl 1999, 6, 7; Stelkens, LKV 2003, 489, 491.

³⁰ Vgl. Schraml in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Teil D Rdnr. 168; zu RP § 38 EigAnVO, zu SH: § 106 a Abs. 1 Satz 5 GO SH.

³¹ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 98 Rdnr. 34 ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rdnr. 53.

³² Siehe v. a. §§ 310 Abs. 3, 312, 312 b ff., 355 f., 474, 481, 495, 655 a, 661 a BGB, § 17 Abs. 2 a BeurkG usw.

soweit ist unstreitig, dass eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich ist.³³ Auf öffentlichrechtlichem Gebiet können Kommunalunternehmen nicht nur selbst Satzungen,³⁴ sondern zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auch Verwaltungsakte erlassen und diese mit den Mitteln des Verwaltungszwangs durchsetzen (Art. 91 Abs. 4 BayGO).

Kommunalunternehmen entstehen gemäß Art. 89 Abs. 3 Satz 4 BayGO am Tag nach der Bekanntgabe der (wirksamen) Unternehmensatzung, es sei denn, die Satzung sähe ein späteres Datum vor.³⁵ Vorher ist das Unternehmen genauso wenig handlungsfähig wie existent,³⁶ was jedoch nicht ausschließt, dass die Verwaltungsratsmitglieder schon vor der Entstehung gewählt werden können.³⁷ Eine rückwirkende Gründung ist danach nicht zulässig.³⁸ § 7 Abs. 2 Satz 2 KUV ließe seinem Wortlaut nach zwar auch die rückwirkende Entstehung des Kommunalunternehmens (zum Bilanzstichtag der Eröffnungsbilanz) zu; dies ist durch den höherrangigen Art. 89 Abs. 3 GO jedoch ausgeschlossen. Gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 KUV können in den Umwandlungsfällen zwischen Stichtag der Eröffnungsbilanz und Entstehung des Kommunalunternehmens nicht mehr als acht Monate liegen (vgl. § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG). Da der dingliche Vollzugsstichtag der Umwandlung (Entstehungszeitpunkt oder späterer Zeitpunkt) nicht in der Vergangenheit liegen kann, kann § 7 Abs. 3 Satz 1 KUV dann nur in der Weise verstanden werden, dass es hierin um die Bestimmung eines nur *inter partes* geltenden – und ggf. steuerrechtlich maßgeblich – Umwandlungsstichtages (vgl. § 126 Abs. 1 Nr. 6 UmwG und § 2 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 UmwStG) geht.³⁹

Die Satzung ist grundsätzlich nur wirksam, wenn sämtliche formellen und materiellen Erfordernisse für ihren Erlass eingehalten sind. Zu den formellen Erfordernissen gehören die Vorschriften zu Zuständigkeit, Form und Verfahren (einschließlich ordnungsgemäßer Ausfertigung und Verkündung), zu den materiellen Erfordernissen die inhaltliche Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht.⁴⁰ Eine präventive kommunalaufsichtliche Kontrolle in Gestalt einer Genehmigungsbedürftigkeit der Satzung besteht nicht.⁴¹ Die Zuständigkeit für spätere Änderungen der Unternehmensatzung liegt bei dem Gemeinderat, nicht bei dem Verwaltungsrat.

³³ BGH, NJW 2006, 2250; Palandt/Heinrichs/Ellenberger, BGB, 68. Aufl. 2009, § 14 Rdnr. 2.

³⁴ Vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 98 Rdnr. 8, 40; Ehlers, ZHR 167 (2003), 546, 567 f.

³⁵ Entsprechend in NRW: Held in Held/Becker/Decker/Kirchhof u. a., Kommunalverfassungsrecht NW, § 114 a GO NW Rdnr. 3.4; allgemein Ehlers, ZHR 167 (2003), 546, 556; Schraml in Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Teil D Rdnr. 157 f.

³⁶ Ob die zivilrechtlichen Grundsätze über die Vorgesellschaft anwendbar sind, ist umstritten: Dagegen Prandl/Zimmermann/Büchner, Kommunalrecht in Bayern, Art. 89 BayGO Rdnr. 14 (Stand: September 2006); dafür BGH, NJW-RR 1996, 853 (zum Zweckverband).

³⁷ Vgl. § 2 Abs. 1 KUV NRW; entsprechend dürfte auch die Bestellung des Vorstands im Zeitraum zwischen Satzungsbeschluss und Entstehung zulässig sein, damit das Unternehmen von Anfang an über ein handlungsfähiges Außenvertretungsorgan verfügt.

³⁸ Vgl. zur Umwandlung (Verschmelzung) im Sparkassenrecht Klüpfel/Gabardiell/Gnam, Kommentar zum Sparkassengesetz Baden-Württemberg, 6. Aufl. 2001, § 3 Rdnr. 8.

³⁹ Für Zulässigkeit eines zurückliegenden Stichtags für den Bereich der Sparkassenfusion Klüpfel/Gabardiell/Gnam, Kommentar zum Sparkassengesetz Baden-Württemberg, § 3 Rdnr. 9; vgl. zu den steuerrechtlichen Fragen Schweyer/Tschesche, BB 2005, 183.

⁴⁰ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1994, § 28.

⁴¹ Näher Prandl/Zimmermann/Büchner, Kommunalrecht in Bayern, Art. 89 BayGO Rdnr. 4.

Anstalten des öffentlichen Rechts werden durch ihre Organe vertreten. Kommunalunternehmen verfügen gemäß Art. 90 BayGO über zwei Organe, nämlich – wie die Sparkassen⁴² – über einen Vorstand und einen Verwaltungsrat.⁴³ Der Vorstand vertritt das Kommunalunternehmen nach außen mit unbeschränkter Vertretungsmacht,⁴⁴ darüber hinaus gemäß Art. 91 Abs. 3 i. V. m. Art. 4 Abs. 2 BayGO mit der Befugnis zur Siegelführung.⁴⁵ Bei den vom Vorstand unterschriebenen und mit Siegel versehenen Urkunden handelt es sich, wie bei den Urkunden von Sparkassen, um öffentliche Urkunden i. S. d. § 415 ff. ZPO, § 29 GBO. Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, sind diese gemäß § 3 Abs. 2 KUV, vorbehaltlich einer abweichenden Satzungsbestimmung, nur gesamtvertretungsberechtigt.⁴⁶ Die Vorstandsmitglieder werden gemäß Art. 89 Abs. 2 Satz 2 BayGO durch den Verwaltungsrat bestellt, dessen Mitglieder ihrerseits gemäß Art. 89 Abs. 3 BayGO vom Gemeinderat bestellt werden.⁴⁷ Bei der Frage, wie und wann im einzelnen die Organstellung des einzelnen Vorstands- und Verwaltungsratsmitglieds begründet wird, liegt es nahe, ähnlich wie im Sparkassenrecht und Aktienrecht⁴⁸ neben dem entsprechenden Gremienbeschluss dessen Kundgabe an den designierten Organwalter und die Einverständniserklärung des Organwalters zu verlangen.

3. Die Rechtsfolgen von Gründungsmängeln

Entsprechend dem im öffentlichen Recht geltenden Nichtigkeitsdogma⁴⁹ führen formelle Mängel der Unternehmensatzung grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Satzung, materielle Verstöße grundsätzlich zur Nichtigkeit zumindest der betroffenen Vorschrift oder der gesamten Satzung.⁵⁰ Noch nicht abschließend geklärt sind die „gesellschaftsrechtlichen“ Auswirkungen einer solchen Rechtswidrigkeit des Kurationsakts: Nach herkömmlicher, immer noch herrschender Auffassung entsteht bei Unwirksamkeit der Kurationsnorm von Anfang an keine juristische Person, so dass ein gleichwohl tätiges Kommunalunternehmen allenfalls faktische Rechtswirkungen, mangels rechtlicher Existenz aber keine eigenen Rechtsbeziehungen begründen kann.⁵¹ Das Problem wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass in die materielle Rechtmäßigkeitsprüfung die teils nur schwer justiziablen

Erfordernisse des Art. 86 BayGO⁵² (Subsidiaritätsgebot⁵³) einzubeziehen sind,⁵⁴ was die Existenz der juristischen Person mit erheblicher Unsicherheit belasten kann. Eine in der Literatur vertretene Ansicht plädiert für die Anwendung der im Zivilrecht geltenden Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft⁵⁵ auf juristische Personen des öffentlichen Rechts, als allgemeine Charakteristika eines allgemeinen Verbandsrechts.⁵⁶ Das dogmatisch noch nicht abschließend aufgearbeitete Problem des „fehlerhaften Verwaltungsträgers“ ist Teil eines bislang nur in den Grundzügen vorhandenen „Verwaltungsgesellschaftsrechts“.⁵⁷ Da es sich hierbei um eine allgemeine öffentlichrechtliche Frage handelt, soll diese hier nicht weiter vertieft werden.

4. Handelsregister- und Firmenrecht

Das Handeln von Kommunalunternehmen im Rechtsverkehr wird durch das Handelsregisterrecht flankiert: Kommunalunternehmen sind nicht Kaufmann kraft Rechtsform, aber, sofern sie ein Handelsgewerbe betreiben, nach Maßgabe der §§ 1, 29, 33 HGB anmeldepflichtig.⁵⁸ Das Merkmal der Gewerblichkeit bedarf bei Unternehmen der öffentlichen Hand besonderer Begründung, wird aber heute, wie rechtstatsächlich durch zahlreiche Handelsregistereintragungen belegt wird, bei vielen Kommunalunternehmen gegeben sein, zumal § 14 KUV sogar die Zielvorgabe enthält, einen Jahresgewinn entsprechend einer üblichen Eigenkapitalverzinsung zu erzielen.⁵⁹ Dementsprechend schreibt § 8 Abs. 1 KUV vor, dass die Errichtung eines Kommunalunternehmens zum Handelsregister anzumelden ist. Der Inhalt der Eintragung ergibt sich im Einzelnen aus §§ 3 Abs. 2, 40 HRV. Eine Beglaubigung der Anmeldung (§ 12 HGB) erübrigt sich, soweit sie durch öffentliche Urkunde erfolgt.⁶⁰ Die Anmeldung der Bestellung oder Abberufung eines Vorstandsmitgliedes oder der Änderung seiner Vertretungsbefugnis gemäß § 33 Abs. 2 HGB bedarf der

⁴² Die Parallele zum Sparkassenrecht wird auch betont von *Ihnen*, DVP 2004, 96.

⁴³ Zur internen Organisation auch etwa *Ehlers*, ZHR 167 (2003), 546, 561 ff.

⁴⁴ Vgl. § 114 a Abs. 6 Satz 2 GO NW; siehe *Schulz*, BayVBl 1996, 129, 132 und *Lux*, NWVBl 2000, 7, 13: Außenvertretungsmacht nicht disponibel.

⁴⁵ NRW: § 114 a Abs. 11 i. V. m. § 14 GO NRW; vgl. *Neumayer*, RNotZ 2001, 249, 269; *Lux*, NWVBl 2000, 7, 12.

⁴⁶ Entsprechend in NRW: § 3 Abs. 2 KUV NW.

⁴⁷ Entsprechend in NRW: § 114 a Abs. 7, 8 GO NW.

⁴⁸ Vgl. OLG Naumburg, NZG 2001, 901, 902 f. (zur entsprechenden Anwendung der §§ 84 ff. AktG im Sparkassenrecht); zum Wirksamwerden des AR-Beschlusses über die Vorstandsbestellung *Hütter*, AktG, 8. Aufl. 2008, § 84 Rdnr. 3.

⁴⁹ Anders bei Verwaltungsakten: siehe §§ 43 ff. VwVfG.

⁵⁰ *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, § 28 Rdnr. 16 ff.; manche Bundesländer schränken die Folgen formeller Fehler ausdrücklich ein: siehe § 6 Abs. 5 GO Nds., § 4 Abs. 6 GO NW; speziell zu Gründungsmängeln § 19 Abs. 1 ThürKGG, wonach Gründungsmängel nur mit Wirkung ex nunc geltend gemacht werden können.

⁵¹ *Held* in *Held/Becker/Decker/Kirchhof* u. a., Kommunalverfassungsrecht NW, § 114 a GO NW Rdnr. 3.4; OLG Brandenburg, LKV 1997, 426; 1999, 243 zu fehlerhaft gegründetem Zweckverband, jeweils m. w. N.

⁵² Entsprechend etwa § 114 a Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 108 Abs. 1 GO NW.

⁵³ Hierzu etwa *Köhler*, BayVBl 2000, 1; *Britz*, NVwZ 2001, 380, 382 ff.

⁵⁴ *Lux*, NWVBl 2000, 7, 11.

⁵⁵ Zum Zivilrecht RGZ 165, 193, 204 f.; *C. Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 6.

⁵⁶ *Stelkens*, LKV 2003, 489; in diesem Sinne könnte auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung verstanden werden, wonach die von einer fehlerhaft errichteten Behörde erlassenen Verwaltungsakte und Satzungen keine „Nicht-Akte“, sondern wirksame, aber rechtswidrige Verwaltungsakte bzw. Satzungen darstellen, siehe BVerwG, NVwZ 2003, 995, 996; Vorinstanz OVG Bautzen, SächsVBl 2002, 298; OVG Weimar, ThürVBl 2003, 38; OVG Frankfurt/Oder, LKV 1997, 460; vgl. auch BVerfG, LKV 2002, 569, 570 und OLG Brandenburg, 29.11.2007, 5 U 208/06 (n. v.): unwirksam gegründeter Zweckverband ist GbR.

⁵⁷ Siehe etwa *Stelkens*, LKV 2003, 489; allgemein *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 269 ff.; v. *Danwitz*, AöR 120 (1995), 595, die allerdings beide das Problem der fehlerhaften Gesellschaft nicht erörtern, sondern die juristische Person als existent voraussetzen.

⁵⁸ *Ehlers*, ZHR 167 (2003), 546, 556; näher zum Betrieb eines Handelsgewerbes durch Unternehmen der öffentlichen Hand BGHZ 83, 382; 95, 155; 155, 240; KG, NJW-RR 1999, 638; OLG Dresden, NZG 2003, 124; *Röhrich* in *Röhrich/Graf* v. Westphalen, HGB, 3. Aufl. 2008, § 1 Rdnr. 51 ff.; zu Eigenbetrieben *Boos*, DB 2000, 1061; vgl. auch zur Handelsregistereintragung von öffentlichen Unternehmen *Deike*, NotBZ 1988, 175.

⁵⁹ Entsprechend etwa § 109 Abs. 2 GO NW.

⁶⁰ *Ammon/Ries* in *Röhrich/Graf* v. Westphalen, HGB, § 33 Rdnr. 19; OLG Stuttgart, FGPrax 2009, 129 (Einreichung durch öffentliches elektronisches Dokument, § 371 a Abs. 2 ZPO).

Vorlage eines entsprechenden Verwaltungsratsbeschlusses.⁶¹ Anders als bei der GmbH ergibt sich die Beschlusskompetenz der handelnden Personen nicht aus einer dem Registergericht vorliegenden Gesellschafterliste, so dass auch der der Verwaltungsratsmitglieder bestellende Gemeinderatsbeschluss vorzulegen ist. Im Hinblick auf die vorzulegende Unternehmenssatzung trifft weder den Notar noch das Registergericht eine Prüfungspflicht, da sowohl das formell einwandfreie Zustandekommen der Satzung als auch deren inhaltliche Rechtmäßigkeit nicht abschließend von diesen Stellen geprüft werden können. Bei Satzungsänderungen bedarf es keiner Notarbestätigung entsprechend § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG. Bei Beendigung des Kommunalunternehmens durch Satzung findet keine Liquidation statt, während derer die juristische Person weiterexistiert. Eine Löschung im Handelsregister ist rein deklaratorisch.

Kommunalunternehmen verfügen über eine Firma im handelsrechtlichen Sinne. Gemäß § 1 Abs. 4 KUV führt ein Kommunalunternehmen neben seinem Namen die Bezeichnung „Kommunalunternehmen“, wobei auch die Abkürzung „KU“ verwendet werden kann.

III. Die Umwandlung kommunaler Regie- und Eigenbetriebe

Art. 89 Abs. 1 BayGO bestimmt, dass die Gemeinde das Kommunalunternehmen entweder durch Errichtung oder Umwandlung eines bestehenden Betriebs kreieren kann. Die Vorschrift ist insoweit ungenau, als auch in den Umwandlungsfällen der Natur der Sache nach ein Rechtsträger „errichtet“ werden muss, der als Gesamtrechtsnachfolger fungiert. Die Unterscheidung zwischen Neugründung ohne Gesamtrechtsnachfolge und ausgliedernder Umwandlung ist aber deshalb nicht etwa obsolet. Vielmehr muss, da nur bei Letzterer eine Gesamtrechtsnachfolge stattfindet, prinzipiell zwischen beiden Formen der Anstaltserrichtung unterschieden werden.⁶²

In der Literatur wird insoweit verbreitet die Auffassung vertreten, nur bei der Umwandlung von Eigenbetrieben könne eine „echte“ Gesamtrechtsnachfolge stattfinden.⁶³ Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, warum für den Eintritt einer Gesamtrechtsnachfolge eine gewisse organisatorische Eigenständigkeit des übergehenden Vermögens erforderlich sein soll. Wie die Vorschriften des UmwG belegen, ist dies rechtskonstruktiv nicht zwingend. Es ist auch im Rahmen des Art. 89 Abs. 1 BayGO nicht überzeugend.

Einzelheiten zur formaljuristischen Durchführung einer Umwandlung von Regie- und Eigenbetrieben, insbesondere zum notwendigen Inhalt der Umwandlungssatzung, werden in der einschlägigen Literatur kaum erörtert. Seit der Neufassung

⁶¹ Allgemein zur Eintragung der Vertretungsbefugnis gemäß § 33 Abs. 2 HGB *Krafka/Willer*, Registerrecht, 7. Aufl. 2007, Rdnr. 839 ff., DNotI-Gutachten Nr. 49916. Verhinderungsvertreter können nicht im Handelsregister eingetragen werden, vgl. OLG Düsseldorf, Mitt-RhNotK 2000, 395; zur unzulässigen Bezugnahme auf Unterschriftenverzeichnis BayObLG, MittBayNot 2000, 568.

⁶² Diese Differenzierung wird auch in der Literatur hervorgehoben, siehe *Cronauge/Westermann*, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, Rdnr. 180; *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Teil D Rdnr. 143; *Hellermann* in *Hoppe/Uechtritz*, Handbuch Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, § 7 Rdnr. 68.

⁶³ Etwa *Neusinger/Lindt*, BayVBl 2002, 689, 691; v. *Mutius/Rentsch*, Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, 6. Aufl. 2003, § 106 a Rdnr. 14; *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 89 GO Rdnr. 9 (Stand: September 2004).

des § 7 KUV in Bayern zum 1.2.2006 existieren jedoch zumindest für den Freistaat nähere untergesetzliche Vorgaben für die Durchführung einer Umwandlung. Unstreitig ist jedenfalls, dass das UmwG nicht unmittelbar anwendbar ist.⁶⁴ In der umwandlungsrechtlichen Literatur wird, beschränkt auf den privatrechtlichen Bereich, die analoge Anwendung des UmwG auf Umwandlungssachverhalte außerhalb des UmwG oder Vorgänge mit vergleichbaren wirtschaftlichen Ergebnissen diskutiert.⁶⁵ Für „öffentlichrechtliche“ Umwandlungen kann von einer nennenswerten Diskussion dieser Frage aber nicht die Rede sein.⁶⁶

1. Die „Umwandlung“ kommunaler Betriebe

a) Einleitung

Mit der Umwandlung in ein Kommunalunternehmen ist nach der Konzeption der einschlägigen Landesgesetze – wie in § 131 Abs. 1 UmwG – eine (Teil-)Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes verbunden: Art. 89 Abs. 1 BayGO spricht ausdrücklich von der Umwandlung „im Weg der Gesamtrechtsnachfolge“. Grundlage der Umwandlung – Rechtsnachfolgeatbestand – ist nicht ein Umwandlungsvertrag oder -plan nebst konstitutiver Eintragung im Handelsregister, sondern der Erlass der (wirksamen) Unternehmenssatzung.⁶⁷ Unerheblich ist hingegen, ob und wann eine Eintragung in das Handelsregister stattfindet.⁶⁸

Wie sich aus § 7 Abs. 2 und 4 KUV ergibt, ist, um die Terminologie des UmwG zu verwenden, nicht nur eine Ausgliederung zur Neugründung, sondern auch eine solche zur Aufnahme durch ein schon gemäß Art. 89 Abs. 1 (Alt. 1 oder Alt. 2) BayGO errichtetes Kommunalunternehmen möglich. Hierdurch wird in der Praxis insbesondere die Umwandlung mehrerer kommunaler Betriebe in ein und dasselbe Kommunalunternehmen ermöglicht.

b) Umwandlungssatzung und Eröffnungsbilanz

aa) Allgemeines

Art. 89 Abs. 3 Satz 2 BayGO und § 5 KUV enthalten Einzelheiten zum zwingenden Mindestinhalt jeder Unternehmenssatzung: Erforderlich sind Bestimmungen über den Namen und die Aufgaben des Unternehmens, über die Zahl der Mitglieder des Vorstandes und des Verwaltungsrates, die Höhe des Stammkapitals sowie über die Beschlussfähigkeit des Verwaltungsrats und die Geschäftsordnung von Vorstand und Verwaltungsrat, sofern diese aus jeweils mehr als einer Person bestehen.⁶⁹ Die Regelungen erinnern an § 3 Abs. 1 GmbHG

⁶⁴ Stellvertretend *Dehn* in *Bracker/Dehn*, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, 5. Aufl. 2007, § 106 a Rdnr. 4: „Für die Umwandlung gilt Landesrecht, nicht das Umwandlungsgesetz.“; siehe auch *Kummer*, Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen, S. 160 f.

⁶⁵ Zusammenfassend *Heckschen* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 1 UmwG Rdnr. 397 ff.

⁶⁶ Vgl. aber BAG, NJW 2002, 916 (zur Anwendbarkeit des § 613 a BGB auf öffentlichrechtliche Umwandlungen); *Semler/Schröder/Perlitt*, UmwG, 2. Aufl. 2007, § 168 Rdnr. 9.

⁶⁷ *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 89 GO Rdnr. 8 f.; *Hölzl/Hien/Huber*, GO/LKrO/BezO Bay, Art. 89 GO Rdnr. 2 (Stand: Oktober 2004); allgemein: *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Teil D Rdnr. 143; zu NW: *Held* in *Held/Becker/Decker/Kirchhof* u. a., Kommunalverfassungsrecht NW, § 114 a Rdnr. 3.4.

⁶⁸ *Kummer*, Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen, S. 124.

⁶⁹ Andere Bundesländer enthalten ähnliche oder noch detailliertere Vorgaben, siehe etwa § 114 a Abs. 3 Satz 2 GO NW: Bestimmungen zu Wirtschaftsführung, Vermögensverwaltung und Rechnungslegung.

und § 23 Abs. 2 ff. AktG (im Umwandlungsrecht i. V. m. § 135 Abs. 2 UmwG). Verstößt eine Satzung gegen diese Vorgaben oder andere Vorschriften höherrangigen Rechts, ist im Grundsatz Unwirksamkeit der entsprechenden Satzungsregelung anzunehmen, die jedoch nur in Ausnahmefällen zur Unwirksamkeit der gesamten Satzung und damit zur Unwirksamkeit des Kurationsakts führen dürfte.

Da in den Umwandlungsfällen nur die Satzung als Grundlage einer Gesamtrechtsnachfolge taugt, stellt sich aus umwandlungsrechtlicher Sicht insbesondere die Frage, welche weiteren Anforderungen an eine „Umwandlungssatzung“ zu stellen sind. Aus Gründen der Publizität und da mit der Gesamtrechtsnachfolge spezifische Rechtsfolgen verbunden und Drittinteressen berührt sind, ist hier zumindest geboten, dass der Satzung mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen ist, dass es sich um eine „Umwandlungssatzung“ (und nicht um eine „Errichtungssatzung“) handelt und welcher kommunale Betrieb in dem Unternehmen aufgehen soll. Empfehlenswert, aber wohl nicht zwingend sind der Gebrauch des Ausdrucks „Gesamtrechtsnachfolge“ und das genaue Zitat der entsprechenden Satzungsermächtigung in der Gemeindeordnung.

bb) Übergangsfähige Rechtspositionen

Bei der Frage, welche Rechtspositionen überhaupt von der Gemeinde auf die neue juristische Person übergehen können, ist zu unterscheiden: Im Hinblick auf zivilrechtliche Rechtspositionen gelten insoweit die aus dem UmwG bekannten Grundsätze.⁷⁰ Nach öffentlichrechtlichen Kriterien zu beurteilen ist hingegen die Übergangsfähigkeit öffentlichrechtlicher Rechtspositionen, wie etwa Gebührenansprüchen, Zuständigkeiten, Eingriffsbefugnissen, Verwaltungsrechtsverhältnissen, Satzungen und Verordnungen, Mitgliedschaften, Subventionen, Rechtsbehelfsverfahren. Hier eröffnet sich ein weites Feld, das aber nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags sein soll.⁷¹

cc) Bestimmtheit; Eröffnungsbilanz als Grundlage

Zu den für die Praxis wichtigsten, gleichzeitig aber noch am wenigsten geklärten Fragen zählt diejenige nach den genauen Voraussetzungen der Gesamtrechtsnachfolge. § 7 Abs. 1 KUV bestimmt hierzu in Satz 1, dass der Umwandlung eines Regie- oder Eigenbetriebs in ein Kommunalunternehmen eine Eröffnungsbilanz – und keine Schlussbilanz wie nach §§ 125, 17 Abs. 2 UmwG – „zugrunde zu legen“ ist,⁷² die gemäß Satz 2 auf der Grundlage eines Inventars gemäß den für alle Kaufleute geltenden Vorschriften des HGB zu erstellen ist. Ferner ist in Satz 3 bestimmt, dass Grundstücke und grundstücksbezogene Rechte nach § 28 GBO zu bezeichnen sind. Die Absätze 2 und 3 enthalten dann unterschiedliche Regelungen je nachdem, ob die Eröffnungsbilanz im Zeitpunkt der Entstehung des Kommunalunternehmens vorliegt oder nicht; hieran anknüpfend sieht Absatz 4 unterschiedliche dingliche Vollzugszeitpunkte für beide Alternativen vor (Alt. 1 i. V. m. Abs. 2: mit Entstehung; Alt. 2 i. V. m. Abs. 3: mit Feststellung der Eröffnungsbilanz).

Klärungsbedürftig ist hier nicht nur, ob die Bilanz vom Gemeinderat lediglich „beschlossen“ wird oder ob sie – auch

⁷⁰ Hierzu *Semler/Stengel/Kübler*, UmwG, 2. Aufl. 2007, § 131 Rdnr. 12 ff.

⁷¹ Ausführlich *Kummer*, Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen, S. 204 ff., zu Gebührenansprüchen VG Minden, 23.8.2007, 9 K 3062/06 (n. v.).

⁷² Ähnlich: § 7 KUV NW; keine entsprechenden Vorschriften existieren in RP; nach § 113 a Abs. 1 Satz 3 GO Nds. muss jede Umwandlung „auf der Grundlage einer Eröffnungsbilanz“ erfolgen.

bei Beschlussfassung nach Unternehmenserrichtung (§ 7 Abs. 3 KUV) – zum Bestandteil der Unternehmenssatzung gemacht werden muss, sondern auch, ob das zu errichtende Inventar (§ 7 Abs. 1 Satz 2 KUV, § 240 HGB) zum Bestandteil der Satzung oder, entgegen üblichen handelsbilanzrechtlichen Grundsätzen (vgl. § 247 HGB), zum Bestandteil der Bilanz gemacht werden muss.⁷³ Im Ergebnis gilt, wie noch zu zeigen sein wird, Folgendes: Weder Eröffnungsbilanz noch Inventar müssen Bestandteil der Satzung sein, und § 7 Abs. 1 Satz 2 KUV stellt lediglich ein Verfahrenserfordernis in dem Sinne auf, dass vor der Bilanz ein Inventar zu errichten ist; des Weiteren muss die Umwandlungssatzung einen bestimmten Umwandlungsstichtag angeben.

Die Fragen sind eng verbunden mit dem Fragenkreis der erforderlichen Bestimmtheit im Hinblick auf das übergehende Vermögen. Die in Rechtsprechung und Literatur bisher hierzu vertretenen Ansichten gehen auseinander:⁷⁴ Nach einer Auffassung setzt die Gesamtrechtsnachfolge voraus, dass der Unternehmenssatzung genau entnommen werden kann, welche Vermögenswerte erfasst werden.⁷⁵ Zum Teil wird ausdrücklich auf die Geltung des Spezialitätsgrundsatzes hingewiesen.⁷⁶ Danach muss die Gemeinde genau festlegen, welches Vermögen von der Umwandlung betroffen sein soll.⁷⁷ Nach der Gegenauffassung kann auf eine genaue Aufzählung verzichtet werden, da stets eine Bilanz vorliegen müsse, an die angeknüpft werden könne.⁷⁸ Hiergegen wird wiederum eingewendet, dass eine Eröffnungsbilanz nach HGB gemäß §§ 243, 247 HGB nicht so detailliert sei, dass sie dem sachenrechtlichen Spezialitätsgrundsatz genügen könnte.⁷⁹

Unabhängig vom Regelungsgehalt des § 7 Abs. 1 KUV ergibt es sich schon aus der Natur der Sache, dass dann, wenn durch die partielle Gesamtrechtsnachfolge als Folge eines autonomen Rechtssetzungsakts die Rechtszuordnung gegenüber jedermann verändert werden soll, auf eine hinreichend bestimmte oder bestimmbare Abgrenzung zwischen dem bei dem übertragenden Rechtsträger (hier: Gemeinde) verbleibenden Vermögen einerseits und dem übergehenden Vermögen andererseits nicht verzichtet werden kann. Diese dem

⁷³ Unklar insoweit *Prandl/Zimmermann/Büchner*, Kommunalrecht in Bayern, Art. 89 BayGO Rdnr. 5.

⁷⁴ Bei der Würdigung der Stellungnahmen zum bayerischen Recht ist zu beachten, dass fast alle noch unter der Geltung des früheren § 7 KUV verfasst worden sind.

⁷⁵ *Held* in *Held/Becker/Decker/Kirchhof* u. a., Kommunalverfassungsrecht NW, § 114 a Rdnr. 3.3; *Widmann/Grasser/Glaser*, BayGO, Art. 89 Rdnr. 5; *Oster* in *Gabler/Höhlein/Klößner* u. a., Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, § 86 a Rdnr. 4.2 (Stand: Juni 2006); *Schulz*, Kommunalverfassungsrecht Bayern, Art. 89 GO Rdnr. 1.3 (Stand: Juli 2007), der allerdings die Auffassung vertritt, bei Regiebetrieben Sorge schon § 7 KUV für die nötige Bestimmtheit.

⁷⁶ *Held* in *Held/Becker/Decker/Kirchhof* u. a., Kommunalverfassungsrecht NW, § 114 a Rdnr. 3.3; *Schulz*, Kommunalverfassungsrecht Bayern, Art. 89 GO Rdnr. 1.3.

⁷⁷ Zu NW: VG Minden, 23.8.2007, 9 K 3062/06 (n. v.); vgl. auch BayVGH, 3.12.1998, 23 ZS 98.2094 (n. v.), wo auch für die „erstmalige Errichtung“ eines Kommunalunternehmens eine „exakte Auflistung“ der Ausstattung verlangt wird.

⁷⁸ *Neusinger/Lindt*, BayVBl 2002, 689, 691; *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 89 GO Rdnr. 9; *Prandl/Zimmermann/Büchner*, Kommunalrecht in Bayern, Art. 89 BayGO Rdnr. 5; *Schulz*, BayVBl 1996, 129, 130; wohl auch *Schraml* in *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, Teil D Rdnr. 147 und *Hellermann* in *Hoppe/Uechtritz*, Handbuch Kommunale Unternehmen, § 7 Rdnr. 68.

⁷⁹ VG Minden, 23.8.2007, 9 K 3062/06 (n. v.); so auch *Kummer*, Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen, S. 80 f.

§ 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG zugrundeliegende Überlegung⁸⁰ beansprucht auch bei der Umwandlung kommunaler Betriebe Geltung: Für alle beweglichen und unbeweglichen Sachen i. S. d. BGB sowie bürgerlichrechtliche Forderungen folgen die Geltung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes und des Publizitätsgrundsatzes also schon aus dem insoweit maßgeblichen Bundesrecht, das zwar für Umwandlungen aufgrund Landesrechts insoweit keine ausdrücklichen Vorgaben enthält, dem aber der allgemeine sachenrechtliche Grundsatz zu entnehmen ist, dass eine nur teilweise Gesamtrechtsnachfolge der Natur der Sache nach eine hinreichend genaue Abgrenzung der Vermögenssphären von Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger voraussetzt. Trotz § 1 Abs. 2 UmwG verbleibt dem Landesgesetzgeber insoweit kein Spielraum für großzügigere Regelungen.

Unabhängig davon, ob sich § 7 Abs. 1 Satz 3 KUV in seiner neuen Fassung nur auf die Bilanz und/oder das Inventar oder die Satzung bezieht, ist für den Übergang von Grundstücken und grundstücksbezogenen Rechte schon aus Gründen der Publizität des sich außerhalb des Grundbuchs vollziehenden Rechtsübergangs eine dem § 28 GBO genügende Bezeichnung in der Satzung zu verlangen: Die Ausführungen des BGH zu § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG in seinem Urteil vom 25.1.2008⁸¹ beanspruchen insoweit uneingeschränkt auch für Umwandlungen kraft Landesrechts Geltung.⁸² Weniger klar ist die Rechtslage beim Übergang von beweglichem Vermögen. Insoweit wird im UmwG auf die für die Übertragung von Sachgesamtheiten geltenden Grundsätze zurückgegriffen,⁸³ so dass der BGH im Grundsatz sog. All-Klauseln zugelassen hat, mit denen sämtliche zu einem bestimmten Bereich gehörenden Gegenstände abgespalten bzw. ausgegliedert werden können.⁸⁴ Auch der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz erfordert also nicht zwingend eine detaillierte Auflistung der Gegenstände, so dass die Grenzen zwischen den beiden eingangs geschilderten Auffassungen verschwimmen: Die zu § 126 UmwG ganz herrschende Meinung hält zwar die generelle Bezugnahme auf Bilanzen für unzureichend,⁸⁵ lässt jedoch bei der Übertragung von Betrieben und Teilbetrieben die Individualisierung durch Benennung eines bestimmten (Teil-)betriebs zu, sofern die Gegenstände mithilfe betriebswirtschaftlicher Betrachtungen zugeordnet werden können.⁸⁶ Es liegt nahe, diese Grundsätze auch im Rahmen des Art. 89 Abs. 1 BayGO anzuwenden; dies trägt den Erfordernissen der Praxis hinreichend Rechnung und vermeidet Konflikte mit dem bürgerlichen Recht. Die Umwandlungssatzung muss danach das

übergehende Vermögen in einer dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz entsprechenden Art und Weise umschreiben, wobei für Grundstücke die Spezialvorschrift des § 28 GBO (entsprechend) gilt. Die Übertragung aller (beweglichen) Gegenstände eines bestimmten kommunalen Betriebs ist also ausreichend bestimmt erklärt, wenn – wie im Regelfall – dessen Vermögen mit betriebswirtschaftlichen Mitteln von dem übrigen Vermögen der Kommune geschieden werden kann.⁸⁷ Hieraus folgt, dass die Eröffnungsbilanz nicht förmlicher Bestandteil der Umwandlungssatzung sein (§ 7 Abs. 2 KUV) bzw. werden (§ 7 Abs. 3 KUV) muss und dass das Inventar (§ 7 Abs. 1 Satz 2 KUV) weder förmlicher Bestandteil der Bilanz noch der Satzung sein muss, sondern dass es genügt, wenn die Satzung – ggf. nach Ergänzung (§ 7 Abs. 3 KUV) – den Stichtag der Eröffnungsbilanz angibt. Da weder mit dem wirksamen Satzungserlass noch mit der Handelsregistereintragung oder Grundbuchberichtigung eine irgendwie geartete Heilungswirkung verbunden ist, kann sich im Zweifelsfall aber gleichwohl eine möglichst detaillierte Aufzählung in der Satzung empfehlen.

Fraglich bleibt, ob und wie Bestimmtheitsmängel geheilt werden können, insbesondere ob der Erlass einer ergänzenden Satzung oder gar die Aufhebung der Umwandlungssatzung nebst Neuerlass einer hinreichend bestimmten Satzung in Betracht kommen. Das UmwG lässt eine Ergänzung oder gar Rückgängigmachung einer einmal im Handelsregister eingetragenen und damit wirksam gewordenen Umwandlung nicht zu.⁸⁸ Im Ergebnis wird im Rahmen des Art. 89 BayGO Entsprechendes gelten müssen: Wenn der kommunale Betrieb mit seinen wesentlichen Betriebsgrundlagen wirksam übergegangen ist, scheidet eine Nachbesserung aus, da ein Betrieb nur einmal umgewandelt werden kann und die Kreation der juristischen Person als „Statusakt“ keine Änderung/Aufhebung zulässt. Nicht übergegangene Gegenstände müssen, soweit gewünscht, nachträglich einzeln übertragen werden. Wenn hingegen die Satzung so lückenhaft ist, dass nicht einmal die wesentlichen Betriebsgrundlagen übergegangen sind, dürfte die Umwandlung im Ganzen fehlgeschlagen sein, d. h. auch die an sich hinreichend bestimmt bezeichneten Gegenstände sind nicht übergegangen.⁸⁹

c) Weitere Wirksamkeitserfordernisse des Rechtsübergangs?

Wie im Rahmen des UmwG stellt sich bei der Umwandlung kommunaler Betriebe die Frage, inwieweit nach allgemeinem Recht bestehende Übertragungshindernisse auch im Falle der partiellen Gesamtrechtsnachfolge gelten. Für das UmwG ist diese Frage seit der Abschaffung des § 132 UmwG im Jahre 2007 geklärt. Für das kommunale Umwandlungsrecht fehlte eine entsprechende Vorschrift von vornherein. Die Tatsache, dass § 132 UmwG nicht als Klarstellung, sondern als konstitutive Festlegung des Vorrangs von Übertragungshindernissen verstanden wurde⁹⁰ und mit der Gesamtrechtsnachfolge, sei sie partiell, sei sie total, gerade keine Einzelübertragung verbunden ist, spricht dafür, auch bei der Gesamtrechtsnachfolge

⁸⁰ BT-Drucks. 12/6699, S. 119; *Lutter/Priester*, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 126 Rdnr. 46.

⁸¹ DNotZ 2008, 468 = MittBayNot 2008, 307.

⁸² In denjenigen Bundesländern, in denen eine dem § 7 Abs. 1 Satz 3 KUV entsprechende Vorschrift fehlt, ist eine Analogie zu § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG zu befürworten.

⁸³ Regierungsbegründung zu § 126 UmwG, BT-Drucks. 12/6699, S. 119; hier verlangt die Rechtsprechung für Sachen immer noch Bestimmtheit und für Forderungen Bestimmbarkeit, siehe zur Übereignung von Sachgesamtheiten zuletzt BGH, NotBZ 2008, 395 = ZIP 2008, 1638; zusammenfassend *Palandt/Grüneberg/Bassenge*, § 398 Rdnr. 14 f. und § 930 Rdnr. 2 ff.

⁸⁴ MittBayNot 2004, 285; siehe auch LG Essen, NZG 2002, 736: Einzelaufstellung nicht erforderlich.

⁸⁵ *D. Mayer* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 126 UmwG Rdnr. 203; *Kallmeyer/Kallmeyer*, UmwG, 3. Aufl. 2006, § 126 Rdnr. 20; *Limmer*, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 3. Aufl. 2007, Rdnr. 1498; a. A. *Lutter/Priester*, UmwG, § 132 Rdnr. 52.

⁸⁶ *D. Mayer* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 126 UmwG Rdnr. 202 ff.; *Limmer*, Handbuch der Unternehmensumwandlung, Rdnr. 1500.

⁸⁷ Dies schließt es nicht aus, dem Kommunalunternehmen in der Satzung weitere Vermögensgegenstände zuzuordnen, die bislang nicht zu dem Regie- oder Eigenbetrieb gehörten.

⁸⁸ *Kallmeyer/Marsch-Barner*, UmwG, § 20 Rdnr. 47: keine „Entschmelzung“; ganz h. M.

⁸⁹ Insoweit kann man Art. 89 Abs. 1 BayGO mit seiner Vorgabe der Umwandlung eines „bestehenden Regie- oder Eigenbetriebs“ mit § 168 UmwG vergleichen, der die Ausgliederung eines „Unternehmens“ verlangt, vgl. *Semler/Stengel/Perlitt*, UmwG, 2. Aufl. 2007, § 168 Rdnr. 31 f.

⁹⁰ *Heidenhain*, ZHR 168 (2004), 468, 471 m. w. N.

kraft öffentlichen Rechts Übertragungshindernisse des allgemeinen Rechts grundsätzlich außer Betracht zu lassen.

d) Nachweis der partiellen Gesamtrechtsnachfolge und Grundbuchvollzug

Von einigem Interesse für die notarielle Praxis ist schließlich die Frage, wie der Übergang von Immobilienvermögen von der Gemeinde auf das Kommunalunternehmen grundbuchlich zu vollziehen ist. Hierbei handelt es sich um eine bloße Grundbuchberichtigung.

Hier ist zunächst zu beachten, dass anlässlich des Übergangs auf das Kommunalunternehmen evtl. ein neues Grundbuchblatt angelegt werden muss, da nur die Gemeinde gemäß § 3 Abs. 2 GBO vom Buchungszwang befreit ist.⁹¹

Zwar wird häufig eine Berichtigungsbewilligung der Gemeinde (§ 19 GBO) vorliegen, jedoch ist auch dann dem Grundbuchamt die Unrichtigkeit des Grundbuchs schlüssig darzulegen.⁹² Folgt man der hier vertretenen Auffassung, wonach Immobilienvermögen in Einklang mit § 28 GBO bezeichnet werden muss, können die Darlegung und erst recht der Nachweis der Unrichtigkeit (nur!) dadurch erfolgen, dass der Antragsteller auf die Umwandlungssatzung verweist, die das fragliche Grundstück gemäß § 28 GBO ausweist. Legt man insoweit an den Rechtsübergang großzügigere Maßstäbe an, wäre darzulegen, dass das Grundstück zuvor Bestandteil des Vermögens des Eigenbetriebs war, was in der Praxis wohl nur durch den Verweis auf ein Inventar des Eigenbetriebs gelingen dürfte.

Beim Grundbuchvollzug stellt sich ferner die Frage nach der Notwendigkeit der Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung. Der Übergang auf das Kommunalunternehmen ist ein im Grundsatz gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG steuerbarer Vorgang.⁹³ Insbesondere liegt kein nicht grunderwerbsteuerbarer Formwechsel vor.⁹⁴ (Anders liegt der Fall beim echten Formwechsel von einer Kapitalgesellschaft in ein Kommunalunternehmen und umgekehrt.⁹⁵) Häufig, aber nicht zwingend wird der Befreiungstatbestand des § 4 Nr. 1 GrEStG eingreifen.⁹⁶ Da die einschlägigen landesrechtlichen Erlasse nur bei einem Übergang des Grundstücks auf den Bund, ein Land, eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband eine Entbehrlichkeit vorsehen,⁹⁷ ist außerhalb von Bagatellfällen zur Grundbuchberichtigung aber eine Unbedenklichkeitsbescheinigung erforderlich.

2. Weitere Umwandlungen?

Insbesondere in Gemeinden, die sich in erheblichem Umfang wirtschaftlich betätigen, wird sich früher oder später die Notwendigkeit weiterer Strukturveränderungen ergeben, etwa wenn zwei Kommunalunternehmen zusammengelegt werden sollen oder wenn ein Kommunalunternehmen in mehrere Kommunalunternehmen aufgespalten werden soll. Regelun-

gen für derlei Gestaltungswünsche sucht man jedoch vergeblich. Sowohl § 1 Abs. 2 UmwG als auch der Grundsatz des institutionellen Gesetzesvorbehalts lassen insoweit nur den Schluss zu, dass – abgesehen von einem Formwechsel nach Maßgabe des § 191 UmwG und der Verschmelzung von Kommunalunternehmen verschiedener Gemeinden gemäß Art. 49 KommZG – keinerlei Umwandlungen unter Beteiligung von Kommunalunternehmen zulässig sind.⁹⁸ Dass § 6 KUV – wie andere Landesrechte auch⁹⁹ – die Vorgabe enthält, die Gemeinde solle die Versorgungsbetriebe einer Gemeinde, wenn sie Kommunalunternehmen sind, „zu einem Kommunalunternehmen zusammenfassen“, genügt dem Gesetzesvorbehalt nicht. Hierzu bedürfte es der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlass entsprechender gemeindlicher Satzungen, vergleichbar den Landesregelungen zur Fusion von Sparkassen.¹⁰⁰ Das im Einzelfall gewünschte wirtschaftliche Ergebnis muss also entweder mühsam durch eine Vielzahl von Einzelakten oder durch die Umwandlung „auf Umwegen“ herbeigeführt werden, etwa die Verschmelzung zweier Kommunalunternehmen durch die vorherige Umwandlung der Kommunalunternehmen in GmbHs, deren anschließende Verschmelzung und die (nur in Bayern und Niedersachsen zulässige) anschließende Rückführung in ein Kommunalunternehmen.

IV. Formwechsel von Kapitalgesellschaften im Gemeindebesitz

Über die Umwandlung kommunaler Eigen- und Regiebetriebe hinaus erlaubt das bayerische Recht bemerkenswerterweise auch die formwechselnde Umwandlung von Gesellschaften des Privatrechts – genauer: Kapitalgesellschaften im kommunalen Alleinbesitz¹⁰¹ – in ein Kommunalunternehmen und verweist hierfür in Art. 89 Abs. 2 a BayGO auf einzelne Vorschriften des UmwG. Eine vergleichbare Möglichkeit besteht außerhalb Bayerns nur in Niedersachsen.¹⁰²

Nach dem im Jahr 2006 neu gefassten Art. 89 Abs. 2 a BayGO ist Voraussetzung des Formwechsels der Erlass einer Unternehmensatzung und ein „sich darauf beziehender Umwandlungsbeschluss der formwechselnden Gesellschaft“, der gemäß Art. 89 Abs. 2 a Satz 4 BayGO i. V. m. § 193 Abs. 3 UmwG der notariellen Beurkundung bedarf. Wirksam wird der Formwechsel aber gemäß Art. 89 Abs. 2 a Satz 6 BayGO erst mit Eintragung des Kommunalunternehmens oder, wenn diese Eintragung nicht – oder erst später (?) – erfolgt, mit der „Eintragung der Umwandlung“ in das Handelsregister. Die erste Alternative orientiert sich wohl an § 202 Abs. 1 UmwG mit seiner konstitutiven Wirkung der Eintragung der neuen Rechtsform, die zweite wohl an § 235 UmwG, der bei fehlender Eintragungspflicht der Zielrechtsform die Eintragung der Umwandlung genügen lässt. Auch wenn in Art. 89 Abs. 2 a Satz 6 Hs. 2 BayGO auf § 202 UmwG verwiesen wird, verbleiben hier doch mehrere Frage-

⁹⁸ Vgl. *Gaß*, Die Umwandlung gemeindlicher Unternehmen, 2003, S. 294 ff.

⁹⁹ § 6 KUV NW.

¹⁰⁰ Siehe etwa Art. 16 ff. SpKG Bay.

¹⁰¹ Demgegenüber sind in Niedersachsen, jedenfalls dem Wortlaut nach, auch andere Gesellschaftsformen erfasst; da aber auch nach niedersächsischem Recht die Gemeinde „die Anteile“ – mithin alle Anteile – an der Gesellschaft halten muss und Ein-Personen-Personengesellschaften, -genossenschaften und -vereine nicht zulässig sind, dürfte auch hier nur der Formwechsel von Kapitalgesellschaften in Betracht kommen; zweifelhaft ist allerdings der Fall der GmbH & Co. KG; aufgrund der juristischen Eigenständigkeit der Komplementärin gegenüber der Gemeinde dürfte hier ein Formwechsel wohl ausscheiden.

¹⁰² Dort spricht § 113 a Abs. 1 Satz 4 GO Nds. eine pauschale Verweisung auf die Vorschriften des UmwG über den Formwechsel aus.

⁹¹ *Kummer*, Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen, S. 80.

⁹² Vgl. *Demharter*, GBO, 26. Aufl. 2008, § 22 Rdnr. 31.

⁹³ *Pahlke/Franz*, GrEStG, 3. Aufl. 2005, § 1 Rdnr. 166.

⁹⁴ Hierzu *Boruttau/Fischer*, GrEStG, 16. Aufl. 2008, § 1 Rdnr. 545 ff.

⁹⁵ *Boruttau/Fischer*, GrEStG, § 1 Rdnr. 545.

⁹⁶ *Prandl/Zimmermann/Büchner*, Kommunalrecht in Bayern, Art. 89 BayGO Rdnr. 5; *Ehlers*, ZHR 167 (203), 546, 556; *Kummer*, Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen, S. 128 f.; zu den Voraussetzungen näher *Boruttau/Viskorf*, GrEStG, § 4 Rdnr. 20 e.

⁹⁷ Siehe die Aufstellung im Beck'schen Notarhandbuch, 4. Aufl. 2006, Anhang 20.

zeichen: Kann § 202 Abs. 3 UmwG mit seiner Heilungswirkung auch über Mängel der öffentlichrechtlichen Unternehmenssatzung hinweghelfen (wohl nicht)? Ist hiermit auch eine verwaltungsgerichtliche Präklusionswirkung verbunden (wohl nicht)? Aber auch die Verweisung auf die §§ 193–195, 197–199, 200 Abs. 1 und 201 UmwG scheint nicht vollständig durchdacht: Warum etwa wird auf § 196 UmwG verwiesen, wenn von vornherein nur ein Formwechsel 100%iger Tochtergesellschaften in Frage kommt (wohl Versehen)? Worauf genau verweist § 197 UmwG (wohl nur auf die Notwendigkeit des Erlasses einer wirksamen Unternehmenssatzung)?

Die bewusste Nicht-Verweisung auf bestimmte Vorschriften des UmwG muss jedenfalls so verstanden werden, dass die darin geregelten Rechtsfolgen hier nicht gelten sollen. Dies gilt insbesondere für § 204 UmwG (vgl. § 8 Abs. 5 KUV). Wohl auch nicht entsprechend anwendbar sind diejenigen Vorschriften, die eine Feststellung der Satzung des neuen Rechtsträgers in dem Umwandlungsbeschluss verlangen (vgl. §§ 218, 243 UmwG).¹⁰³ Es findet weder ein Formwechsel in eine Personengesellschaft noch ein solcher in eine Kapitalgesellschaft statt und es liegt auch keine Regelungslücke vor, die Grund für eine Gesamtanalogie zu den §§ 218, 243, 253, 263, 276, 294 UmwG sein könnte.

103 Vgl. zum UmwG *Limmer*, Handbuch der Unternehmensumwandlung, Rdnr. 2270 ff.

V. Zusammenfassung

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass die aus Sicht der kommunalen Praxis auf den ersten Blick „eleganten“ Vorschriften zur Umwandlung kommunaler Betriebe in rechtsfähige Kommunalunternehmen auf den zweiten Blick eine Reihe ungeklärter Fragen aufwerfen. Unklarheiten über die Folgen rechtswidriger Umwandlungssatzungen sowie über die Bestimmtheitsanforderungen, aber auch der Mangel an spezifischen Umstrukturierungsvorschriften für bestehende Kommunalunternehmen sollten Anlass dazu sein, bestehende Kommunalbetriebe nicht vorschnell in die neue Rechtsform umzuwandeln. Die öffentlichrechtliche Rechtsform bietet unbestreitbare Vorteile, ist aber im Einzelfall im Vergleich zur bewährten GmbH oder AG möglicherweise nur die zweitbeste Lösung.

Hinsichtlich der Gründung und Umstrukturierung von Kommunalunternehmen bewegt sich die Praxis noch auf nicht vollständig gesichertem Terrain und an wichtigen Punkten ohne festen dogmatischen Boden unter den Füßen. Die Gründe hierfür liegen teils an der Unschärfe und Regelungsarmut des Kommunalrechts, teils an der noch unterentwickelten Dogmatik der Anstalten des öffentlichen Rechts, etwa zum Problem des fehlerhaften Verbands. Das Sparkassenrecht bietet ein Beispiel dafür, dass diesem Zustand durch die Landesgesetzgeber zumindest teilweise abgeholfen werden kann.

BUCHBESPRECHUNGEN

Krauβ: Immobilienkaufverträge in der Praxis. 4., überarb. und erw. Aufl., ZAP, 2008. 1 505 S., 98 € + CD-ROM

Wer glaubt, das Thema „Immobilienkaufverträge“ sei mit der 2006 erschienenen Voraufgabe weitgehend ausgezogen, hat sich getäuscht. Die 4. Auflage ist erneut um etwa 300 Seiten gewachsen, wobei die tatsächliche Zunahme wegen des verkleinerten Druckbildes proportional sogar noch deutlicher ausfällt. Dieser materielle Mehrwert zum unveränderten Ladenpreis ist für den Leser einerseits erfreulich. Andererseits leidet unter der Fülle des Materials auch die praktische Handhabung. Die schiere Breite des Buchrückens überfordert ihrerseits die Haltbarkeit der Bindung. Es wäre daher wünschenswert, Verlag und Autor würden die Folgeauflage inhaltlich wieder etwas straffen, und das Werk zugleich auch – etwa durch die Verwendung dünneren Papiers oder das Beifügen der Vollzugsschreiben, Ganzmuster und Merkblätter ausschließlich als Textdateien – in tatsächlicher Hinsicht verschlanken.

Dem bisherigen Aufbau – Abhandlung der einzelnen Sachthemen eines Grundstückskaufvertrages in der Reihenfolge ihres Auftretens im Vertragstext neben Querschnittsdarstellungen zu ausgewählten Spezialthemen – ist der Autor trotz der inhaltlichen Erweiterung treu geblieben. Nach wie vor eine fast 60 Seiten lange Abhandlung über einzelne Aspekte der Schuldrechtsreform an den Anfang des Buches zu stellen, erscheint mir allerdings mehr als sieben Jahre nach deren Inkrafttreten nicht mehr sachgerecht. Insbesondere das Leistungsstörungenrecht wäre im räumlichen und sachlichen Zusammenhang mit den einschlägigen Klauseln besser aufgehoben. Verwirrend ist für regelmäßige Nutzer älterer Auflagen auch der Umstand, dass sich die Randziffern aufgrund des gesteigerten Textumfangs nicht mit denjenigen der Vorauflagen decken. Wer also mit der 3. Auflage bereits vertraut ist, wird sich erst wieder einarbeiten müssen. Dies kann dadurch geschehen, dass man das Buch in ein paar ruhigen Stunden einmal von Anfang bis Ende durchblättert. Die eine oder andere Entdeckung ist garantiert.

Sehr positiv fällt erneut der Aufwand auf, den der Autor in die Überarbeitung der Voraufgabe gesteckt hat. So wurden nicht einfach neue Textteile an die alten „angeklebt“, sondern die meisten Passagen sowohl inhaltlich als auch stilistisch überarbeitet. Besonders erfreulich ist, dass *Krauβ* auch Anregungen seiner Leser bei der Neukonzeption des Werks aufgegriffen hat. So wurden beispielsweise die bisher etwas knapp gehaltenen Ausführungen zum mehrdeutigen Begriff der „Maklerklausel“ deutlich erweitert (Rdnr. 1252 ff.). Es wird nun klar differenziert, ob es sich lediglich um eine deklaratorische Klausel, die Erfüllungsübernahme durch einen Vertragsteil oder um einen Vertrag zugunsten Dritter handelt. In der Voraufgabe wurde das Problem, dass die Rechtsprechung § 878 BGB auf den Wegfall der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers (Insolvenzverwalters, Betreuers) nicht anwendet, lediglich gestreift. Jetzt finden sich hierzu klare Gestaltungsempfehlungen (Rdnr. 331, 334 und 340). Schade ist nur, dass diese nicht zugleich Eingang in das (neue) Gesamtmuster „Kauf vom Insolvenzverwalter“ (Rdnr. 2234) gefunden haben.

Eine deutliche Aufwertung hat der Themenkreis „Kauf einer Teilfläche“ erfahren. Dies betrifft vor allem die Bestellung

von Versorgungsdienstbarkeiten und die sich in diesem Zusammenhang stellenden Vollzugsprobleme (Rdnr. 762) sowie die Kaufpreisfinanzierung beim Teilflächenkauf (Rdnr. 773 ff.). Von der Möglichkeit, einem Vertragsteil bei Zweifeln über Lage und Umfang der Teilfläche ein Leistungsbestimmungsrecht einzuräumen (Rdnr. 433), wird leider noch zu selten Gebrauch gemacht. Umso zählebiger ist die unsinnige Feststellung, dass das Vertragsobjekt den Vertragsteilen „nach Lage und Umfang bekannt“ sei: Ohne ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht muss die veräußerte Teilfläche objektiv bestimmbar sein. Ist sie es nicht, führt die angeblich gegenteilige Auffassung der Beteiligten weder zu einem wirksamen Vertrag, noch rettet sie den Notar vor einer etwaigen Haftung.

Balsam auf die Seele eines inzwischen im Ruhestand befindlichen bayerischen Kollegen werden die Ausführungen zu den Kosten der Verwalterzustimmung sein (Rdnr. 960). Anders als noch in der Voraufgabe stellt *Krauβ* nunmehr unmissverständlich klar, dass das Abhängigmachen der Verwalterzustimmung von der Übernahme der dadurch entstehenden Kosten gegen § 12 Abs. 2 WEG verstößt. Zugleich weist er zutreffend darauf hin, dass sich der die Verwalterzustimmung beglaubigende Notar nicht zum Inkassobüro des Verwalters machen sollte, indem er die Genehmigung unter Zahlungsaufgabe oder gar per Nachnahme verschickt.

Vertiefte oder völlig neue Erläuterungen und Muster finden sich auch zu solchen Themenkomplexen, mit denen der Vertragsgestalter nicht ständig konfrontiert ist. Deutlich erweitert wurden beispielsweise die Ausführungen zum Mitverkauf von Agrarförderungsansprüchen (Rdnr. 459 ff.), zu Schlichtung und Schiedsvereinbarung (Rdnr. 1359 ff.) und zu allen Arten von Vorverträgen (Rdnr. 1596 ff.). Neu sind Ausführungen zur Gewerbesteuer (Rdnr. 1911 ff.), zum Übergang von Dauerschuldverhältnissen wie Arbeitsverträgen (Rdnr. 1313 ff.) und zur Einräumung rechtsgeschäftlicher Vorkaufrechte (Rdnr. 1634 ff.). Selbstverständlich nicht mehr berücksichtigt werden konnte der Beschluss des BGH vom 8.12.2008 (MittBayNot 2009, 225), wonach eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter ihrer Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden muss. Die dadurch verursachten erheblichen praktischen Probleme wurden jedoch inzwischen ohnehin durch den neuen § 899 a BGB entschärft.

Bei so viel Licht bleiben auch ein paar Schatten nicht aus. In zwei praxisrelevanten Fällen treffen die Gestaltungsempfehlungen von *Krauβ* nicht den Kern des Problems:

Im Rahmen der 14-Tage-Frist des § 17 Abs. 2 a BeurkG kommt es entgegen einer weit verbreiteten Annahme nicht darauf an, ob deren Einhaltung für den Verbraucher (beispielsweise aufgrund einer bevorstehenden Urlaubsreise) *zumutbar* ist. Die Vorschrift begründet schließlich keine Pflicht des Verbrauchers, sich vor Vertragsschluss ausreichend zu informieren oder den Entwurfstext auch nur zu lesen, sondern allein eine *Pflicht des Vertragsgestalters*, dem Verbraucher dies zu ermöglichen, was eben *in der Regel* durch die rechtzeitige Zusendung des Vertragstextes zu geschehen hat. Je kürzer die Frist zwischen Zugang des Entwurfs und Beurkundung, umso höher sind folglich die Anforderungen an den Vertragsgestalter, dennoch eine ausreichende Information des Verbrauchers zu ermöglichen. Ob der Verbraucher dann auch von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, ist unerheblich. Insbesondere muss sich der Notar nicht davon überzeugen, dass

sich der Verbraucher mit dem Inhalt des Rechtsgeschäfts ausreichend beschäftigt hat (so aber *Krauß*, Rdnr. 159). Ausführungen in der Urkunde zur Nichteinhaltung der Entwurfsfrist sind nur dann sinnvoll (aber auch ausreichend), wenn aus ihnen hervorgeht, welche besonderen Anstrengungen der Notar unternommen hat, um die durch die Verkürzung der Entwurfsfrist drohende Benachteiligung des Verbrauchers auszugleichen. Alles andere ist – mit Ausnahme der Feststellung, dass der Verbraucher ohnehin bereits über einschlägige Sachkenntnis verfügt – überflüssig.

Nicht ganz überzeugend ist auch die Behandlung der Problematik des § 1365 BGB (Rdnr. 942 ff.). Bei der Frage, ob der Verkäufer über sein (nahezu) gesamtes Vermögen verfügt, handelt es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal. Die Behauptung des Verkäufers, dies nicht zu tun, ist also wertlos, wenn sie nicht den Tatsachen entspricht. Dies wird oft unabsichtlich der Fall sein, da die Rechtsprechung bei der Definition einer einschlägigen Verfügung häufig zu anderen Ergebnissen kommt als der Laie. Ein besseres Ausschlusskriterium für die Anwendbarkeit des § 1365 BGB ist dessen subjektive Komponente: Nach herrschender Meinung entfällt das Zustimmungserfordernis, wenn der Erwerber zumindest keine grob fahrlässige Unkenntnis von der Erfüllung des objektiven Tatbestandes hat. Kommt in Zweifelsfällen die vorzugswürdige Mitwirkung des Ehegatten des Verkäufers nicht in Betracht, empfiehlt sich eine Versicherung des Käufers in der Urkunde, wonach ihm die Vermögensverhältnisse des Verkäufers nicht bekannt sind und auch nicht Gegenstand der Vertragsverhandlungen waren. Ob dies sachlich zutrifft, wird in der Regel auch der Laie beurteilen können.

Diese einzelnen Kritikpunkte sollen aber nicht darüber hinwegtäuschen, was das besprochene Werk aus der Masse vergleichbarer Publikationen heraushebt: *Krauß* wagt sich auch an Themen und Formulierungsvorschläge, die von anderen Autoren lediglich gestreift oder in akademischer Hinsicht abgehandelt werden. Dass er damit gelegentlich Neuland betritt und auch Widerspruch provoziert, ist unvermeidlich. Kein Formularbuch erspart die ständige Neudefinition des eigenen Standpunktes und der eigenen Ansprüche an die Vertragsgestaltung.

Sind wir ehrlich: Textmuster sind ein süßes Gift. Sie erleichtern uns die tägliche Arbeit und geben Sicherheit. Unkritisch verwendet verfestigen sie aber überkommene Strukturen und fördern letztlich die Denkfaulheit. Anhand einiger Beispiele, die zwar dem Buch von *Krauß* entnommen, aber durchaus auch selbstkritisch gemeint sind, möchte ich das verdeutlichen:

Die ausdrückliche Bezugnahme auf gesetzliche Vorschriften sollte, wenn möglich, in einem Vertragstext unterbleiben. Kaum ein Beteiligter wird das Bürgerliche Gesetzbuch oder die Grundbuchordnung bei sich führen. Möchte man sich aus Gründen der Klarheit auf eine konkrete Norm beziehen, sollte deren Inhalt nach Möglichkeit juristisch exakt und zugleich allgemeinverständlich umschrieben werden. Nach meiner Erfahrung ist aber auch das meist überflüssig, da es der beabsichtigten Klarstellung gar nicht bedarf. Ein Beispiel ist die auch bei *Krauß* routinemäßig eingesetzte Formulierung, dass in der Urkunde enthaltene Vollmachten „unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt“ sind. In vielen Fällen – Beispiel Auflassungsvollmacht an den anderen Vertragsteil – kann nämlich von der Vollmacht gar kein Gebrauch gemacht werden, ohne zugleich gegen § 181 BGB zu verstoßen. Die entsprechende Befreiung ist der Vollmacht bereits immanent und daher überflüssig. Jede diesbezügliche „Klarstellung“ hindert nur den Blick auf das Wesentliche – in diesem Fall die weit weniger augenfälligen und damit haftungsträchtigen § 181 BGB-Konstellationen.

Beliebt ist auch die Feststellung, dass es sich bei der zugunsten des Käufers bewilligten Eigentumsvormerkung um eine solche „nach § 883 BGB“ handle. Wohl wahr: Eine solche nach § 1179 BGB wird nicht gemeint sein. Derartige Selbstverständlichkeiten entspringen häufig nur dem Wunsch, die Bedeutung der eigenen Profession künstlich zu überhöhen, und können ein Hinweis auf die Unsicherheit ihres Verwenders bei echten Problemfällen sein.

Andere, jedem Notar ebenso vertraute Formulierungen, sind oft nicht frei von Redundanzen. Im Zusammenhang mit Vollmachten oder Vollzugsaufträgen liest man häufig, dass der Adressat aufgrund dessen alle Erklärungen abgeben kann, die zum Erreichen eines bestimmten Zieles „erforderlich oder zweckdienlich“ sind. Natürlich ist aber jede Handlung, die zum Erreichen eines bestimmten Zwecks *erforderlich* ist, diesem Zweck auch *dienlich*.

Um nicht falsch verstanden zu werden: Anders als bei Traueranzeigen, wo der liebe Verstorbene stets plötzlich *und* unerwartet ins Jenseits eingegangen ist, geht es hier nicht allein um eine ästhetische Frage. Jede überflüssige oder unnötig verklausulierte Formulierung verwässert die eigentliche Aussage und erschwert das Verständnis des Vertragstextes. Mehr noch: Sie wirft ein ungünstiges Licht auf den Verfasser, denn um es mit *Stefan Gärtner* zu sagen: „Die Sprache verpetzt unser Denken.“

Notar *Bertrand Koller*, Prien a. Chiemsee

Hausmann/Hohloch (Hrsg.): Handbuch des Erbrechts. E. Schmidt, 2008. 2 096 S., 148 €

Dieses „interdisziplinärjuristische“ von insgesamt 28 Autoren, darunter vor allem Professoren, Rechtsanwälte und Notare, verfasste Handbuch aus der Reihe der Berliner Handbücher ist als umfassender theoretischer sowie praxisorientierter Überblick über das Erbrecht und alle Rechtsfragen gedacht, die sich im Zusammenhang mit der Gestaltung der Rechtsnachfolge von Todes wegen und bei der Abwicklung bereits eingetretener Erbfälle stellen.

Das Handbuch ist in sieben Teile gegliedert, die wiederum in insgesamt 28 Kapitel unterteilt sind. Im Wesentlichen handelt

es sich um gelungene, gut strukturierte und schnell erfassbare Darstellungen der behandelten Materie.

Zu Beginn des Handbuchs werden im 1. Teil die Grundlagen des Erbrechts, einschließlich des Verfassungsrechts, dargestellt. Nach der Behandlung der gesetzlichen Erbfolge sowie des Pflichtteilsrechts im 2. Teil folgt der Schwerpunkt des Handbuchs im 3. Teil zur gewillkürten Erbfolge auf rund 600 Seiten. Hier wird zunächst auf die Testierfähigkeit sowie das Kriterium der persönlichen Errichtung eingegangen. Anschließend werden in drei Kapiteln die unterschiedlichen Gestaltungsmittel – Testament, gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag – ausführlich dargestellt. Ferner wird auf Fragen der Wirksamkeit, Auslegung und Anfechtung von Verfü-

gungen von Todes wegen eingegangen. Die wesentlichen Inhalte werden in vier weiteren Kapiteln aufgezeigt zu den Themen Erbeinsetzung, Vermächtnis, Auflage und Vor- und Nacherbfolge.

Die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten beim gemeinschaftlichen Testament werden auf den Seiten 598 ff. anhand von Modellen (Berliner Modell, Nießbrauchsmodell, Trennungmodell, Geschiedenenmodell und Behindertenmodell) dargestellt. Dabei wird auch auf die unterschiedlichen Wiederverheiratungs- und Pflichtteils klauseln eingegangen. Positiv zu erwähnen sind hierbei die grafischen Übersichten zur Verdeutlichung der Unterschiede der verschiedenen Modelle sowie zur Auswirkung auf Pflichtteilsansprüche.

Die Erläuterungen zu den einzelnen Themen sind naturgemäß knapp und komprimiert, jedoch durchaus ausreichend und beinhalten alle wichtigen Informationen. Auf den Seiten 620 ff. wird beispielsweise beim Geschiedenenmodell zunächst zwischen der Zielsetzung des Ausschlusses erstehelicher Kinder und der Zielsetzung des Ausschlusses des Ex-Ehepartners unterschieden. Zu ersterer wird die Vor- und Nacherbschaft empfohlen, jedoch nicht ohne auf die damit verbundenen Probleme einzugehen. Ferner findet sich hier auch der nützliche Hinweis, die Beteiligten vor Zuwendungen zu Lebzeiten oder auf den Todesfall, wie z. B. Lebensversicherungen mit auf den Tod festgelegtem Bezugsrecht, zu warnen, da diese letztlich die im Testament getroffenen Verfügungen unterlaufen können. Hinsichtlich der Zielsetzung des Ausschlusses des Ex-Ehepartners werden kurz und prägnant die Erbschafts lösung (Vor- und Nacherbfolge) sowie die Vermächtnislösung und deren jeweilige Vor- und Nachteile dargestellt.

Der 4. Teil des Handbuchs widmet sich den Rechtsgeschäften unter Lebenden mit erbrechtlichem Bezug (Erb- und Pflichtteilsverzicht, Erbschafts Kauf, Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall, trans- und postmortale Vollmachten). Besonders der 3. und 4. Teil enthalten viele praktische Hinweise, Formulierungshilfen und Mustertexte zur Abfassung von Erbverträgen, Testamenten und Rechtsgeschäften auf den Todesfall, die aufgrund des Umfangs des behandelten Stoffes in der erforderlichen Knappheit gehalten werden. Zu den einzelnen behandelten Themen scheinen jedoch sämtliche relevanten Punkte zumindest kurz angeführt zu sein. So wird z. B. beim gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht auf Seite 1171 auch auf die Problematik hingewiesen, dass dieser zwischen Veräußerer und Pflichtteilsberechtigtem einvernehmlich nach § 2351 BGB wieder aufgehoben werden kann, und ein Schutz des Erwerbers insoweit nur durch eine Vereinbarung nach § 311 b Abs. 5 BGB gewährleistet werden kann, wobei die hierbei zu beachtenden Besonderheiten ebenfalls treffend dargestellt werden.

Auch wird jeweils auf die steuerrechtlichen Auswirkungen eingegangen. So wird etwa auf Seite 1172 zur Gestaltung einer Stundungsvereinbarung mit dem Pflichtteilsberechtigten als Mittel, um bei einer gegenseitigen Ehegattenerbeinsetzung den überlebenden Ehegatten vor den mit einer Pflichtteilsauszahlung verbundenen finanziellen Belastungen zu schützen, kurz und prägnant alles Wesentliche dargestellt und auch auf die steuerliche Problematik der Abzinsungs-

rechtsprechung des BFH eingegangen, nach der die Forderung bei mehr als einjähriger Stundung gemäß § 12 Abs. 3 BewG in einen Kapital- und einen Zinsanteil aufgeteilt wird, was zu einer erheblichen Steuerbelastung führen kann, wobei der einkommensteuerpflichtige Zinsanteil umso größer wird, je länger der Zeitraum der Stundung dauert.

Im 5. Teil des Handbuchs werden die Erbauseinandersetzung zwischen Miterben einschließlich der Erbenhaftung für Nachlassverbindlichkeiten, die Sicherung des Nachlasses sowie die Verwaltung des Nachlasses, insbesondere durch Testamentsvollstreckung, behandelt. Hilfreich ist hierbei eine Tabelle zur Vergütung des Testamentsvollstreckers. Der 6. Teil befasst sich mit erbrechtlichen Sonderproblemen, wie Fragen der Unternehmensnachfolge in Kapital- und Personengesellschaften, des Stiftungsrechts und des landwirtschaftlichen Erbrechts. Das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht wird im 7. Teil dargestellt, wobei insbesondere auch auf die Auswirkungen der unterschiedlichen Gestaltungen der Erbfolge eingegangen sowie das internationale und europäische Erbschaftsteuerrecht behandelt wird. Ein ergiebiges Sachregister rundet das Werk ab.

Im gesamten Handbuch ist die jeweils maßgebliche höchst richterliche Rechtsprechung eingearbeitet, insbesondere auch die Grundsatzentscheidung des BVerfG zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des ehemals geltenden Erbschaftsteuerrechts und seiner Bewertungsregelung. Naturgemäß konnte aufgrund des Erscheinungstermins nicht die Reform des Erbschaftsteuerrechts in seiner endgültigen Ausprägung, sondern nur deren Eckpunkte berücksichtigt werden. Darüber hinaus werden die wesentlichen Inhalte der geplanten Reformen des materiellen Erb- und Pflichtteilsrechts sowie des Nachlassverfahrensrechts dargestellt.

Das Handbuch richtet sich in erster Linie an Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater. Aufgrund der umfassenden Behandlung des Erbrechts werden die vorgeschlagenen Mustertexte in der erforderlichen Kürze gehalten. Erfreulich wäre hier allerdings eine noch bessere Hervorhebung der Formulierungsvorschläge. Lediglich im 4. Teil gibt es ein eigenes Unterkapital „Formulierungsvorschläge“, in welchem Muster zu § 311 b Abs. 4 und 5 BGB angeboten werden.

Der Schwerpunkt des Handbuchs liegt auf einer übersichtlichen, lehrbuchartigen Darstellung der jeweiligen Rechtsbereiche. Dies erlaubt sowohl einen schnellen Überblick über einzelne Rechtsfragen als auch die systematische Erschließung eines gesamten Rechtsbereichs. Die Darstellung ist zwar komprimiert, trotz der großen Stofffülle des Handbuchs jedoch auch oft erstaunlich ausführlich. Umfangreiche Literaturhinweise zu Beginn jedes Kapitels ermöglichen die Erarbeitung weiterer Details.

Dem vertragsgestaltenden Notar mag das Handbuch zum Erkennen der Rechtslage und als Nachschlagewerk dienen. Hierfür ist das Buch empfehlenswert. Für die Vertrags- und Urkundengestaltung, insbesondere Formulierungsvorschläge, empfiehlt sich hingegen der Rückgriff auf andere Werke.

Notarassessorin *Veronika Grömer*, Würzburg

Zimmermann: Die Testamentsvollstreckung. 3., überarb. Aufl., ESV, 2008. 606 S., 98 €

Das Werk von *Zimmermann* zeichnet sich durch seine Über-sichtlichkeit als Nachschlagewerk für alle diejenigen aus, die überlegen, eine Testamentsvollstreckung anzuordnen sowie für alle diejenigen, die mit dem Amt des Testamentsvollstreckers betraut sind. Davon abgesehen ist das Handbuch jedoch auch für den Gestalter letztwilliger Verfügungen zu empfehlen, da es eine Vielzahl von Gestaltungshinweisen enthält: So spricht *Zimmermann* etwa die Frage einer Vollmacht über den Tod hinaus an: Einerseits anstelle der Testamentsvollstreckung und andererseits in der Form der zusätzlichen Stärkung des Testamentsvollstreckers für den Zeitraum ab dem Erbfall bis zur Annahme des Testamentsvollstreckeramtes und der Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses.

Die Aussage *Zimmermanns*, dass die Vollmacht außerhalb des Testaments auf einem gesonderten Blatt Papier erteilt werden soll (Rdnr. 5, S. 57), wird relativiert durch den Hinweis an späterer Stelle (Rdnr. 8, S. 58), dass eine handschriftlich oder maschinenschriftlich erteilte Vollmacht für Grundstücksgeschäfte wegen § 29 GBO nicht ausreichend ist; dazu müsste man wegen § 12 HGB ergänzen, dass dies ebenso für Anmeldungen zum Handelsregister gilt. Dieser Umstand sowie die oftmals fehlende Akzeptanz von Banken mangels Prüfung der Unterschrift durch die Bank sollte letztlich in die Empfehlung münden, die Unterschrift des Vollmachtgebers beglaubigen oder die Vollmacht selbst beurkunden zu lassen (Rdnr. 13, S. 61).

Wegen der Widerruflichkeit einer postmortalen Generalvollmacht ist eine derartige Vollmacht als Ersatz für die Testamentsvollstreckung nicht geeignet; als unwiderrufliche Spezialvollmacht, etwa eine Verbindlichkeit oder ein ausgesetztes Vermächtnis zu erfüllen, kann sie jedoch als alternatives Gestaltungsmittel in Frage kommen.

Die Frage, inwiefern die Urkundstätigkeit des Notars seiner eigenen Ernennung entgegensteht, behandelt *Zimmermann* unter Rdnr. 94, S. 118: Zu Recht lehnt er in diesem Zusammenhang ab, dass in der vom Notar beurkundeten Testamentsverfügung diesem das Bestimmungsrecht nach § 2198 BGB übertragen werden kann. *Zimmermann* verweist insofern auf die Gestaltungsmöglichkeit, dass der Erblasser in einem privatschriftlichen Ergänzungstestament den beurkundenden Notar zum Testamentsvollstrecker ernannt, macht zwar zu Recht darauf aufmerksam, dass jegliche Verknüpfung mit dem ursprünglichen notariellen Testament schädlich sein kann, führt allerdings leider nicht näher aus, worin diese liegen kann.

Im Rahmen des § 2210 Satz 2 BGB vertritt *Zimmermann* die Auffassung, dass die Verlängerung der 30-jährigen Frist des § 2210 Satz 1 BGB nur für den ersten Testamentsvollstrecker gilt, es sei denn, dass der Erblasser eine bereits lebende Person noch selbst namentlich zum Ersatzvollstrecker bestimmt hat (Rdnr. 25, S. 74). Der BGH (MittBayNot 2008, 301) hat den Literaturstreit mittlerweile dahingehend entschieden, dass die Dauertestamentsvollstreckung mit dem Tode des letzten Testamentsvollstreckers endet, der innerhalb von 30 Jahren seit dem Erbfall zum Testamentsvollstrecker ernannt wurde.

Zur Vermeidung der von *Zimmermann* besprochenen Fälle der Anfechtung und Auslegung (Rdnr. 32, S. 78 ff.) empfiehlt es sich in den Situationen, in denen man den Grund für die Testamentsvollstreckung angeben will, zugleich klarzustellen, ob eine spätere Änderung der Sachlage zum Wegfall der Testamentsvollstreckung führt oder nicht.

In Rdnr. 37, S. 82 befasst sich *Zimmermann* mit dem in der Praxis wichtigen Schutz vor Eigengläubigern des Erben durch Anordnung einer (Dauer-)Testamentsvollstreckung und Nacherbschaft; er enthält sich dabei einer eigenen Meinung darüber, ob die Schutzwirkung der Dauertestamentsvollstreckung die Reinerträge in Folge einer entsprechenden Anordnung des Erblasser miterfasst (so OLG Bremen, FamRZ 1984, 213; *Tersteegen*, ZEV 2008, 121).

In Rdnr. 41, S. 85 schlägt sich *Zimmermann* m. E. zutreffend auf die Seite derer, die dem Alleinerben die Veräußerung seiner Erbschaft erlauben, da ein triftiger Grund für eine Differenzierung zwischen dem Miterben und dem Alleinerben sich nicht finden lässt; § 2033 BGB, aus dem der Umkehrschluss gezogen wird, ist insofern m. E. teleologisch zu reduzieren.

In Rdnr. 57, S. 94 vertritt *Zimmermann* die m. E. richtige Mindermeinung, wonach dem Alleinerben nicht das Recht eingeräumt werden kann, einen Testamentsvollstrecker zu bestimmen (a. A. RGZ 92, 68, 72). Vielmehr ist § 2198 Abs. 1 BGB dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass derjenige, zu dessen Lasten die Testamentsvollstreckung angeordnet worden ist, kein berechtigter Dritter im Sinne dieser Vorschrift ist. Die in Rdnr. 59, S. 95 geäußerte Ansicht, dass das Bestimmungsrecht dem Dritten dieselben Rechte gibt, die der Erblasser bei Anordnung der Testamentserfüllung gehabt hätte, ist nach meinem Dafürhalten zu weitgehend, da diese Vorschrift nur die Auswahl der Person betrifft, nicht allerdings die Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung. Zweifelhaft ist auch die Ansicht, dass der Dritte sich selber vorschlagen darf (Rdnr. 60, S. 95). Gesichert ist, dass der beurkundende Notar sich nach dem Sinn der §§ 7, 27 BeurkG nicht selbst benennen darf. Ob das Bestimmungsrecht des Dritten wieder auflebt, etwa wenn der Benannte die Annahme des Amtes ablehnt oder später geisteskrank wird und entlassen wird, ist streitig (Rdnr. 60, S. 96); m. E. ist dies dann eine Frage der Auslegung, die allerdings vom Vertragsgestalter nicht offen gelassen werden sollte. *Zimmermann* (Rdnr. 74, S. 113) schließt sich der herrschenden Meinung (*Staudinger/Reimann*, BGB, 12. Aufl., § 2199 Rdnr. 10) an, wonach die Nachfolgeernennung nach § 2199 Abs. 2 BGB vom Testamentsvollstrecker auch dann noch vorgenommen werden kann, wenn dessen Amt bereits erloschen ist, mit der Begründung, dass insoweit eine Nachwirkung des Amtes vorliegt. Diesen Rechtsgedanken verwirft die Rechtsprechung in dem Fall, dass das Amt des einzigen Geschäftsführers einer GmbH, etwa durch Niederlegung, erloschen ist, so dass dieser das Erlöschen nicht mehr selber zum Handelsregister anmelden kann.

Um die vielfältigen Auslegungsschwierigkeiten im Zusammenhang eines stillschweigenden Ersuchens an das Nachlassgericht, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen (§ 2200 BGB) – vgl. hierzu Rdnr. 77, S. 105 –, zu vermeiden, ist es ratsam, in der Testamentsverfügung klarzustellen, ob ein derartiges Ersuchen gestellt wird oder nicht.

Angesichts vieler überschuldeter Haushalte könnte der Vertragsgestalter an den in der Praxis aus meiner Sicht heraus wenig angewandten § 2338 BGB denken, wonach der Pflichtteil in guter Absicht unter anderem durch Dauertestamentsvollstreckung beschränkt werden kann (zur Sozialhilfefestigkeit dieser Gestaltung vgl. *Tersteegen*, ZEV 2008, 121).

Zimmermann (Rdnr. 160, S. 156) schließt sich unter Verweis auf § 2223 BGB zu Recht der herrschenden Meinung an, dass Testamentsvollstreckung zum Vollzug eines Nachvermögens möglichst ist (so auch BGH, NJW 2001, 520; a. A. *Damrau/Mayer*, ZEV 2001, 293).

Im Rahmen der Nacherbenvollstreckung folgt *Zimmermann* der herrschenden Meinung, wonach der alleinige Vorerbe nicht zum alleinigen Testamentsvollstrecker für den Nacherben ernannt werden kann, weil er nicht die Rechte des Nacherben gegen sich ausüben kann (Rdnr. 173, S. 161). Zu Recht lehnt er die Auffassung des BGH (BGH, NJW 1995, 456 = BGHZ 127, 360) ab, der es zulässt, dass dieselbe Person zum Testamentsvollstrecker zulasten des Vorerben und als Nacherbenvollstrecker eingesetzt werden kann, da insofern ein Interessensgegensatz besteht und In-Sich-Geschäfte vorgenommen werden. Für die Zulässigkeit dieser gleichzeitigen Rolle spricht wohl, dass auch der Testamentsvollstrecker von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden kann und dass der Nacherbenvollstrecker lediglich die Rechte wahrnimmt, die der Nacherbe hat, bevor die Erbschaft an den Nacherben gefallen ist; allerdings sollen diese Rechte ja gerade sicherstellen, dass die Erbschaft bis zum Anfall der Nacherbschaft noch werthaltig ist (Rdnr. 173, S. 162).

Ein Vorzug von *Zimmermann* liegt darin, dass er viele Fragen sehr differenziert und damit der konkreten Sache angemessen zu beantworten sucht. So etwa schließt er sich grundsätzlich der herrschenden Meinung an, wonach dem Erben kein Antragsrecht auf ein Testamentsvollstreckerzeugnis zukommt, macht allerdings für den Fall eine Ausnahme, wo es etwa infolge einer unklaren testamentarischen Anordnung zweifelhaft ist, wer Testamentsvollstrecker geworden ist, mit dem Hinweis, dass ansonsten die Klärung im Zivilprozess herbeigeführt werden müsste (Rdnr. 253, S. 214). Auch wird die große Praxiserfahrung von *Zimmermann* immer wieder spürbar, etwa, indem er darauf aufmerksam macht, dass oftmals die Vorschrift des § 2306 BGB übersehen wird (Rdnr. 260, S. 218), und indem er teilweise auch Musterformulierungen zur Verfügung stellt (so z. B. für Rechnungslegung über die Verwaltung des Nachlasses, Rdnr. 321, S. 257, und für das Nachlassverzeichnis Rdnr. 355, S. 275 f.).

Zimmermann behandelt auch entlegene Fragen im Zusammenhang mit der Testamentsvollstreckung, so etwa die Frage, wer bei Sachversicherungen als Versicherungsnehmer anzusehen ist (Rdnr. 431, S. 327), was mit der Mitgliedschaft in einem Verein passiert (Rdnr. 433, S. 328) und ob der Testamentsvollstrecker zur Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 2034 Abs. 1 BGB berechtigt ist (Rdnr. 405, S. 307).

In der notariellen Praxis des Grundstückskaufvertrages ist es misslich, dass die Rechtsprechung (BayOLG, MittBayNot

1975, 228, OLG Celle, NJW 1953, 945) § 878 BGB für den Fall, dass der Testamentsvollstrecker nach seiner Verfügungserklärung, insbesondere der Erklärung der Auflassung, wegfällt, nicht entsprechend anwenden will; zur Sicherstellung des Käufers ist die Hinterlegung des Kaufpreises auf das ansonsten nicht mehr sehr „geliebte“ Notaranderkonto zu empfehlen. Insoweit wäre es wünschenswert, wenn die von *Palandt/Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 878 Rdnr. 11 vertretene, praxistaugliche Gegenmeinung zum Durchbruch käme.

Zimmermann scheut auch dogmatische Auseinandersetzungen nicht, so beispielsweise (Rdnr. 442, S. 333) zu der Frage, wie die Freigabe nach § 2217 Abs. 1 Satz 2 BGB dogmatisch zu verstehen ist. Für die notarielle Praxis ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, dass die Freigabeerklärung, wenn sie sich auf Grundstücke bezieht, der Form des § 29 GBO bedarf; für den Fall, dass der Testamentsvollstrecker zugleich Notar ist, kann er diese öffentliche Beglaubigung nicht durch eine notarielle Eigenurkunde ersetzen (Rdnr. 443, S. 334 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, Rpfleger 1989, 58).

Die Anforderung *Zimmermanns* (Rdnr. 690, S. 479), dass für die Festlegung der Vergütung die Bezugnahme im Testament auf Tabellen wie etwa die neue Rheinische Tabelle nicht ausreichend sei, halte ich für völlig unpraktikabel und auch nicht für sachlich richtig, da der Andeutungstheorie des BGH widersprechend. Um Streitigkeiten in diesem Bereich zu vermeiden, ist der Empfehlung *Zimmermanns* (Rdnr. 694, S. 481) zu folgen, wonach der Erblasser auch die Vergütung des Testamentsvollstreckers regeln soll. Bei Fehlen einer solchen gilt die gesetzliche Regelung, dass der Testamentsvollstrecker eine angemessene Vergütung verlangen kann (§ 2221 BGB). Anzustreben ist dann eine Vergütungsvereinbarung des Testamentsvollstreckers mit den Erben, um einen späteren Streit hierüber aus dem Weg zu gehen (Rdnr. 697, S. 486). Im Übrigen sind die Fragen nach der angemessenen Vergütung sehr komplex, was die Zusammenstellung bei *Zimmermann* deutlich werden lässt. *Zimmermann* spart dabei nicht mit Kritik an der neuen Rheinischen Tabelle, die vom deutschen Notarverein im Jahre 2000 vorgeschlagen wurde (Rdnr. 703, S. 493).

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Buch jedem, der mit Fragen der Testamentsvollstreckung befasst ist, uneingeschränkt empfohlen werden kann.

Notar Dr. Georg Westermeier, München

Müther: Das Handelsregister in der Praxis. 2. Aufl., DAV, 2007. 398 S., 59 €

Von Dr. Peter-Hendrik Müther, Richter am KG, ist in der Reihe AnwaltsPraxis in 2. Auflage das Praxishandbuch „Das Handelsregister in der Praxis“ erschienen. Ausweislich des Vorwortes des Verfassers ist in der „Absicht, ein für die Praxis geeignetes handliches Nachschlagewerk zu erstellen“, bewusst auf die Aufnahme von Formularen und Formulierungsbeispielen verzichtet worden. Das Ziel der Erstellung eines übersichtlichen Handbuchs darf, soviel sei vorangestellt, insbesondere durch die Darstellung einer Vielzahl praxisrelevanter Fragestellungen unter Anführung entscheidungsrelevanter, auch untergerichtlicher Gerichtsentscheidungen durchaus als gelungen bezeichnet werden, wenngleich der

völlige Verzicht auf Musterformulare und Formulierungsbeispiele die Einsatzmöglichkeiten des Werkes in der notariellen Praxis reduziert und sich ggf. die Anschaffung eines weiteren Werkes empfiehlt.

Das zum 1.1.2007 in Kraft getretene EHUG ist umgesetzt, wohingegen das erst nach Erscheinen in Kraft getretene MoMiG bzw. erst nach Erscheinen beschlossene FamFG naturgemäß nur in Ansätzen berücksichtigt werden konnten und im Wesentlichen nur ein vierseitiger Abriss der wesentlichen Änderungen gegeben wird. Mitsamt einem weiteren Überblick, der insbesondere allgemeine Fragestellungen im Zusammenhang mit Anmeldungen zum Handelsregister wie Stellvertretung und Formfragen erläutert, schließt das erste, auch mit „Grundlagen“ überschriebene Kapitel. Im Folgenden

werden die GmbH, deren auch nach Einschätzung von *Müther* „im Registerrecht (...) überragende Rolle“ die im Handbuch ausführlichste Darstellung rechtfertigt, und die AG im Handelsregisterrecht näher beleuchtet, gefolgt von Darstellungen zu OHG sowie KG mitsamt Kapitalgesellschaft & Co. KG. Es schließt sich ein mit „Weitere Eintragungsgegenstände“ überschriebenes Kapitel an, das sich mit Rechtsfragen von Einzelkaufmann, Prokura, Unternehmensverträge, Zweigniederlassung und Partnerschaftsgesellschaft befasst, ehe schließlich das Zwangs- und Ordnungsgeldverfahren, Eintragungen von Amts wegen sowie Rechtsbehelfe und Rechtsmittel das Praxishandbuch abschließen.

Die Ausführungen zeichnen sich durch hohe Aktualität und ausführliche Angaben von Fundstellen hierzu veröffentlichter Rechtsprechung aus. Zudem findet sich am Ende vieler Darstellungen eine Checkliste zur Überprüfung, ob alle erforderlichen Voraussetzungen zur Anmeldung und Eintragung der gewünschten Tatsache vorliegen, ferner stets knappe Erläuterungen zu den Gerichts- und Notarkosten.

Im Zusammenhang mit der Behandlung der GmbH (§ 6 Rdnr. 28) stellt *Müther* beispielsweise die (ablehnende) oberlandesgerichtliche Rechtsprechung zur Eintragungsfähigkeit nicht aussprechbarer Buchstabenkombinationen ohne Verkehrsgeltung als Firma dar, weist jedoch darauf hin, dass vor dem Hintergrund einer neueren Entscheidung des BGH zur Unterscheidungskraft eine Änderung der Rechtsprechung nahe liegend erscheine. Mittlerweile hat der BGH auf Vorlage des OLG Hamm gemäß § 28 Abs. 2 FGG die Streitfrage (überzeugend) dahingehend entschieden, dass eine Buchstabenkombination firmenrechtlich den Anforderungen der §§ 17 Abs. 1, 18 HGB genügt, wenn sie im Rechts- und Wirtschaftsverkehr zur Identifikation der dahinter stehenden Gesellschaft ohne Schwierigkeiten akzeptiert werden kann, wofür wiederum die Aussprechbarkeit der Firma im Sinne der Artikulierbarkeit hinreicht (vgl. BGH, MittBayNot 2009, 160 [LS]).

Als zu verallgemeinernd erscheint jedoch die Ansicht von *Müther* in § 6 Rdnr. 32, wonach es im Hinblick auf § 30 HGB unzulässig sei, wenn eine Gesellschaft vor Ablauf einer Sperrfrist von sechs Monaten die Firma einer bereits einmal im

gleichen Register eingetragenen Firma übernehme: Hier ist vielmehr, wie sich im Übrigen auch dem von *Müther* zitierten Urteil des OLG Hamburg entnehmen lässt, eine Einzelfallbetrachtung insbesondere vor dem Hintergrund möglicher Missbrauchs- und Irreführungsgefahren angezeigt.

Die synonyme Verwendbarkeit der Begriffe Alleinvertretungsbefugnis und Einzelvertretungsbefugnis, durch den BGH bestätigt in seinem Urteil vom 19.3.2007, DNotZ 2007, 861, ist ebenfalls bereits berücksichtigt (§ 6 Rdnr. 79 Fn. 149) und bestätigt die durchgehende Auswertung und Berücksichtigung der Rechtsprechung. Hingegen ist als kleine Ungenauigkeit in § 9 Rdnr. 43 noch von der im Zusammenhang mit dem EHUG entfallenen Namenszeichnung die Rede.

Zu pauschal wird schließlich in § 6 Rdnr. 149 ausgeführt, die Erstellung einer Satzungsneufassung mit der Bescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sei bei Beurkundung auch des satzungsändernden Beschlusses durch den Notar ein gebührenfreies Nebengeschäft nach §§ 35, 47 KostO. Zumindest bei Zusammenstellen der Änderungen durch den Notar wird hierzu mit guten Gründen eine beachtliche (und zutreffende) Gegenansicht vertreten (vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rdnr. 1152).

Im Vergleich zu anderen Darstellungen, etwa dem mittlerweile in 7. Auflage erschienenen Registerrecht von *Krafka/Willer*, fällt neben dem bereits erwähnten Verzicht auf Formulierungsmuster insbesondere die Nichtbehandlung von Vereinsregister sowie der eingetragenen Genossenschaft auf, was der Vollständigkeit des Praxishandbuchs angesichts der sich gerade in der notariellen Praxis immer wieder stellenden Fragestellungen in diesen Bereichen etwas entgegensteht. Insgesamt handelt es sich um ein sehr gut lesbares und gegliedertes, an der Praxis orientiertes Kurzhandbuch zum Registerrecht, das zweifelsfrei jede Bibliothek zu bereichern und ergänzen vermag. In Anbetracht der weitgreifenden Änderungen durch das MoMiG und der vorstehend erwähnten Defizite dürfte es aber in den wenigsten Fällen als einziges Nachschlagemittel ausreichend sein.

Notarassessor Dr. *Ingmar Wolf*, München

Heckschen: Das MoMiG in der notariellen Praxis. Beck, 2009. 425 S., 58 € + CD-ROM

Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist seit nunmehr über einem halben Jahr in Kraft. In dieser Zeit sind zahlreiche neue Werke veröffentlicht worden, die den gesellschaftsrechtlichen Beratern Hilfestellungen im Hinblick auf die größte Reform in der Geschichte der GmbH geben wollen. Aus Sicht der notariellen Praxis ragt aus dieser Vielzahl von Veröffentlichungen zweifelsohne das hier zu besprechende 425 Seiten starke Werk des Kollegen *Heckschen* heraus. Im Gegensatz zu anderen Veröffentlichungen geht es nämlich speziell auf die Bedürfnisse der notariellen Praxis ein. Neben einer umfassenden Darstellung der Veränderungen durch das MoMiG liefert es zahlreiche Checklisten sowie Muster und Formulierungsbeispiele, die allesamt auf der beigelegten CD-ROM enthalten sind und so unproblematisch in die bestehenden Muster eingearbeitet werden können.

Der Aufbau des Werkes orientiert sich in sinnvoller Weise an den durch das MoMiG veränderten Bereichen des GmbH-Rechts. Nach einer kurzen Darstellung von Geschichte und Zielen des MoMiG (Teil A.) sowie einem hilfreichen Kurzüberblick über die wesentlichsten Änderungen (Teil B.) stellt *Heckschen* zunächst die verschiedenen Gründungsverfahren nach neuem Recht vor (Teil C.). Wie auch in den weiteren Kapiteln des Buches beschreibt der Autor zunächst die Ausgangslage vor Inkrafttreten des MoMiG, um anschließend die Neuregelung zu besprechen. Diese Vorgehensweise erleichtert das Verständnis für die Veränderungen ungemein.

Den Darstellungen über die Gründungsphase folgt ein Kapitel zu den Geschäftsanteilen (Teil D.), in dem insbesondere auch die Fragen rund um die notariell bescheinigte Gesellschafterliste thematisiert werden. Die weiteren Teile des Buches beschäftigen sich mit der Kapitalerhöhung (Teil E.), den Neuregelungen zur Kapitalerhaltung (Teil F.), den Grundzügen des neuen Eigenkapitalersatzrechts (Teil G.), den Neurege-

lungen betreffend die Geschäftsführer (Teil H.) sowie dem Thema Zustellung und Zustellungserleichterungen (Teil I.). Abgerundet wird das Werk durch einen Überblick über die Änderungen im Recht der Aktiengesellschaften (Teil J.). Als hilfreich erweist sich auch der Anhang, der neben einer Synopse des GmbH-Gesetzes vor und nach dem MoMiG auch den Gesetzestext der Musterprotokolle, das GmbHG-Einführungsgesetz sowie Synopsen der InsO, des EGIInsO und der KostO enthält.

Inhaltlich ist zu konstatieren, dass *Heckschen* alle wesentlichen, derzeit teilweise lebhaft diskutierten Fragestellungen rund um das MoMiG anspricht. Darüber hinaus beschäftigt sich der Autor auch mit bislang wenig beachteten Problemkreisen, wie z. B. der verfassungsrechtlich höchst problematischen Rückwirkung der Neuregelung zu verdeckten Sacheinlagen (Rdnr. 98 ff.). Ausführlich widmet sich *Heckschen* ferner den umstrittenen Fragen rund um die Neuregelung der Gesellschafterliste. Angesichts der Vielzahl denkbarer Fehlerquellen und damit verbundener Haftungsgefahren erweisen sich die diesbezüglichen Hinweise für das praktische Vorgehen (siehe insbesondere Rdnr. 538) als außerordentlich hilfreich. Auch das derzeit besonders kontrovers diskutierte Problem, wie der Erwerber bei einer aufschiebend bedingten Abtretung des Geschäftsanteils vor Zwischenverfügungen des Veräußerers zu schützen ist, spricht *Heckschen* an. In dem in Rdnr. 595 enthaltenen Muster einer Geschäftsanteilsabtretung wählt er hierfür die sog. „Widerspruchslösung“, die als einer von verschiedenen Lösungsansätzen derzeit in der Diskussion ist (siehe hierzu weiterführend z. B. *Weigl*, MittBayNot 2009, 116; *Mayer/Weiler*, Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., Teil D I, Rdnr. 141 g).

Den von *Heckschen* zu strittigen Fragen vertretenen Meinungen ist im Übrigen in weiten Teilen zuzustimmen. Beispielhaft erwähnt sei hier die in Rdnr. 138 vertretene Ansicht, die Offenlegung eines Hin- und Herzählens i. S. v. § 19 Abs. 5 GmbHG sei Voraussetzung für die damit verbundene Erfüllungswirkung. Diese Auffassung ist mittlerweile durch die Rechtsprechung bestätigt (vgl. BGH, DNotI-Report 2009, 78 – „Quivive“). Zu Recht vertritt *Heckschen* auch die Auffassung, dass verdeckte Sacheinlagen bei der UG (haftungsbeschränkt) nicht nach § 19 Abs. 4 GmbHG anzurechnen sind, da bei der UG ein generelles Sacheinlagenverbot besteht (Rdnr. 91 f.). Mit dem Vorsitzenden des zweiten Zivilsenats des BGH, *Wulf Götte*, auf einer Linie befindet sich *Heckschen* mit seiner Auffassung, dass die UG ohne weiteres Komplementärin einer KG sein kann (Rdnr. 203 ff.). Zweifelhaft erscheint hingegen die in Rdnr. 188 ff. vertretene Auffassung, dass bei der UG Sacheinlagen auch bei einer Kapitalerhöhung auf über 25.000 € ausgeschlossen sind. Wäre dies richtig, würde ein Gesellschafter, der seine UG in eine GmbH „upgraden“ will, schlechter behandelt als bei der Neugründung einer GmbH, im Rahmen derer eine Sacheinlage ohne weiteres zulässig wäre.

Diese wenigen, exemplarisch herausgegriffenen Einzelfragen veranschaulichen nicht nur, wie umstritten einzelne Problemkreise rund um das MoMiG sind, sondern zeigen auch einen besonderen Vorzug der Darstellungen von *Heckschen*: Strei-

tige Fragen sind als solche in aller Regel gekennzeichnet, mit Verweisen auf die vom Autor nicht vertretene Auffassung versehen und um Hinweise auf den für den Berater sichersten Weg ergänzt. Der Benutzer kann sich auf die Darstellung verlassen.

Kritisches gibt es demgegenüber so gut wie gar nicht anzumerken. In Rdnr. 390 bzw. 603 etwa geht der Autor ohne weiteres davon aus, dass im Rahmen einer Kapitalerhöhung mehrere Geschäftsanteile übernommen werden können. Die Gegenmeinung, welche sich darauf stützt, dass § 55 Abs. 4 GmbHG lediglich im Hinblick auf die *Nennbeträge*, nicht aber im Hinblick auf die *Anzahl* der zu bildenden Geschäftsanteile auf § 5 Abs. 2 GmbHG verweist, wird nicht dargestellt. Etwas unsauber ist auch die Formulierung der salvatorischen Klausel im Rahmen des Satzungsmusters (Rdnr. 161, S. 68). Der Autor wählt hier eine Fiktion dergestalt, dass anstelle der unwirksamen Bestimmung diejenige wirksame Regelung als vereinbart *gilt*, welche dem Sinn und Zweck der unwirksamen Bestimmung entspricht. Eine derartige Fiktion ist im Hinblick auf die damit umgangene Beurkundungspflicht von Satzungsänderungen nach § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zumindest als problematisch zu erachten. Diese wenigen Kritikpunkte vermögen jedoch in keinsten Weise, den insgesamt durchweg positiven Gesamteindruck zu trüben.

Als sehr hilfreich erweisen sich die zahlreichen Praxis-hinweise, z. B. zur Frage, ob künftig Geschäftsanteile generell auf einen Nennbetrag von einem Euro lauten sollten (Rdnr. 395 ff.) oder zur Frage, wer bei mittelbaren Anteilsveränderungen z. B. im Rahmen einer Verschmelzung für die Erstellung der berichtigten Gesellschafterliste zuständig ist (Rdnr. 502). Zu letzterem Problemkreis empfiehlt *Heckschen* zu Recht, die Liste sicherheitshalber von Notar und Geschäftsführer(n) unterzeichnen zu lassen, solange die Rechtslage unklar ist.

Ein für die Notare wesentlicher Vorteil des Werkes gegenüber anderen Publikationen zum MoMiG liegt in den zahlreichen darin enthaltenen Mustern. Herausgegriffen sei das Muster eines Darlehensvertrages im Falle des Hin- und Herzählens sowie der entsprechenden Offenlegung in der Registeranmeldung (Rdnr. 158 f.). Darüber hinaus fällt besonders positiv auf, dass sich das Werk auch in der Praxis nicht so häufig vorkommenden Fragestellungen wie der Umwandlungsfähigkeit der UG (Rdnr. 228 ff.) ausführlich widmet und den Kollegen so eine verlässliche Grundlage für die Gestaltung derartiger Vorgänge bietet. Klare, mit Argumenten hinterlegte Empfehlungen wie z. B. zur mangelnden praktischen Eignung des Musterprotokolls bei Mehrpersonengesellschaften (Rdnr. 311 ff.) weisen den Nutzern den Weg zu den im Einzelfall besten Gestaltungslösungen.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es dem Autor vortrefflich gelingt, die Folgen des MoMiG für die notarielle Praxis umfassend darzustellen. Mit seinen zahlreichen Checklisten, Praxishinweisen und Musterformulierungen ist das Buch hervorragend geeignet, um das neue GmbH-Recht „in den Griff zu bekommen“.

Notar Dr. *Simon Weiler*, Bamberg

Tillmann/Schiffers/Wälzholz: Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht. 5. Aufl., O. Schmidt, 2009. 583 S., 59,80 €

Nunmehr in 5. Auflage erschienen ist der vorgenannte Titel, der zwar noch den Begründer des Buchs, Prof. *Tillmann*, als Mitautor ausweist, aber nunmehr ausschließlich durch Notar Dr. *Wälzholz* (im gesellschaftsrechtlichen Teil) und Prof. Dr. *Schiffers* (im steuerlichen Teil) bearbeitet wurde. Die Vorauflage wurde bereits in der MittBayNot 2004, 428, rezensiert und dort von *Lichtenwimmer* „uneingeschränkt empfohlen“.

Umfassend eingearbeitet wurde nunmehr im gesellschaftsrechtlichen Teil das MoMiG und im steuerlichen Teil die Unternehmensteuerreform 2008. Das nunmehr verabschiedete BilMoG wurde allerdings gerade im steuerlichen Teil noch kaum berücksichtigt, im gesellschaftsrechtlichen Teil immerhin ansatzweise (z. B. Rdnr. 463).

Die Besonderheit des Buchs liegt in der gelungenen Gesamtdarstellung des Gesellschafts- und Steuerrechts der GmbH. Während nach dem ursprünglichen Konzept der steuerrechtliche Teil eher überwog, halten sich nunmehr beide Teile in etwa die Waage. Formulierungsvorschläge, insbesondere im notariellen Bereich, sind nur ganz vereinzelt enthalten. Kaum oder nicht behandelt sind angrenzende Themen und Nebengebiete zum GmbH-Recht, z. B. die Treuhand, die Betriebsaufspaltung, die GmbH & Co. KG, die GmbH & Still sowie Poolvereinbarungen.

Alle behandelten Themen sind sehr verständlich dargeboten, auch Nichtjuristen können Gewinn aus der Lektüre ziehen. Die steuerlichen Ausführungen sind ohne vertiefte steuerliche Vorkenntnisse nachvollziehbar. Im gesellschaftsrechtlichen Teil sind viele praktische Hinweise enthalten und vor allem die wirtschaftlichen Zusammenhänge und Rechtsfolgen der möglichen Regelungen ausgezeichnet dargestellt. Auf die nähere Aufarbeitung juristischer Detailprobleme wurde dagegen überwiegend verzichtet.

Das MoMiG hat nicht wenige neue Fragen und Probleme aufgeworfen, die auch in dem Besprechungswerk angesprochen sind, wenn auch das neuere Schrifttum hierzu nicht mehr vollumfänglich berücksichtigt werden konnte, z. B.:

a) Wie ist der Fall des Hin- und Herzählens zu behandeln, wenn die Vereinbarung des Hin- und Herzählens erst nach Eintragung der Gesellschaft erfolgt? *Wälzholz* bezieht § 19 Abs. 5 GmbHG zu Recht nur auf Vereinbarungen vor Leistung der Einlage; in der Zeit danach ist nicht § 19 Abs. 5 GmbHG, sondern § 30 GmbHG anwendbar. Deshalb sollte beispielsweise eine Darlehensvergabe durch die Gesellschaft an einen Gesellschafter, auch wenn sie zeitnah nach Eintragung der Gesellschaft erfolgt, unter den Voraussetzungen des § 30 GmbHG (also insbesondere bei Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs) zulässig sein (vgl. auch *Goette*, DStR 2009, 757). Eine mehr oder weniger vage Absicht bei der Gründung, eine solche Darlehensvereinbarung nach Eintragung zu schließen, sollte daran nichts ändern. Nicht abschließend geklärt erscheint auch eine Darlehensvereinbarung nach Leistung der Einlage, jedoch noch vor der Anmeldung der Gründung.

b) Wie gefährlich ist die verschleierte Sachgründung für die Beteiligten? Das MoMiG hat sich bekanntlich für die sog. Anrechnungslösung entschieden. Damit soll zwar die verschleierte Sacheinlage letztlich in Höhe ihres Werts Erfüllungswirkung haben, trotzdem soll die beabsichtigte verschleierte Sachgründung weiterhin unzulässig sein und insbesondere zu einer strafrechtlichen Haftung wegen falscher Angaben (§ 82 GmbHG) führen können. Eine verschleierte Sachgründung

wurde von der Rechtsprechung allerdings auch angenommen, wenn *nach* Eintragung der Gesellschaft ein Gegenstand von einem Gesellschafter an die Gesellschaft aufgrund eines vorgefassten Plans, der sich auch aus der Zeitnähe des Verkaufs zur Gründung feststellen lassen sollte, verkauft wurde. Dies wird sich m. E. seit Inkrafttretens des MoMiG – entgegen einigen anderen Stimmen – so nicht mehr ohne weiteres aufrechterhalten lassen: Sofern nach Eintragung der Gesellschaft ein solcher wertgleicher Verkauf erfolgt, bleibt die Bareinlageverpflichtung letztlich wirksam erfüllt, auch wenn der Verkauf zeitnah zur Gründung erfolgt. Bei der Frage nach dem Vorliegen einer strafrechtlich relevanten Versicherung ist auf den Zeitpunkt der Abgabe der Versicherung abzustellen; zu diesem Zeitpunkt müsste die „Abrede“ (so § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG) zum späteren Verkauf bereits bestehen (und nicht nur eine mehr oder minder konkrete Vorüberlegung/Planung/Absicht zu einem späteren Verkauf) und das Bestehen der Abrede müsste dem Beteiligten, namentlich dem Geschäftsführer, bekannt sein (§ 82 GmbHG verlangt Vorsatz). Eine Gleichstellung der möglichen Absicht zu einem solchen späteren Verkauf und der gesetzlich verlangten „Abrede“ dürfte gegen das strafrechtliche Analogieverbot verstoßen. Auch *Wälzholz* scheint diese Sichtweise zu befürworten (vgl. Rdnr. 76, in der die Thematik der falschen Versicherung nur bei einer Sacheinlage *vor* Eintragung thematisiert wird). Unzulässig bleibt daher m. E. nur die vor der Anmeldung verabredete verschleierte Sacheinlage, im Übrigen verbleibt für die Beteiligten lediglich das Risiko einer zivilrechtlichen Haftung, soweit die Gleichwertigkeit der Sacheinlage später nicht bewiesen werden kann.

c) Kann bei der Gründung mit Musterprotokoll ohne weiteres nach Gründung ein zusätzlicher Geschäftsführer bestellt werden? Diese Frage wird von *Wälzholz* – mit der derzeit überwiegenden Meinung – bejaht (Rdnr. 26); ich halte insoweit eine Satzungsänderung für notwendig (vgl. notar 2008, 378).

d) Ist die aufschiebend bedingte Abtretung gutgläubensfest? Dies wird von *Wälzholz* bezweifelt (Rdnr. 911), m. E. zu Unrecht, da der gutgläubige Erwerb eines bereits anderweitig aufschiebend bedingt abgetretenen Anteils eigentlich nicht unter § 161 Abs. 3 BGB, § 16 Abs. 3 GmbHG subsumierbar und allenfalls unter Anwendung einer großzügigen Analogiebildung vertretbar ist (vgl. MittBayNot 2009, 116).

Wälzholz behandelt weiterhin einige interessante Gestaltungsmöglichkeiten in der Satzung, z. B.:

– die Problematik einer getrennten Stimmrechtsausübung bei einem einheitlichen Anteil (vgl. Rdnr. 322, relevant insbesondere bei Treuhandverhältnissen);

– die eventuell notwendige bzw. jedenfalls sinnvolle Satzungsänderung bei Unterteilung in 1-€-Anteile, wenn die Satzung das Stimmrecht „an jede 50 € eines Geschäftsanteils“ knüpft;

– die Gestaltung von Vorzugsrechten bei Geschäftsanteilen (Rdnr. 328 ff., 359 f.);

– mögliche Gestaltungen zum Ausschluss eines „Schwiegersohns“ im Falle einer Ehescheidung (Rdnr. 415);

– alternative Trennungsmöglichkeiten von Gesellschaftern insbesondere in einer 2-Personen-GmbH, z. B. das sog. Texan-Shoot-out, wonach der eine Gesellschafter seinen Anteil zu einem von ihm festgelegten Kaufpreis dem anderen Gesellschafter anbietet und dieser dann das Angebot annehmen kann oder seinen eigenen Anteil zu dem genannten Kaufpreis verkaufen muss (vgl. Rdnr. 454 ff.).

Zu Recht weist *Wälzholz* auch darauf hin, dass die Einschaltung einer GmbH kein All-Heilmittel zur Vermeidung jeglicher Haftung ist, insbesondere dass ein Geschäftsführer bei deliktischem Handeln persönlich haftet (Rdnr. 7).

Insgesamt verschafft das Buch einen ausgezeichneten Überblick zum GmbH-Recht sowohl gesellschafts- als auch

steuerrechtlich. Es kann jedem thematisch interessierten Rechtsberater zur Anschaffung empfohlen werden, nicht zuletzt aber auch Gründern bzw. Geschäftsführern einer GmbH, auch wenn sie über keine vertieften Vorkenntnisse hierzu verfügen.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Schwabmünchen

Happ: Aktienrecht. 3., neu bearb. und erw. Aufl., Heymanns, 2007. 2 474 S., 278 €

Das Werk von *Happ* zum Aktienrecht liegt nunmehr in 3. Auflage vor. Der Untertitel des Werkes „Handbuch – Mustertexte – Kommentar“ beschreibt (bescheiden) den Anspruch des Werks. So ist bereits der Umfang mit knapp 2500 Seiten weit größer als der eines üblichen Handbuchs. Die Zahl der Mustertexte beläuft sich auf 147 (!). Auch dies geht weit über die üblichen Handbücher zum Aktienrecht hinaus. Diese Muster werden mit gründlichen Kommentierungen versehen, wobei auch in diesen Kommentierungen noch zahlreiche Formulierungsvorschläge enthalten sind.

Inhaltlich wurden zunächst die zahlreichen neuen Gesetze im aktienrechtlichen Bereich (z. B. Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG –, Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft, Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister – EHUG –, Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz, um nur die wichtigsten zu nennen) eingearbeitet sowie die zahlreichen Entscheidungen des BGH zum Aktienrecht. Nicht zuletzt die aktuelle Wirtschaftskrise sorgt freilich dafür, dass – obwohl das Werk erst vor zwei Jahren erschienen ist – die Entwicklung im Aktienrecht stürmisch weitergeht.

Am Beginn des Werks stehen im ersten Abschnitt verschiedene Mustersatzungen. Die Erläuterung der ausführlichen Satzung einer Publikumsaktiengesellschaft liefert auf knapp 150 Seiten ein Kompendium des Aktienrechts, welches zahlreiche Formulierungsvarianten auch für Punkte enthält, welche allgemein nur weniger gründlich behandelt werden (z. B. Fragen der Vergütung des Aufsichtsrats einschließlich Abschluss von D & O Versicherungen). Es folgen Mustersatzungen für weitere praxisrelevante Fälle (mitbestimmte AG, KGaA, kleine AG, Rechtsanwalts-AG – in der Satzung der Rechtsanwalts-AG werden die aus der erforderlichen Abstimmung zwischen Berufsrecht einerseits und Aktienrecht andererseits resultierenden Fragen gebührend behandelt). Im zweiten Abschnitt werden die Gründungsvarianten ausführlich erörtert, wobei der Hauptanwendungsfall der Bargründung zu Recht den größten Teil einnimmt. Aber auch die Sachgründung, die Besonderheiten bei einer Ein-Personen-Gründung, die Nachgründung sowie die Probleme bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft werden mit Musterformulierungen abgehandelt. Bei der Verwendung einer Vorrats-AG wird von *Mulert* zu Recht die Auffassung vertreten, dass – obwohl von der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt – sämtliche Vorschriften bezüglich der Sachgründung einzuhalten sind.

In den folgenden Abschnitten werden Fragen der Zweigniederlassung, Inhalt und Gestaltung von aktienrechtlichen Urkunden, Verfügungen über Aktienrechte sowie die Änderungen von Aktienrechten erörtert. Breiten Raum (ca. 100

Seiten) nimmt sodann die Erörterung von „Mitteilungen und Bekanntmachungen“ ein. Gerade dieser Teil, der für die Praxis von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist, findet sich in dieser Ausführlichkeit in keinem anderen aktienrechtlichen Werk. In den nächsten Abschnitten werden die mit den Organen Vorstand und Aufsichtsrat verbundenen Fragen behandelt. Ausführlich werden im zehnten Abschnitt die mit der Hauptversammlung zusammenhängenden Fragen erörtert. Die Ausführungen von *Zimmermann* bezüglich der notariellen Niederschrift über die Hauptversammlung wird jede Notarin/jeder Notar mit Nutzen lesen. *Zimmermann* differenziert zu Recht zwischen den verschiedenen Formen (Hauptversammlung einer börsennotierten AG, notarielle Niederschrift über die Hauptversammlung einer Ein-Personen-AG, privatschriftliche Niederschrift des Aufsichtsratsvorsitzenden in Form einer Vollversammlung und privatschriftliche Niederschrift über Hauptversammlung einer Ein-Personen-AG) und stellt bezüglich dieser verschiedenen Formen die unterschiedlichen formell- und materiellrechtlichen Voraussetzungen dar. In dem Protokoll der Hauptversammlung der börsennotierten AG werden Hinweise zu eventuellen „Störfällen“ sowie den technischen Neuerungen (z. B. Stimmrechtsvertreter, Internetteilnahme usw.) gegeben. Das jüngste Urteil des BGH in Sachen Deutsche Bank/Kirch (MittBayNot 2009, 245) erging leider erst nach der Drucklegung. Bezüglich der Änderungsbefugnis des Notars wurde dessen Ergebnis jedoch von *Zimmermann* zu Recht vorweggenommen (z. B. Rdnr. 48 zu 10.17).

Nach der Erörterung „klassischer“ Fragen wie Satzungsänderung, Kapitalmaßnahmen, Erwerb eigener Aktien, Auflösung und Abwicklung widmet sich das Buch auch ausführlich den „modernen“ Fragen rund um die Börse, vor allem dem Börseneintritt und Börsenaustritt sowie dem Squeeze-Out. Auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung (vor allem „Macroton“, MittBayNot 2003, 305) werden die gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Aspekte der einzelnen Maßnahmen abgehandelt. Forensische Fragen werden – auch dies eine Besonderheit, die das Buch aus dem Kreis der sonstigen Handbücher heraushebt – im Abschnitt „Klage- und Antragsverfahren“ erörtert. Für die neuere supranationale Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft, die bereits von einigen international tätigen Konzernen gewählt wurde, liefert das Handbuch ausführliche Musterformulierungen für eine dualistische bzw. monistische Struktur. Zu guter Letzt werden die für den Notar praxisrelevanten Fragen des elektronischen Registerverkehrs dargestellt. Zu diesem Zweck werden die Programme SigNotar und XNotar mitsamt der Benutzeroberflächen dargestellt.

Alles in allem kann den Autoren des Werks gratuliert werden. Das Buch nimmt in der für den Praktiker bestimmten aktienrechtlichen Literatur eine herausgehobene Stellung ein. Es liefert wohl für jeden praxisrelevanten Fall ein Formulierungsmuster, welches juristisch fundiert kommentiert wird

und aufgrund der Erfahrung der Autoren wirtschaftlich sinnvolle und praxistaugliche Lösungen liefert. Schließlich sei noch erwähnt, dass die Mustertexte nicht auf CD-ROM zur Verfügung gestellt werden, sondern der Käufer über den im Eingang angegebenen Zugangscode einen Zugriff auf die

Texte im Internet hat. Dem aktienrechtlichen Praktiker kann das Werk uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Dr. *Norbert Mayer*, Regensburg

Schmidt/Lutter: Aktiengesetz. O. Schmidt, 2007. 2 Bände, 3 288 S., 249 €

Das Aktiengesetz wie auch die Aktienrechtspraxis sind mittlerweile einem dynamischen Entwicklungsprozess unterworfen, der kein Innehalten kennt und an Intensität scheinbar stetig zunimmt. In diesem Umfeld hat der Verlag Dr. Otto Schmidt einen neuen Kommentar zum Aktiengesetz platziert, der konzeptionell in die Lücke zwischen den Kurzkommentaren einerseits und den Großkommentaren andererseits stößt. Es darf bereits an dieser Stelle angemerkt werden, dass dieser neue Kommentar insoweit nicht nur eine Lücke schließt, sondern in Struktur und Inhalt neue Maßstäbe setzt. Nun bürgen bereits die Namen der beiden Herausgeber für gesellschaftsrechtliches Know-how auf höchstem Niveau, doch haben die Herausgeber darüber hinaus aus der Wissenschaft und Beratungspraxis einen Autorenkreis um sich zu geschart, der aus ausgewiesenen Kennern der aktienrechtlichen Materie besteht.

Dem aus zwei Bänden bestehenden Werk ist zunächst der Gesetzestext des Aktiengesetzes (AktG) vorangestellt. Nach einer Einleitung und einem eigenen Kapitel zum Internationalen Gesellschaftsrecht werden die einzelnen Paragraphen des AktG kommentiert. Die Kommentierungen folgen hierbei einem einheitlichen Aufbau klassischer Ausrichtung: So werden zuerst der Normzweck und Regelungsgegenstand sowie die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Vorschrift beleuchtet und anschließend die Einzelaspekte erläutert. Alles erfolgt mit einer auch für ein Werk dieses Umfangs bemerkenswerten

Detailliertheit in der Wiedergabe des relevanten Meinungsstandes unter sorgfältiger Auswertung von Rechtsprechung und Literatur. Vielfach runden eigenständige Stellungnahmen zu den betroffenen Fragestellungen und praxisorientierte Gestaltungs- oder Formulierungsvorschläge die Ausführungen ab. Systematische Übersichten und zahlreiche Querverweise erleichtern den zielgerichteten Problemzugriff. Die Kommentierungen erweisen sich selbst bei schwierigen Fragestellungen als sehr gut lesbar. Auch einem mit der Materie noch nicht vertrauten Leser wird damit ein guter Überblick über die einzelnen Themengebiete vermittelt. Was diesem Kommentar aber wirklich besonders gut gelingt, ist die Verbindung zwischen wissenschaftlicher Fundiertheit und praxisrelevanter Darstellung. Dies zeigt exemplarisch ein Blick in die Kommentierungen der Vorschriften zur Gründung der Gesellschaft (§§ 23–53 AktG) und zur Hauptversammlung (§§ 118–149 AktG), die ihre Schwerpunkte in den für die Beratungspraxis besonders interessanten Themen setzen und diese auf der Basis des Meinungsstandes in Literatur und Rechtsprechung lösungsorientiert abhandeln.

Es bleibt festzuhalten, dass mit diesem aktienrechtlichen Kommentar ein wirklich „großer Wurf“ gelungen ist. Jedem im Aktienrecht wissenschaftlich und/oder praktisch Tätigen ist seine Anschaffung wärmstens zu empfehlen. Es darf als sicher gelten, dass der „Schmidt/Lutter“ einen Rang als unverzichtbares Standardwerk einnehmen wird.

Notar Dr. *Benedikt Pfisterer*, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 876, 877; GBO §§ 19, 29; WEG § 5 Abs. 4 (Zustimmung von Grundpfandgläubigern bei Sondernutzungsrechten)

Werden die mit jedem, durch Grundpfandrechte belasteten Wohnungseigentum einer Wohnanlage verbundenen Sondernutzungsrechte aufgehoben, ist die Zustimmung von Grundpfandgläubigern nicht deshalb nach § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG entbehrlich, weil durch die Vereinbarung gleichzeitig Sondernutzungsrechte Neubegründet und mit jedem Wohnungseigentum verbunden werden.

OLG München, Beschluss vom 19.5.2009, 34 Wx 36/09; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München und eingesandt von Notar Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind als Wohnungseigentümer einer Wohnanlage im Grundbuch eingetragen. Dem Beteiligten zu 1 gehören zwei Anteile zu $\frac{4,5}{12}$ und $\frac{3}{12}$, je verbunden mit den Wohnungen Nr. 1 und Nr. 4, der Beteiligten zu 2 gehört ein Anteil von $\frac{4,5}{12}$, verbunden mit der Wohnung Nr. 2. Die nach der Teilungserklärung mit Nr. 3 bezeichneten Flächen sind Gemeinschaftseigentum. Den drei Wohnungen sind jeweils Sondernutzungsrechte zugewiesen. Die Beteiligte zu 2 erwarb ihr Wohnungseigentum gemäß Auflassung vom 19.6.2008, sie wurde am 23.9.2008 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Zu notarieller Urkunde vom 13.6.2008 änderten die Beteiligten die Teilungserklärung vom 18.11.1982 mit Nachtrag vom 19.6.1997 folgendermaßen ab:

„1.

a) Das an der Doppelgarage bestehende gemeinschaftliche Sondernutzungsrecht für die Eigentümer der Wohnungen Nr. 1 und Nr. 2 wird aufgehoben und an der Doppelgarage ein neues Sondernutzungsrecht für den jeweiligen Eigentümer der Wohnung Nr. 1 zur Nutzung als Garage begründet.

b) An dem im Kellergeschoß gelegenen mittleren Raum auf der Südseite, der im Aufteilungsplan mit Nr. 3 bezeichnet ist und gemeinschaftlich derzeit als Waschküche genutzt wird, wird an einer bestimmten Fläche ein Sondernutzungsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers der Wohnung Nr. 1 zur Nutzung als Abstellraum begründet.

2.

a) Das zugunsten des jeweiligen Eigentümers der Wohnung Nr. 4 bestehende Sondernutzungsrecht zur Nutzung eines bestimmten lagemäßig beschriebenen Pkw-Stellplatzes sowie das gemeinschaftlich den Eigentümern der Wohnungen Nr. 1 und Nr. 2 zustehende Sondernutzungsrecht an einem im Lageplan gekennzeichneten Gartenanteil werden aufgehoben.

b) Gleichzeitig werden folgende Sondernutzungsrechte neu begründet:

aa) Der im Lageplan mit A gekennzeichnete Kfz-Stellplatz wird dem jeweiligen Eigentümer der Wohnung Nr. 2 zum Abstellen eines Kraftfahrzeugs zugewiesen;

bb) der im Lageplan mit B gekennzeichnete Kfz-Stellplatz wird dem jeweiligen Eigentümer der Wohnung Nr. 4 zum Abstellen eines Kraftfahrzeugs zugewiesen;

cc) die im Lageplan blau gekennzeichnete Fläche wird dem jeweiligen Eigentümer der Wohnung Nr. 1 zur Nutzung als Nutz- und Ziergarten, als Terrasse, als Zugang und Zufahrt und zum Abstellen von Kraftfahrzeugen zugewiesen.“

Auf Vorlage gemäß § 15 GBO hat das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung erlassen und die fehlende Zustimmung sämtlicher am

jeweiligen Wohnungseigentum dinglich Berechtigter (Grundschuld- und Hypothekengläubiger) beanstandet. Es hat zugleich eine Frist gesetzt, die fehlende Zustimmung beizubringen. Der Beschwerde hat es nicht abgeholfen. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Das nach §§ 78, 80 i. V. m. § 15 GBO zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das LG hat ausgeführt:

Die Beschwerde sei unbegründet, da das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis bestehe. Nach § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG sei für die Vereinbarung die Zustimmung Dritter erforderlich, falls das Wohnungseigentum zugunsten des Dritten mit einem Grundpfandrecht oder einer Reallast belastet sei und wenn es um die Begründung, Aufhebung, Änderung oder Übertragung eines Sondernutzungsrechts gehe. In allen Fällen bleibe eine Zustimmung entbehrlich, wenn eine Beeinträchtigung des Rechts ausgeschlossen sei. Dies sei gemäß § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG der Fall, wenn bei der Begründung eines Sondernutzungsrechts durch die Vereinbarung gleichzeitig das zugunsten des Dritten belastete Wohnungseigentum mit einem Sondernutzungsrecht verbunden werde. Der Gesetzgeber unterstelle hierbei die Gleichwertigkeit dieser Rechte. Die Anwendbarkeit der gesetzlichen Vorschrift lasse sich nicht darauf beschränken, dass es sich um etwa gleichwertige oder gleichartige Sondernutzungsrechte handle. Die Befreiung vom Zustimmungserfordernis gelte jedoch nur für die Begründung von Sondernutzungsrechten und nicht bei einer Aufhebung. Aufgrund des gleich gelagerten Sachverhalts werde zwar auch bei einer wechselseitigen Übertragung von Sondernutzungsrechten wie bei einem Tausch die Notwendigkeit einer Zustimmung verneint. Die Kammer sehe sich jedoch in Anbetracht des Wortlauts von § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG zu einer solchen Auslegung nicht in der Lage.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

a) Die Beschwerde gegen die auf den Eintragungsantrag hin ergangene Zwischenverfügung war zulässig (§§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1 GBO; *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 55, § 71 Rdnr. 35). Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet allein das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis. Die fehlende Zustimmung dinglich Berechtigter (§§ 876, 877 BGB; § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG) ist ein behebbares Eintragungshindernis und kann zulässiger Inhalt einer Zwischenverfügung sein (*Wilke* in Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., § 18 Rdnr. 11). Ist nach materiellem Recht für die Rechtsänderung die Zustimmung von Drittberechtigten wie etwa Grundpfandgläubigern notwendig, bedarf es grundbuchrechtlich auch deren Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO (BGHZ 91, 343, 347 = DNotZ 1984, 695).

b) Nach § 5 Abs. 4 WEG können Vereinbarungen über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden. Ist das Wohnungseigentum mit der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder der Reallast eines Dritten belastet, so ist dessen nach anderen Rechtsvorschriften (§§ 877, 876 Satz 1 BGB analog) notwendige Zustimmung zu der Vereinbarung nur erforderlich, wenn ein Sondernutzungsrecht begründet oder ein mit

dem Wohnungseigentum verbundenes Sondernutzungsrecht aufgehoben, geändert oder übertragen wird (Satz 2). Bei der Begründung eines Sondernutzungsrechts ist die Zustimmung des Grundpfandrechtsgläubigers jedoch nicht erforderlich, wenn durch die Vereinbarung gleichzeitig das zu seinen Gunsten belastete Wohnungseigentum mit einem Sondernutzungsrecht verbunden wird (Satz 3).

(1) Gesetzgeberisches Motiv für die Ergänzung von § 5 Abs. 4 WEG um die Sätze 2 und 3 war es, den Schutz der Inhaber dinglicher Rechte auf ein notwendiges Maß zu beschränken. Die frühere Rechtslage erforderte nämlich deren Zustimmung in grundbuchrechtlicher Form auch in zahlreichen Fällen, in denen die Haftungsgrundlage nicht in Frage stand, sich im Gegenteil sogar verbesserte. Die Schwerfälligkeit der bisherigen Regelung hat den Gesetzgeber dazu bewogen, das Zustimmungserfordernis danach abzugrenzen, dass die betroffenen Rechte und der Gegenstand der Vereinbarung unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Zustimmung konkret festgelegt werden (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 15).

(2) Die notarielle Vereinbarung vom 13.6.2008 betrifft Sondernutzungsrechte. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, den aus der Rechtspraxis entwickelten Begriff zu definieren, versteht darunter aber offensichtlich das Recht, einen Teil des gemeinschaftlichen Eigentums unter Ausschluss des Mitgebrauchs der übrigen Wohnungseigentümer allein zu nutzen (BT-Drucks. 16/887, S. 16; vgl. BGHZ 145, 158 = DNotZ 2000, 854; *Palandt/Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 13 WEG Rdnr. 8). Die gegenständlich begründeten wie aufgehobenen Rechte an Räumen und Flächen fallen hierunter, so dass nach § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG die Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger erforderlich ist, wenn nicht die Ausnahme in Satz 3 greift (zur Gesetzssystematik siehe *Meffert*, ZMR 2007, 517, 518; *Hügel/Elzer*, Das neue WEG-Recht, § 1 Rdnr. 9). Von der Zustimmung bestimmter dinglich Berechtigter kann hiernach abgesehen werden, wenn gleichzeitig mit der Vereinbarung das belastete Wohnungseigentum mit einem Sondernutzungsrecht verbunden wird. Mit der in der Literatur vorherrschenden Meinung dürfte die Vorschrift rein formal zu verstehen sein, so dass es nur auf das in derselben Vereinbarung begründete Recht zugunsten des belasteten Wohnungseigentums ankommt, Wertverhältnisse und Art der Sondernutzungsrechte hingegen keine Rolle spielen (*Bärmann/Armbrüster*, WEG, 10. Aufl., § 5 Rdnr. 134, 136; *Hügel/Elzer*, Das neue WEG-Recht, § 1 Rdnr. 16 ff.; *Böhringer/Hintzen*, Rpfleger 2007, 353, 356; *Böttcher*, Rpfleger 2009, 181, 193 f.; *Saumweber*, MittBayNot 2007, 357, 359; wohl auch *Bärmann/Pick*, WEG, 18. Aufl., § 5 Rdnr. 33; *Schneider/Förth* in *Riecke/Schmidt*, WEG, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 6). Nach anderer Ansicht (*Palandt/Bassenge*, § 5 WEG Rdnr. 12; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 8. Aufl., § 5 Rdnr. 57; wohl auch *Meffert*, ZMR 2007, 517, 518) verlangt Zustimmungsfreiheit Gleichartigkeit der Sondernutzungsrechte, weil die Zustimmung dem Gesetzgeber nur deswegen entbehrlich erscheine, weil Zugewinn und Einbuße sich entsprächen, eine an sich angestrebte Gleichwertigkeit jedoch vom Grundbuchamt nicht nachprüfbar sei.

(3) Auf die Auslegung der in § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG bestimmten Ausnahme vom Zustimmungserfordernis kommt es indes nicht an, weil Satz 3 nur die Begründung von Sondernutzungsrechten erfasst, nicht jedoch auch deren Aufhebung, Änderung oder Übertragung. Hier werden jedoch vorhandene Sondernutzungsrechte, die mit sämtlichen drei mit Grundpfandrechten belasteten Wohnungen verbunden sind, zunächst aufgehoben. Die Ausnahme gemäß Satz 3 mag sich damit rechtfertigen, dass der Gebrauchszug an den übrigen

Flächen durch den Erwerb des exklusiven Sondernutzungsrechts kompensiert wird (*Böhringer/Hintzen*, Rpfleger 2007, 353, 355 f.; *Böttcher*, Rpfleger 2009, 181, 194). Dieses unterstellte Äquivalenzverhältnis besteht nicht oder ist zumindest nicht typischerweise sichergestellt, wenn daneben bereits bestehende Sondernutzungsrechte aufgehoben, geändert oder übertragen werden. Für den Senat ist hierbei maßgeblich, dass die Zustimmungsbedürftigkeit in den Fällen des Satzes 2 gerade auf der unmittelbaren Veränderung des ursprünglich vorhandenen Haftungsobjekts beruht, zu dem das vorhandene Sondernutzungsrecht gehört. So führt die Gesetzesbegründung insoweit überzeugend aus, dass eine Vereinbarung bei Grundpfandrechten zustimmungspflichtig sei, soweit sie die Verwertungsmöglichkeit der Gläubiger in der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise konkret beeinträchtigt. Dies sei in der Praxis vor allem dann der Fall, wenn der Gläubiger bei einer Vollstreckung keinen Zugriff mehr auf ein Sondernutzungsrecht habe, etwa an einem Kfz-Stellplatz oder an dem Garten einer Erdgeschosswohnung; eine Wohnung ohne Parkmöglichkeit oder ohne Garten sei regelmäßig weniger wert (BT-Drucks. 16/1887, S. 15). Im Falle von Satz 3 kann die Schmälerung des gemeinschaftlichen Gebrauchs zwar ebenfalls nachträglich den Wert des Haftungsobjekts beeinträchtigen. Im Falle einer Kompensation, nämlich der gleichzeitigen Verbindung mit einem dem belasteten Wohnungseigentum zugeordneten Sondernutzungsrecht, ist dies nach der gesetzgeberischen Vorstellung für Grundpfandrechtsgläubiger noch hinnehmbar. Hingegen ist bei gleichzeitigen anderweitigen Vereinbarungen über bestehende Sondernutzungsrechte der Schutz von Gläubigern vor einer nachteiligen Veränderung des haftenden Objekts in keiner Weise sichergestellt. Dieser ist vielmehr nur durch das Erfordernis der Zustimmung gemäß Satz 2 gewährleistet, und zwar unabhängig davon, ob gelegentlich der Aufhebung von Sondernutzungsrechten am belasteten Wohnungseigentum mit diesem gleichzeitig ein neues oder schon bestehendes Sondernutzungsrecht verbunden wird. Als Ausnahme zu Satz 2 ist Satz 3 vielmehr eher eng auszulegen. Dass das Gesetz in § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG nur die ersatzlose Aufhebung meine, ist diesem im Übrigen nicht zu entnehmen. Dagegen spricht neben den obigen Erwägungen auch, dass Änderungen gleichermaßen zustimmungsbedürftig sind.

(4) Die Überlegung, dass bei einer wechselseitigen Übertragung von Sondernutzungsrechten wie z. B. einem Tausch (*Hügel* in Beck'scher Online-Kommentar, § 5 WEG Rdnr. 22; *Böttcher*, Rpfleger 2009, 181, 194) wegen des gleich gelagerten Sachverhalts die Notwendigkeit einer Zustimmung verneint werden könne, greift für die vorliegende Vertragsgestaltung nicht, weil die gegenständliche Vereinbarung zugleich bestehende Sondernutzungsrechte aufhebt.

c) Demnach hat das Grundbuchamt zu Recht die fehlende Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger in Form der notariellen Bewilligung (§§ 19, 29 GBO) beanstandet. Denn jedem der drei Wohneinheiten wurden durch die Vereinbarung mit diesen verbundene Sondernutzungsrechte entzogen. Auf eine etwaige wirtschaftliche Gleichwertigkeit, wie etwa im Falle der Aufhebung und Neueinräumung eines Kfz-Stellplatzrechts bei der Wohnung Nr. 4 oder gar eine wirtschaftliche Verbesserung wie etwa bei der Wohnung Nr. 1, der drei neubegründete Sondernutzungsrechte zugeordnet wurden, kommt es bei dieser Fallgestaltung nicht an (vgl. BGHZ 91, 343 = DNotZ 1984, 695).

2. BGB §§ 313, 1019, 1090 Abs. 2 (*Fortbestehen beschränkter persönlicher Dienstbarkeit, wenn nicht sämtliche Nutzungsarten aufgegeben werden*)

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit auf einem Grundstück erlischt nur dann, wenn das mit der Dienstbarkeitsbestellung verfolgte Interesse endgültig entfallen ist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Dienstbarkeit entsprechend ihrer Zweckbestimmung für irgendjemanden noch einen erlaubten Vorteil bietet. Ist neben der Bewilligung der Nutzung eines auf dem Grundstück vorhandenen Wasserleitungssystems für die öffentliche Daseinsfürsorge auch ein Vorteil für den Grundstückseigentümer (hier: unentgeltliche Wasserentnahme) eingetragen, ist bei Aufgabe des Wassersystems daher nicht automatisch die gesamte Dienstbarkeit erloschen. Ein Erlöschen kann auch nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt werden, wenn der heutige Grundstückseigentümer bei der der Dienstbarkeitsbestellung zugrundeliegenden schuldrechtlichen Abrede nicht beteiligt war.

BGH, Urteil vom 6.2.2009, V ZR 139/08

1991 erwarben die Kläger ein Grundstück, das in einem Landschaftsschutzgebiet liegt und das nach der Eintragung in Abt. II des Grundbuches seit dem 25.6.1986 mit einer zugunsten des beklagten Landkreises bestellten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit belastet ist. Die Eintragung nimmt Bezug auf die Eintragungsbewilligung der damaligen Grundstückseigentümer vom 16.6.1986. In dieser heißt es u. a.:

„Wir bewilligen und beantragen hiermit zugunsten des Kreises O. – Kreiswasserwerke – die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auf dem vorstehenden Grundstück folgenden Inhalts:

1. In den eingezäunten und nicht eingezäunten Schutzzonen für die Wasserentnahme als Trinkwasser darf eine Düngung mit organischem Dünger und die Beweidung sowie der Einsatz von Pflanzenschutzmitteln nicht stattfinden.

2. Der Kreis O. – Kreiswasserwerke – ist berechtigt, auf dem vorgenannten Grundstück eine Wasserleitung nebst Zubehör zu verlegen und zu unterhalten.

3. Der Grundstückseigentümer hat die Leitung und ihre Anlagen nebst Zubehör dauernd in dem Grundstück zu dulden, ...

(...)

6. Die Ausübung dieses Rechts kann übertragen werden.“

Hintergrund der Bewilligung war, dass durch das Grundstück schon damals ein Wasserleitungssystem verlief, das ursprünglich zunächst durch den Wasserbeschaffungsverband B. und seit Anfang der siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts durch den Beklagten zum Betrieb einer Trinkwassergewinnungsanlage genutzt wurde.

Bereits mit notariellem Vertrag vom 6.3.1959 hatte der Wasserbeschaffungsverband dem Landwirt J. W. sen. und dessen Rechtsnachfolgern als Gegenleistung für eine Grundstücksübertragung das Recht eingeräumt, „das in der Viehtränke gesammelte aus dem Hochbehälter (der Trinkwassergewinnungsanlage) stammende Wasser unentgeltlich zu entnehmen“. Hierzu sollte der Landwirt auch gegenüber Rechtsnachfolgern des Wasserbeschaffungsverbandes berechtigt sein. Von diesem Recht macht mittlerweile der Landwirt J. W. jun. als Rechtsnachfolger seines Vaters Gebrauch. Er ist dem Rechtsstreit als Streithelfer des Beklagten beigetreten.

1999 gab der Beklagte die Trinkwassergewinnungsanlage endgültig auf. Mit notariellem Vertrag vom 23.8.2008 verkaufte er dem Streithelfer Grundstücke, auf denen die Trinkwassergewinnungsanlage betrieben worden war, nebst Rohrleitungen und „dem gesamten unterirdischen Leitungssystem bis zum Hochbehälter“. In § 5 des Kaufvertrages heißt es:

„Die zugunsten der Kreiswasserwerke O. eingetragenen Leitungsrechte werden auf den Käufer als Rechtsnachfolger übertragen ...“

Die Kläger möchten ihr Grundstück uneingeschränkt nutzen. Sie meinen, infolge der Aufgabe der Trinkwassergewinnungsanlage sei die Dienstbarkeit wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage erloschen.

Das AG ist dem gefolgt und hat der – auf Bewilligung der Löschung der Dienstbarkeiten gerichteten – Klage stattgegeben. Das LG hat sie abgewiesen. Mit der von diesem zugelassenen Revision möchten die Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

Aus den Gründen:

II.

2. Die Dienstbarkeit ist nicht ganz oder teilweise erloschen.

a) Ein Erlöschen kann zunächst nicht auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt werden. Die Parteien sind schon nicht durch ein Rechtsgeschäft verbunden, das der Anpassung nach § 313 BGB (hier i. V. m. Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB) unterläge. Der Senat hat bereits entschieden, dass weder die Grunddienstbarkeit selbst noch das mit dieser einhergehende schuldrechtliche Begleiterschuldverhältnis unter § 313 BGB fallen. Als anpassungsfähiges Rechtsgeschäft kommt lediglich die der Dienstbarkeitsbestellung zugrundeliegende schuldrechtliche Abrede in Betracht (BGH, NJW 2008, 3703, 3704 = DNotI-Report 2008, 174). Aus dieser können die Kläger aber schon deshalb nichts herleiten, weil es sich hierbei um eine lediglich zwischen dem Beklagten und den Voreigentümern der Kläger bestehende – relative – Rechtsbeziehung handelt. Die Revision verweist auf kein tatsächliches Vorbringen, wonach mit dieser schuldrechtlichen Abrede auch Rechte zugunsten Dritter mit der Folge begründet worden sind, dass (auch) diese bei einem Wegfall der Geschäftsgrundlage gegen die Beklagte vorgehen könnten.

b) Die Dienstbarkeit ist nicht wegen Vorteilswegfalls erloschen. Dass § 1090 Abs. 2 BGB nicht auf § 1019 BGB verweist, bedeutet nur, dass der auch für das Entstehen und den Fortbestand einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit konstitutive Vorteil nicht grundstücksbezogen sein muss, es vielmehr genügt, dass die Dienstbarkeit für irgendjemanden einen erlaubten Vorteil bietet (BGHZ 41, 209, 212 = DNotZ 1964, 493; BGH, NJW 1984, 924 = DNotZ 1985, 34). Ausreichend, aber auch erforderlich ist ein eigenes oder fremdes Interesse, das auch in der Verfolgung öffentlicher Belange bestehen kann. Demgemäß erlischt das dingliche Recht, wenn das mit der Dienstbarkeitsbestellung verfolgte Interesse endgültig entfallen ist (vgl. BGHZ 41, 209, 213 f.; BGH, NJW 1985, 1025 = DNotZ 1985, 549; NJW 1984, 924; OLG Celle, NZM 2005, 39, 40; ferner BGH, NJW 1984, 2157, 2158; NJW 2008, 3123, 3124; VIZ 1999, 225, 226 f.). So liegt es hier jedoch nicht, weil nicht sämtliche der durch die Dienstbarkeit begünstigten Nutzungsarten endgültig aufgegeben worden sind.

aa) Das Berufungsgericht hat die Dienstbarkeit dahin ausgelegt, dass mit ihr nicht ausschließlich Belange der öffentlichen Daseinsvorsorge im Sinne einer geordneten Wasserversorgung verfolgt worden sind, sondern auch das – fortbestehende – Interesse, dem Landwirt J. W. sen. und seinen Rechtsnachfolgern zu ermöglichen, ihr Vieh mit Wasser aus der errichteten Anlage zu tränken. Diese – in vollem Umfang der revisionsrechtlichen Nachprüfung unterliegende – Auslegung (vgl. nur BGHZ 92, 351, 355; BGH, NJW 2008, 3703 = DNotI-Report 2008, 174; jeweils m. w. N.) ist zutreffend.

Bei der Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit ist vorrangig auf den Wortlaut und den Sinn der Grundbucheintragung und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Außerhalb dieser Urkunden liegende Umstände dürfen nur insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Ver-

hältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (BGHZ 145, 16, 20; BGH, NJW-RR 2003, 1235 = DNotZ 2003, 704; jeweils m. w. N.; vgl. auch BGH, WM 2006, 2226, 2228 = MittBayNot 2007, 47), wozu auch die tatsächliche Handhabung bei der Bestellung der Dienstbarkeit zählt (BGH, NJW 1976, 417, 418 = DNotZ 1976, 529 m. w. N.).

Gemessen daran stützt schon der Wortlaut der Eintragungsbewilligung nicht die Auffassung der Kläger, mit der Dienstbarkeit sei der ausschließliche Zweck verfolgt worden, die Wasserversorgung des beklagten Landkreises im Sinne öffentlicher Daseinsvorsorge zu gewährleisten. Nach Nr. 2 der Bewilligung ist der Beklagte berechtigt, auf dem Grundstück eine Wasserleitung nebst Zubehör zu verlegen und zu unterhalten. Diese Anlagen hat der Grundstückseigentümer nach Nr. 3 der Eintragungsbewilligung „dauerhaft“ zu dulden. Dass dies nur zu dem Zwecke zulässig sein soll, die öffentliche Wasserversorgung zu gewährleisten, geht daraus nicht einmal ansatzweise hervor. Zwar mag man die konkretisierende Bezeichnung des Berechtigten durch den Zusatz „Kreiswasserwerke“ und den Inhalt der Dienstbarkeit nach Nr. 1 (Verbot der Beweidung und des Einsatzes von Düngemitteln in den „Schutz-zonen für die Wasserentnahme als Trinkwasser“) bei isolierter Würdigung als Argument für eine restriktive Auslegung ins Feld führen können. Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Eintragungsbewilligung scheidet eine solche Deutung aus der Sicht eines unbefangenen Betrachters jedoch aus. Dies gilt umso mehr, als es dem Beklagten nach Nr. 6 der Bewilligung frei steht, die Ausübung des Rechts an einen Dritten zu übertragen. Für ein restriktives Verständnis dahin, die Ausübungsübertragung sei nur an Versorgungsträger zulässig, ist bei unbefangener Lesart kein Raum. Davon abgesehen war in dem maßgeblichen Zeitpunkt der Bestellung der Dienstbarkeit für jedermann ohne weiteres erkennbar, dass die Anlage auch der Entnahme von Wasser aus dem Hochbehälter für die Viehtränke diene. Ob die Kläger bei dem späteren Erwerb des mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücks hiervon Kenntnis hatten, ist ebenso unerheblich (vgl. BGH, NJW 1976, 417, 418) wie die von der Revision verneinte Frage, ob sich die Dienstbarkeit nach der Eintragung im Grundbuch später kraft Gesetzes in ein unter den Voraussetzungen der §§ 1092 Abs. 2 und 3 BGB übertragbares Recht umgewandelt hat (zu dieser Frage MünchKommBGB/Joost, 5. Aufl. § 1092 Rdnr. 21).

(...)

c) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Dienstbarkeit schließlich auch nicht teilweise mit Blick auf die in Nr. 1 der Eintragungsbewilligung enthaltenen Verbote untergegangen, in den Schutz-zonen für die Wasserentnahme den Einsatz von Düngemitteln und Pflanzenschutzmittel sowie eine Beweidung zu unterlassen. Denn es liegt auf der Hand, dass ein fortbestehendes schutzwürdiges Interesse daran besteht, es dem Streithelfer der Beklagten als Rechtsnachfolger des Landwirts J. W. sen. zu ermöglichen, sein Vieh auch weiterhin mit unkontaminiertem Wasser zu tränken, mag der Hauptzweck der Trinkwassergewinnung auch entfallen sein.

Anmerkung:

1. Lösungswege einer Dienstbarkeit

Der Entscheidung des BGH kann zugestimmt werden. Beschränkte dingliche Rechte können aufgrund verschiedener Rechtsgrundlagen erlöschen. Für das nichtrechtsgeschäftliche Erlöschen einer Dienstbarkeit gilt § 875 BGB nicht, so dass die nachträgliche Löschung des Rechts im Grundbuch nur

deklaratorische Bedeutung hat. Ein nachträglich dauernder Wegfall des Vorteils für irgendjemanden bringt eine Dienstbarkeit zum Erlöschen. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks kann die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Dienstbarkeit verlangen. Erforderlich ist entweder die Berichtigungsbewilligung des Dienstbarkeitsberechtigten oder der Unrichtigkeitsnachweis (Nachweis der Lösungsreife), welcher aber im Verfahren nach § 22 GBO praktisch nicht möglich ist. Das Grundbuchamt hat nämlich strenge Anforderungen zu stellen und muss von der gegenwärtigen Grundbuchunrichtigkeit voll und ganz überzeugt sein.¹ Unklarheiten gehen zulasten des Antragstellers, dem dann nur der Weg der Klage nach § 894 BGB bleibt. Das bloße Verfalllassen einer zu einer Dienstbarkeit gehörenden Anlage genügt nicht zum Untergang einer Dienstbarkeit, die Rechtsfolgen des § 1028 BGB werden dadurch nicht ausgelöst. Durch Nichtausüben des Rechts erlischt die Dienstbarkeit noch nicht.²

2. „Ewige“ Dienstbarkeiten für Kommunen

Alle auf einer Grunddienstbarkeit beruhenden Bedürfnisse können auch den Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bilden, so kann auch eine Benutzungsdienstbarkeit begründet werden. Auch für eine Gebietskörperschaft³ kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden. Das Recht steht der Kommune als Interessenvertreterin der Allgemeinheit zu, Rechtsinhaberin ist aber nur die Kommune, bei einer Gemeinde nicht die Bürger, bei einem Landkreis nicht die Bewohner des Landkreises oder die kreisangehörigen Gemeinden. Bei Kommunen sind so zeitlich unbegrenzte („ewige“) beschränkte persönliche Dienstbarkeiten ohne inhaltliche Beschränkungen möglich.

Erforderlich ist stets ein dem Umfang der Dienstbarkeit entsprechendes Bedürfnis des Dienstbarkeitsberechtigten. Daher muss die Dienstbarkeit irgendjemand einen erlaubten Vorteil bieten. Das Erfordernis eines Vorteils für den Berechtigten hat zwingenden Charakter, kann also durch Vereinbarung nicht ausgeschlossen werden. Es genügt jeder Vorteil, auch eine bloße Annehmlichkeit oder jedes schutzwürdige Interesse, das im privatrechtlichen Weg verfolgt werden kann.⁴ Der Vorteil braucht nicht notwendig in einen Geldwert umsetzbar sein. Der damit verfolgte Zweck kann in der Wahrnehmung eigener oder fremder Belange bestehen. Bei der Anwendung des § 1090 BGB wird kein Unterschied gemacht zwischen wirtschaftlichen Interessen (kommt bei Wege- und Leitungsrechten häufig vor) und rein ideellen Interessen (z. B. Interesse an einer freien Aussicht oder Wahrung eines architektonischen Stils).⁵ Der Vorteil muss von gewisser Dauer sein, ein einmaliger oder vorübergehender Vorteil genügt nicht. Es genügt jeder rechtlich erlaubte und rechtsschutzwürdige Zweck, denn einer Grundstücksbelastung, die niemandem zu nützen vermag, fehlt nach unserer Rechtsordnung das Rechtsschutzbedürfnis. Die aus der Dienstbarkeit entstehenden Vorteile müssen nicht dem Dienstbarkeitsberechtigten selbst zugutekommen; die Belastung kann sogar ausschließlich im Interesse eines Dritten erfolgen, das der Dienstbarkeitsberechtigte aus irgendwelchen Gründen fördern möchte, was der BGH nunmehr erneut bestätigte.

¹ Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., § 22 Rdnr. 113.

² Anders kann es bei den altrechtlichen Grunddienstbarkeiten sein, vgl. Meikel/Böttcher, GBO, § 22 Rdnr. 61.

³ RGZ 111, 384.

⁴ MünchKommBGB/Mayer, 5. Aufl., § 1090 Rdnr. 15.

⁵ Vgl. BGHZ 41, 209 = NJW 1964, 1226.

3. Auslegung einer Grundbucheintragung

Die an die Eintragung geknüpften Gutgläubenswirkungen nach §§ 892, 893 BGB und die vielfältigen, häufig gegenläufigen Interessen der Beteiligten erfordern stets einen klaren und unmissverständlichen Inhalt des Grundbuchs. Auch die Grundbucheintragung ist zur Feststellung ihrer wahren Bedeutung der Auslegung fähig.⁶ Die Auslegung der Eintragung als Hoheitsakt richtet sich nach den Regeln der §§ 133, 157 BGB, die durch die Besonderheiten des Grundbuchverfahrens eingeschränkt sind. Die Grundbucheintragungen sind nach ihrem strengen Wortlaut auszulegen. Maßgebend ist, was Wortlaut und Sinn für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eintrags und der darin in Bezug genommenen Unterlagen ergeben. Zu orientieren hat sich die Auslegung am Verständnishorizont vernünftiger, unbeteiligter Dritter. Die Auslegung hat objektiv zu erfolgen. Der zu ermittelnde objektive Sinn der Eintragung entscheidet auch dann, wenn der tatsächliche Zustand darüber hinausgeht.⁷ Inhalt und Umfang eines eingetragenen Rechts sind ohne Rücksicht darauf, was die ursprünglichen Vertragsparteien gemeint haben, nur aus dem Grundbuch selbst, d. h. dem Wortlaut der Eintragung und dem sich daraus ergebenden Sinn und den in der Eintragung und Eintragungsbewilligung in Bezug genommenen Urkunden so auszulegen, wie sie jeder Dritte vornehmen kann.

4. Prinzipielle Unübertragbarkeit einer Dienstbarkeit

Bei der Dienstbarkeit ist eine Rechtsnachfolge auf rechtsgeschäftlicher Grundlage prinzipiell ausgeschlossen. Der Grundstückseigentümer kann aber dem Dienstbarkeitsberechtigten gestatten, dass dieser die Ausübung des Rechts einem Dritten überlässt. Die Gestattung kann auf eine bestimmte Person beschränkt werden. Die Gestattung verpflichtet den Eigentümer, die Überlassung der Ausübung an andere Personen seitens des Berechtigten zu dulden. Um gegenüber jedermann zu wirken, bedarf die Gestattung neben der Einigung gemäß §§ 873, 877 BGB der Eintragung in das Grundbuch, Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt.⁸ Die Überlassung selbst wird durch formlosen Vertrag zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und dem Dritten vollzogen;⁹ sie verpflichtet den Dienstbarkeitsberechtigten nur schuldrechtlich, dem Dritten die Geltendmachung der Befugnisse zu ermöglichen, die sich aus der Dienstbarkeit dem Grundstückseigentümer gegenüber ergeben. Auch eine teilweise Überlassung ist zulässig.¹⁰ Die Überlassung begründet kein dingliches Recht des Dritten, sondern gegenüber dem Grundstückseigentümer nur eine Einwendung nach § 1004 Abs. 2 BGB. Stirbt der Dienstbarkeitsberechtigte oder hebt er seine Dienstbarkeit auf, so verliert damit auch der Ausübungsberechtigte seine Befugnisse.¹¹ Eine Eintragung der Überlassung in das Grundbuch ist weder erforderlich noch zulässig.¹² Der Dritte kann sogar seine Ausübungsbefugnis gemäß §§ 399, 413 BGB weiter übertragen, sofern nichts anderes bestimmt ist.¹³

⁶ Meikel/Böhringer, GBO, Einl. G Rdnr. 96.

⁷ BGHZ 37, 147 = DNotZ 1963, 235.

⁸ KG, NJW 1968, 1882; JW 1937, 706; OLG Karlsruhe, BB 1989, 942.

⁹ OLG Hamburg, OLG-Report 1999, 362.

¹⁰ So schon OLG Schleswig, SchlHA 1999, 282 und jetzt vorstehende Entscheidung des BGH.

¹¹ OLG Karlsruhe, BB 1989, 942.

¹² RGZ 159, 193.

¹³ BGH, NJW 1962, 1392; NJW 1963, 2319.

5. Übertragbarkeit von Leitungs- und Transportrechten

§ 1092 Abs. 3 BGB lässt die Übertragung von Leitungsrechten und Transportrechten ohne die einschränkenden Voraussetzungen nach § 1092 Abs. 2 i. V. m. § 1059 a Abs. 1 BGB zu. In den neuen Bundesländern gilt erweiternd § 9 GBBerG. Durch im Grundbuch eintragungsbedürftige Vereinbarung zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und dem Grundstückseigentümer kann die Abtretbarkeit der Dienstbarkeit ausgeschlossen werden. Soweit der Anwendungsbereich der genannten Vorschriften reicht, erfolgt die Übertragung gemäß § 873 Abs. 1 BGB durch eine entsprechende Einigung des Dienstbarkeitsberechtigten mit dem Erwerber der Dienstbarkeit und der Eintragung der Abtretung in das Grundbuch; der Grundstückseigentümer braucht bei der Übertragung nicht mitzuwirken. Grundbuchverfahrensrechtlich muss der bisherige Dienstbarkeitsberechtigte die Eintragung nach § 19 GBO in der Form des § 29 GBO bewilligen. Eine Feststellungserklärung der Verwaltungsbehörde ist nicht erforderlich. Das Grundbuchamt hat zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Übertragbarkeit der Dienstbarkeit vorliegen. Dem Zessionar steht das dingliche Recht so zu, wie wenn er es von Anfang an originär erworben hätte; der Zedent verliert sein dingliches Recht im vollen Umfang, da § 1092 Abs. 3 Satz 2 BGB eine Teilbarkeit des Rechts verbietet. Die Übertragung kann unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung erfolgen. Auch eine auflösende Bedingung oder eine Übertragung unter einem Endtermin ist möglich; der Eintritt der Bedingung oder des Endtermins führt lediglich zu einer Beendigung der Übertragung, das Recht steht dann wieder dem Zedenten zu.¹⁴ Die Abtretung der Dienstbarkeit erfasst nicht automatisch die vom Dienstbarkeitsberechtigten errichteten Anlagen; diese sind vielmehr nach §§ 929 ff. BGB zu übertragen.¹⁵

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

¹⁴ Staudinger/Mayer, BGB, 2009, § 1092 Rdnr. 36.

¹⁵ Bassenge, NJW 1996, 2777.

3. BGB § 1066 (Zulässigkeit von Quotennießbrauch an Miteigentumsanteil)

Die Bestellung eines Quotennießbrauchs an einem Miteigentumsanteil ist zulässig. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Schleswig, Beschluss vom 6.11.2008, 2 W 174/08

Der Beteiligte zu 1 ist der Sohn der Eigentümerin zu 2 und ihres Ehemannes, des Beteiligten zu 2. Durch notariellen Vertrag überließ die Eigentümerin zu 2 dem Beteiligten zu 1 im Wege vorweggenommener Erbfolge ihren Miteigentumsanteil am eingangs bezeichneten Grundstück. In § 4 des Vertrages ist bestimmt:

„Der Übernehmer räumt seiner Mutter ... an dem hälftigen Miteigentum des ... Grundstücks ab dem auf Vertragsbeurkundung folgenden Monat bis einschließlich Dezember ..., den Nießbrauch und ab Januar lebenslanglich einen Quotennießbrauch zu 20 % der auf das überlassene hälftige Miteigentum entfallenden Erträge des Grundstücks als Bruttonießbrauch ein.

Aufschiebend bedingt durch das Ableben der Überlasserin vor ihrem Ehemann ... räumt der Übernehmer seinem Vater an dem hälftigen Miteigentum des ... Grundstücks ab dem auf das Ableben der Überlasserin folgenden Monat lebenslanglich einen Quotennießbrauch zu 20 % der auf das überlassene hälftige Miteigentum entfallenden Erträge als Bruttonießbrauch ein.

Die Nießbrauchsrechte sollen dinglich gesichert werden.

Die Vertragsschließenden bewilligen und beantragen die Eintragung des vorstehend vereinbarten Nießbrauchsrechts für die Überlasserin an bereiter Rangstelle in das Grundbuch ... und für den Erschienenen zu 2 (Vater) im Range danach.“

Der Notar hat gemäß § 15 GBO beim AG beantragt, den im Vertrag gestellten Anträgen auf Eigentumsumschreibung und Eintragung der Nießbrauchsrechte zu entsprechen. Das AG hat ihn darauf hingewiesen, dass ein Quotennießbrauch nur am ganzen Grundstück bestellt werden könne (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 1366) und unter Fristsetzung um Einreichung einer Ergänzungsurkunde gebeten. Das LG hat die in der Folge eingelegte Beschwerde zurückgewiesen. Gegen die Entscheidung des LG richtet sich die vom Notar eingelegte weitere Beschwerde der Eigentümerin zu 2 und des Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 78 GBO zulässige weitere Beschwerde ist begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Rechts (§ 78 GBO; § 546 ZPO). (...)

Nach Auffassung des Senats ist die Bestellung eines Quotennießbrauchs auch an einem ideellen Miteigentumsanteil eines Grundstücks zulässig.

1. Es entspricht einhelliger Auffassung, dass ein ideeller Miteigentumsanteil (vgl. gesetzlicher Fall des § 1066 BGB) oder ein ideeller Bruchteil davon mit einem Nießbrauch belastet werden kann, ferner vom Alleineigentümer auch ein ideeller Bruchteil des ganzen Grundstücks (sog. Bruchteilsnießbrauch – vgl. *Demharter*, GBO, 26. Aufl., Anhang zu § 44 Rdnr. 37 m. w. N.). Desgleichen ist allgemein anerkannt, dass ein ganzes Grundstück (nur) mit dem Bruchteil eines Nießbrauchs belastet werden kann (sog. Quotennießbrauch – vgl. LG Wuppertal, Rpfleger 1995, 209; LG Aachen, RNotZ 2001, 587; LG München, MittBayNot 2003, 492; *Demharter*, GBO, Anhang zu § 44 Rdnr. 37; *Palandt/Bassenge*, BGB, 67. Aufl., § 1030 Rdnr. 5; *Staudinger/Frank*, BGB, 2002, § 1030 Rdnr. 39; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1030 Rdnr. 10, MünchKommBGB/*Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 35 – jeweils m. w. N.). Die Zulässigkeit wird daraus hergeleitet, dass ein Nießbrauch für mehrere Berechtigte zu Bruchteilen bestellt werden könne (vgl. *Staudinger/Frank*, § 1030 Rdnr. 36 bis 38) und durch Wegfall der Berechtigten bis auf den letzten ohne weiteres im Ergebnis ein Quotennießbrauch entstehe (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1366). Besitz, Verwaltung und Ertrag stehen hier Eigentümer und Nießbraucher gemeinschaftlich zu. Auf ihr Verhältnis sind §§ 743, 744, 745 Abs. 2 BGB zumindest entsprechend anwendbar, da die Nutzungsbefugnis aus Eigentum und diejenige aus Nießbrauch eine gemeinschaftliche Berechtigung zu Sachnutzung begründet (*MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 38). Bruchteilsnießbrauch und Quotennießbrauch an einem Alleineigentum unterscheiden sich in ihren Voraussetzungen dadurch, dass beim Erstgenannten ein *ungeteilter Nießbrauch* auf einem Miteigentumsanteil oder an einem ideellen Bruchteil des Alleineigentums lastet (vertikale Teilung – *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 37), während beim Letztgenannten ein *Nießbrauchsanteil* auf dem Eigentum an einer ganzen Sache lastet (horizontale Teilung – *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 37). Der Unterschied in den Rechtsfolgen kommt zum Tragen, wenn der Alleineigentümer einen Miteigentumsanteil seiner Sache auf einen Dritten übertragen will. Er besteht im Wesentlichen darin, dass es beim Bruchteilsnießbrauch einen belasteten und einen unbelasteten Teil gibt, die entsprechend veräußert werden können. Beim Quotennießbrauch ist die ganze Sache belastet. Der Eigentümer kann deshalb nur einen mit einem Nießbrauch belasteten Miteigentumsanteil an einen Dritten veräußern. Der Inhaber

eines solchen Nießbrauchs steht sich mithin in der Regel besser (*MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 40 und 41).

2. Der Senat hat im Anschluss an die vom Notar eingeführte Stellungnahme des Deutschen Notarinstituts in Würzburg, beruhend auf einem (zitierten) Gutachten des Instituts Nr. 61887 vom September 2005, keine Bedenken, aus dem vorerwähnten Argument für die Zulässigkeit des Quotennießbrauchs an einem ganzen Grundstück auch die Zulässigkeit des Quotennießbrauchs an einem Miteigentumsanteil an einem Grundstück herzuleiten. Auch insoweit kann ein Nießbrauch für mehrere Berechtigte bestellt werden. Nach Wegfall der übrigen Berechtigten ist auch hier der letzte Berechtigte ohne weiteres Berechtigter eines Quotennießbrauchs. Die Ausführungen unter Nr. 1 gelten entsprechend. Allerdings verringert sich das Nutzungsrecht des Nießbrauchsberechtigten im Vergleich zu einem einfachen Bruchteilsnießbrauch oder Quotennießbrauch weitergehend. Ob ein solcher Nießbrauch eine Stütze im Gesetz oder in der Kommentarliteratur findet, wie das LG es für erforderlich gehalten hat, hält der Senat für unerheblich. Entscheidend ist, ob gesetzliche Bestimmungen der Zulässigkeit eines solchen Nießbrauchs entgegenstehen. Dies ist nicht der Fall. Dem § 1030 Abs. 2 BGB lässt sich eher der Gedanke entnehmen, dass quantitative und qualitative Beschränkungen des Nießbrauchs grundsätzlich denkbar sind (vgl. *Staudinger/Frank*, § 1030 Rdnr. 39). Der Grundsatz des Typenzwangs und der Typenfixierung im Sachenrecht (vgl. *Palandt/Bassenge*, Einl. vor § 854) ist nicht verletzt, denn sowohl der Nießbrauch als auch Teilrechte sind gesetzlich vorgesehen (§§ 1030 ff., 1008 ff. BGB). Im Übrigen wird ein solcher Nießbrauch ausdrücklich auch von *Demharter*, GBO, Anhang zu § 44 Rdnr. 37, für zulässig gehalten. Der Hinweis des LG auf die Kommentierung von *Staudinger/Frank*, § 1030 Rdnr. 39, beruht möglicherweise auf einem Missverständnis. Zwar wird dort die Definition des Quotennießbrauchs (möglicherweise beispielhaft) am ganzen Grundstück entwickelt, ein solcher an einem Miteigentumsanteil jedoch weder ausdrücklich noch stillschweigend ausgeschlossen. Insbesondere dürfte sich die Wendung: „die beiden Formen zu vermischen, verbietet sich wegen der unterschiedlichen Konsequenzen“ dem Zusammenhang nach auf die Abgrenzung zwischen Bruchteilsnießbrauch und Quotennießbrauch beziehen, weil sie wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen wichtig ist, nicht will sie die Zulässigkeit der Bestellung eines Quotennießbrauchs an einem Miteigentumsanteil verbieten. Dies gilt entsprechend für die vom AG zitierte Fundstelle bei *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1366. Nach allem war im Ergebnis das Grundbuchamt anzuweisen, insoweit von seinen Bedenken Abstand zu nehmen.

4. BGB §§ 1024, 1025 (*Gemeinschaftsverhältnis analog §§ 1024, 1025 BGB bei Grunddienstbarkeiten*)

Eine Grunddienstbarkeit kann zugunsten mehrerer herrschender Grundstücke „als Berechtigte analog §§ 1024, 1025 BGB“ bestellt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Kassel, Beschluss vom 26.5.2009, 3 T 92/09

Die Beschwerdeführerin ist im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen. Im Bestandsverzeichnis des Grundbuchblattes sind mehrere Grundstücke verzeichnet. Durch Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und der S bestellte die Beschwerdeführerin zugunsten des jeweiligen Eigentümers näher bezeichneter anderer Grundstücke, die derzeit im Eigentum der S stehen, eine Grunddienstbarkeit an ihrem Grundbesitz. Gegenstand der Grunddienstbarkeit ist ein umfassendes Benutzungsrecht an dem auf den Grundstücken angelegten Parkplatz. Zudem wurden weitere Einzelheiten hinsichtlich der Kostentragung usw. geregelt. Gleichzeitig wurde die Eintragung

der Grunddienstbarkeit im Grundbuch zulasten des dienenden Grundstücks bewilligt und beantragt. Auf Verlangen des Grundbuchamts reichte der Notar ergänzend eine auf einem Auszug aus der Liegenschaftskarte basierende Skizze, die die herrschenden und dienenden Grundstücke zeigt sowie eine notariell beglaubigte Ergänzung zur Eintragungsbewilligung ein. In der Ergänzung ist ausgeführt:

„Die herrschenden Grundstücke sind als Berechtigte analog §§ 1024, 1025 BGB einzutragen.“

Aus den Gründen:

II.

(...)

Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes genügt die vorliegende Eintragungsbewilligung, die auf eine Vereinbarung der Beteiligten zurückgeht, den formellen und materiellen Anforderungen an die Bezeichnung eines Gemeinschaftsverhältnisses bei der Bestellung einer Grunddienstbarkeit für mehrere Berechtigte gemäß §§ 1018 ff. BGB, § 47 GBO.

§ 47 GBO verlangt für den Fall der Eintragung eines für mehrere Beteiligte gemeinschaftlich bestellten Rechts die Bezeichnung des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses, sofern die Anteile der Berechtigten nicht in Bruchteilen angegeben werden. Zutreffend hat das Grundbuchamt insofern in Ergänzung zum ursprünglichen Eintragungsantrag die Angabe des maßgeblichen Gemeinschaftsverhältnisses verlangt. Dieser Aufforderung ist die Beschwerdeführerin indes entgegen der Ansicht des Grundbuchamts mittlerweile hinreichend nachgekommen.

Gemäß § 1018 BGB kann ein Grundstück u. a. in der Weise zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks belastet werden, dass dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf. Soll ein Recht mehreren Berechtigten gleichrangig zustehen, kann dies in der Weise bestimmt werden, dass für die jeweiligen Eigentümer mehrerer Grundstücke selbständige, jedoch inhalts- und rangleiche Grunddienstbarkeiten bestellt werden. Daneben ist es nach herrschender Meinung zulässig, das dienende Grundstück mit lediglich einer Grunddienstbarkeit zu belasten, aus der die jeweiligen Eigentümer mehrerer herrschender Grundstücke Rechte herleiten können (BGH, NJW 2005, 894 = DNotZ 2005, 617; BayObLG, MittBayNot 2002, 289; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 21.4.1968, 6 W224/66; *Palandt/Bassenge*, BGB, 68. Aufl., § 1018 Rdnr. 3; MünchKommBGB/*Falckenberg*, 4. Aufl., § 1018 Rdnr. 23). Dieser Auffassung schließt sich die Kammer an. Durch die Bestellung nur einer Grunddienstbarkeit bleibt das Grundbuch übersichtlicher, die Eintragung ist kostengünstiger und das (Rang-)Verhältnis sowie sonstige Rechte und Pflichten der jeweiligen Eigentümer der herrschenden Grundstücke untereinander können einfacher und übersichtlicher dargestellt werden.

Ist es somit dem Grunde nach gestattet, in einer Grunddienstbarkeit mehrere Berechtigte auszuweisen, ist es erforderlich, neben den Rechten der Berechtigten am dienenden Grundstück auch das Verhältnis der Berechtigten untereinander näher zu bestimmen. Hierfür hält das Sachenrecht – ebenso wie für die sonstige Ausgestaltung einer Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB – keine weiteren inhaltlichen Vorgaben und erst recht keine abschließende Aufzählung der Möglichkeiten bereit. Vielmehr zeichnet sich die Grunddienstbarkeit i. S. v. § 1018 BGB dadurch aus, dass deren Inhalt – im von § 1018 BGB eröffneten Rahmen – von den Beteiligten frei bestimmt werden kann (vgl. *Palandt/Bassenge*, § 1018 Rdnr. 4 ff.).

An welchen Grundsätzen sich die Ausgestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses zu orientieren hat, ist bislang nicht hin-

reichend geklärt. Zumeist wird eine Anwendung der §§ 420, 428, 432 BGB diskutiert, wobei regelmäßig Modifikationen befürwortet werden (vgl. *Palandt/Bassenge*, § 1018 Rdnr. 3). So soll es sich nach den Ausführungen in MünchKommBGB/*Falckenberg*, § 1018 Rdnr. 23 bei der Gesamtberechtigung regelmäßig um eine „modifizierte, durch Elemente der Mitberechtigung nach § 432 BGB ergänzte Form der Gesamtgläubigerschaft“ handeln. Die Einordnung des Gemeinschaftsverhältnisses in die Bestimmungen der §§ 420 ff. BGB ist indes nicht zwingend vorgegeben. Die Beteiligten können die Ausgestaltung der Grunddienstbarkeit im Allgemeinen und das Gemeinschaftsverhältnis zwischen mehreren Berechtigten im Besonderen frei bestimmen (so auch *Amann*, DNotZ 2008, 324).

Ist nach § 1018 BGB die Bestimmung des Gemeinschaftsverhältnisses zwischen mehreren Berechtigten nicht an zwingende gesetzliche Vorgaben geknüpft, so kann auch im Rahmen des grundbuchrechtlichen Nachweises nach § 47 GBO nichts anderes verlangt werden. Dabei fordert § 47 GBO im Hinblick auf die vorzunehmende Eintragung ohnehin keine umfassende und lückenlose Beschreibung des Gemeinschaftsverhältnisses.

Dies würde bereits im Hinblick auf den zur Verfügung stehenden Raum der Eintragung die Voraussetzungen weit überspannen. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass sich aus der vorzunehmenden Grundbucheintragung Art und Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses ergeben (*Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 47 Rdnr. 1).

Entgegen der Ansicht des Grundbuchamtes genügt die von der Beschwerdeführerin begehrte Beschreibung des Gemeinschaftsverhältnisses als „Berechtigte analog §§ 1024, 1025 BGB“ den genannten Voraussetzungen. Die Kammer vermag der Auffassung von *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 25, wonach die genannte Bezeichnung ein Rechtsverhältnis nicht in hinreichender Art und Weise beschreibe, nicht zu folgen. Aus der begehrten Eintragung wird schließlich deutlich, dass (1) zwischen den Berechtigten überhaupt ein Berechtigungsverhältnis gelten und (2) sich dieses an den in §§ 1024, 1025 BGB normierten Grundsätzen orientieren soll.

Dadurch wird bekräftigt, dass lediglich eine Grunddienstbarkeit bestellt werden soll, die alle betroffenen Grundstücke erfasst. Zwar sollen mehrere Berechtigte bestimmt werden; die dienenden Grundstücke sollen indes nicht stärker belastet werden als durch eine Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten lediglich eines Berechtigten, der – unterstellt – Eigentümer eines einzigen, aus sämtlichen herrschenden Grundstücken bestehenden Grundstücks wäre. Die Nutzungsmöglichkeit der einzelnen Berechtigten ist folglich durch das Vorhandensein weiterer Berechtigter eingeschränkt. Durch die Einbeziehung von § 1024 BGB wird deutlich, dass sich die jeweilige Benutzung der dienenden Grundstücke und das Verhältnis der Berechtigten untereinander nach billigem Ermessen richten sollen. Die Auffassung von *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 25, wonach § 1024 BGB keine gesetzliche Ausübungsregelung enthalte, sondern lediglich einen Anspruch auf Regelung („kann verlangen“) und ein Verweis auf die Vorschrift deswegen nicht ausreiche, erscheint zu formalistisch. Schließlich ist lediglich eine entsprechende Anwendung gewünscht. Angesichts der Art der verfahrensgegenständlichen Grunddienstbarkeit erscheint eine konkretere Ausgestaltung der Nutzungsrechte nur schwer vorstellbar, so dass die Gewährung der Nutzung nach billigem Ermessen ausreichen muss. Schließlich ist zu beachten, dass die Eintragung im Grundbuch lediglich die Grundsätze des Gemein-

schaftsverhältnisses wiedergeben soll, nicht aber alle Einzelheiten.

Wenn § 1025 BGB den Fortbestand einer Grunddienstbarkeit bei Teilung des herrschenden Grundstücks bestimmt und § 1024 BGB das Verhältnis mehrerer sich beeinträchtigender Nutzungsrechte zueinander regelt, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Beteiligten die Geltung der genannten Bestimmungen für vergleichbare Fälle nicht bereits von vornherein vereinbaren können sollen bzw. dies inhaltlich nicht genügen soll.

Nach all dem genügt die vorliegend begehrte Beschreibung des konkreten, nach dem Prinzip der Inhaltsfreiheit gewählten Gemeinschaftsverhältnisses als ein solches nach dem Maßstab der §§ 1024, 1025 BGB der Vorschrift des § 47 GBO.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beitrag von *Amann*, DNotZ 2008, 324, 339.

5. BGB §§ 1572, 1578 Abs. 1, 1578 b (*Altersvorsorge des Unterhaltspflichtigen und Befristung des Krankheitsunterhalts*)

- a) **Auch der Unterhaltspflichtige darf grundsätzlich neben der gesetzlichen Altersvorsorge eine zusätzliche Altersvorsorge betreiben, die beim Ehegattenunterhalt mit einem Betrag bis zu 4 % seines Bruttoeinkommens zu berücksichtigen ist. Dabei kommt es nach der Rechtsprechung des Senats zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen nicht darauf an, ob bereits während der Ehezeit Beiträge für eine solche Altersvorsorge gezahlt wurden.**
- b) **Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des nachehelichen Unterhalts ist vorrangig zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. § 1578 b BGB beschränkt sich allerdings nicht auf die Kompensation ehebedingter Nachteile, sondern berücksichtigt auch eine darüber hinausgehende nacheheliche Solidarität (im Anschluss an das Senatsurteil BGHZ 179, 43 = FamRZ 2009, 406 = DNotZ 2009, 459).**

BGH, Urteil vom 27.5.2009, XII ZR 111/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten um nachehelichen Unterhalt für die Zeit ab Februar 2007.

Sie hatten im April 1972 geheiratet, als die Klägerin 16 Jahre alt und vom Beklagten schwanger war. Aus ihrer Ehe sind insgesamt vier Kinder hervorgegangen, von denen nur noch die im Oktober 1987 geborene jüngste Tochter, die im Haushalt der Klägerin wohnt, unterhaltsbedürftig ist. Die Ehe der Parteien wurde im Mai 1998 geschieden. Im Hinblick auf die Unterhaltspflicht des Beklagten für die gemeinsamen Kinder machte die Klägerin zunächst keinen nachehelichen Unterhalt geltend.

Die Klägerin ist nach einer im Jahre 1989 diagnostizierten Darmkrebserkrankung seit 1993 als zu 100 % schwerbehindert eingestuft und bezieht eine Erwerbsunfähigkeitsrente, die sich zunächst auf 1.039,21 € belief und seit Juli 2007 1.040,19 € beträgt. Daneben erzielt sie Einkünfte aus einer geringfügigen Erwerbstätigkeit in Höhe von monatlich 349 €. Um den Arbeitsplatz zu erreichen, muss sie zweimal wöchentlich mit dem Pkw 30 km zurücklegen. Für eine Lebensversicherung zahlt die Klägerin monatliche Beiträge i. H. v. 51,13 €. Im Jahre 2007 musste sie eine Steuernachzahlung i. H. v. insgesamt 74 €, im Jahre 2008 eine solche i. H. v. 488 € leisten.

Der Beklagte erzielt als Beamter Nettoeinkünfte i. H. v. 2.601,28 €, in denen eine Dienstaufwandsentschädigung i. H. v. monatlich 104,17 € enthalten ist. Hinzu kommt eine Steuererstattung, die sich nach Abzug der Kosten für die Erstellung der Steuererklärung im Jahre 2007 auf insgesamt 790,02 € und im Jahre 2008 auf insgesamt 744,78 € belief. Die Beiträge des Beklagten zur Krankenversicherung betragen im Jahre 2007 monatlich 303,98 € und belaufen sich ab Januar 2008 auf monatlich 314,85 €. Für eine Kapitallebensversicherung mit Berufsunfähigkeitszusatzversicherung zahlte der Beklagte ursprünglich monatlich 302,16 €, wovon nach den Feststellungen des Berufungsgerichts 111,85 € auf die Berufsunfähigkeitsversicherung und 190,31 € auf die Lebensversicherung entfielen. Für die Zeit ab Juli 2007 ist der Gesamtbeitrag auf monatlich 317,27 € gestiegen. Für sich und die noch unterhaltsberechtigten Tochter zahlt der Beklagte monatliche Beiträge für eine Krankenhaustagegeldversicherung, die ursprünglich 13,01 € betragen und sich seit November 2007 auf 17,51 € belaufen. Außerdem zahlt der Beklagte monatliche Beiträge für eine weitere Lebensversicherung i. H. v. ursprünglich 49,49 € und von 52,02 € seit September 2007. Schließlich zahlt er Monatsraten auf einen Bausparvertrag i. H. v. 75 €. Auf den Unterhaltsanspruch der Tochter zahlt der Beklagte monatlich 250 €, während die Klägerin für den restlichen Barunterhalt der volljährigen Tochter aufkommt.

Das AG hat der auf einen Unterhaltsanspruch i. H. v. monatlich 111,40 € gerichteten Klage im Wesentlichen stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das OLG – unter Zurückweisung der mit einer Klageerweiterung verbundenen Anschlussberufung der Klägerin – der Klage in geringerem Umfang stattgegeben und den Beklagten verurteilt, an die Klägerin für die Zeit ab dem 20.2.2007 Unterhalt in wechselnder Höhe, zuletzt für die Zeit ab Januar 2008 i. H. v. monatlich 103 € zu zahlen. Die vom Beklagten begehrte Befristung des Unterhaltsanspruchs hat es abgelehnt. Die Revision hat das Berufungsgericht „im Hinblick auf die Anwendung des neuen Unterhaltsrechts zur Frage der Beschränkung oder Befristung des Unterhaltsanspruchs nach § 1578 b BGB“ zugelassen.

Gegen das Berufungsurteil richten sich die Revision des Beklagten, mit der er nach wie vor Klageabweisung begehrt, und die Anschlussrevision der Klägerin, die auf einen höheren Unterhalt für die Zeit ab Juli 2007, zuletzt für die Zeit ab Juni 2008 auf monatlich 209 €, gerichtet ist.

Aus den Gründen:

B.

Soweit die Revision des Beklagten zulässig ist, bleibt sie ohne Erfolg, während die Anschlussrevision der Klägerin im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht führt. (...)

II.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings die Einwände des Beklagten gegen den Anspruch auf Krankheitsunterhalt zurückgewiesen, soweit sie auf einen Verzicht der Klägerin oder eine Verwirkung ihres Unterhaltsanspruchs gerichtet sind. Auch die Revision des Beklagten erinnert hierzu nichts.

2. Die Anschlussrevision der Klägerin hat schon deswegen Erfolg, weil das OLG ihren Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen nicht zutreffend ermittelt hat.

a) Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass sich die Höhe des nachehelichen Unterhaltsanspruchs der Klägerin gemäß § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB nach den ehelichen Lebensverhältnissen richtet. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „ehelichen Lebensverhältnisse“ ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats allerdings nicht mehr im Sinne eines strikten Stichtagsprinzips auszulegen. Eine solche Fixierung auf einen bestimmten Stichtag lässt sich der Vorschrift des § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht entnehmen. Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung sind bei der

Bemessung des nachehelichen Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen vielmehr spätere Änderungen des verfügbaren Einkommens grundsätzlich zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, wann sie eingetreten sind und ob es sich um Minderungen oder Verbesserungen handelt. Die in § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgegebene Anknüpfung an die ehelichen Lebensverhältnisse kann deren grundsätzliche Wandelbarkeit lediglich nach dem Zweck des nachehelichen Unterhalts einerseits und der fortwirkenden ehelichen Solidarität andererseits begrenzen (BGHZ 179, 196 = FamRZ 2009, 411, 413 f.).

b) Diesen Vorgaben der neueren Rechtsprechung des Senats hält das angefochtene Urteil nicht in allen Punkten stand.

aa) Im Ansatz zutreffend ist das Berufungsgericht bei der Bemessung des nachehelichen Unterhaltsanspruchs der Klägerin allerdings von den unstreitigen Nettoeinkünften des Beklagten i. H. v. 2.601,28 € ausgegangen und hat dem – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. BGHZ 175, 182, 195 = FamRZ 2008, 968, 971 = DNotZ 2008, 533) – die vom Beklagten erhaltenen Steuererstattungen hinzugerechnet.

Bei der Bemessung der unterhaltsrechtlich zu berücksichtigenden Steuererstattungen hat das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend die Kosten für die Erstellung der Steuererklärungen abgesetzt. In seiner neueren Rechtsprechung zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen knüpft der Senat grundsätzlich an die tatsächlichen Verhältnisse während des Unterhaltszeitraums an. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts musste der Beklagte für seine Steuererklärung im Jahre 2007 84 € und im Jahre 2008 115 € aufwenden, die seine Steuererstattung entsprechend schmälern. Eine Berücksichtigung dieser Verringerung des verfügbaren Einkommens findet nach der neueren Rechtsprechung des Senats erst in der nachehelichen Solidarität ihre Grenze. Nur bei einem unterhaltsrechtlich vorwerfbaren Verhalten ist deswegen entgegen den tatsächlichen Verhältnissen von fiktiv höheren Einkünften auszugehen (BGHZ 175, 182, 195 f. = FamRZ 2008, 968, 971 f. = DNotZ 2008, 533). Ein solches unterhaltsrechtlich vorwerfbares Verhalten hat das OLG bezüglich der Kosten für die Erstellung der Steuererklärungen zu Recht abgelehnt. Denn die steuerliche Behandlung der Erwerbseinkünfte ist auch für abhängig beschäftigte Arbeitnehmer nicht offenkundig, eine geringere Steuerlast kommt auch dem unterhaltsberechtigten Ehegatten zugute und oftmals ergibt sich erst durch die Beratung, ob steuerrechtlich zu beachtende Besonderheiten vorliegen. Ein Abzug tatsächlich angefallener Kosten für die Steuererklärung ist deswegen nur dann ausgeschlossen, wenn von vornherein feststeht, dass für das abgelaufene Steuerjahr weder eine Steuerpflicht noch eine Erstattung in Betracht kommt (vgl. *Wendl/Dose*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 108; a. A. OLG Hamm, FamRZ 1992, 1177 und *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 10. Aufl., Rdnr. 1051).

Zu Recht hat das Berufungsgericht vom Nettoeinkommen des Beklagten auch neben der Dienstaufwandsentschädigung die Kosten für seine Krankenversicherung, seine Berufsunfähigkeitsversicherung und die Krankenhaustagegeldversicherung abgesetzt. Diese Beiträge dienen der Sicherung des Erwerbseinkommens des Beklagten im Falle von Krankheit oder Arbeitslosigkeit, ohne dass der Beklagte dadurch zulasten der Klägerin eigenes Vermögen bildet. Die Kosten für diese reinen Risikoversicherungen sind deswegen als Kosten zur Erhaltung des Arbeitseinkommens zu berücksichtigen.

bb) Zutreffend weist die Anschlussrevision der Klägerin allerdings darauf hin, dass das Berufungsgericht mit dem Abzug der Beiträge für zwei Lebensversicherungen und einen Bausparvertrag Vorsorgeaufwendungen berücksichtigt hat, die den nach der Rechtsprechung des Senats geltenden Höchstbetrag der zusätzlichen Altersvorsorge übersteigen.

Nach der Rechtsprechung des Senats darf auch der Unterhaltspflichtige von seinen Einkünften grundsätzlich neben der gesetzlichen Altersvorsorge eine zusätzliche Altersvorsorge betreiben, die unterhaltsrechtlich beim Elternunterhalt bis zu 5 % des Bruttoeinkommens (BGH, FamRZ 2004, 792, 793 und FamRZ 2006, 1511, 1514 = DNotZ 2007, 48) und im Übrigen bis zu 4 % des Bruttoeinkommens (BGHZ 163, 84, 97 ff. = FamRZ 2005, 1817, 1821 f. und BGHZ 171, 206, 216 = FamRZ 2007, 793, 795 = MittBayNot 2007, 319) betragen kann.

Dabei kommt es nach der Rechtsprechung des Senats zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts jedoch nicht darauf an, ob bereits während der Ehezeit Beiträge für eine solche Altersvorsorge gezahlt wurden. Denn wenn der Unterhaltspflichtige bereits während der Ehezeit eine zusätzliche Altersvorsorge – wie hier in Form einer Kapitallebensversicherung – betrieben hatte, profitiert der andere Ehegatte regelmäßig im Zugewinnausgleich davon. Für die Zeit ab Zustellung des Scheidungsantrags, die vom Zugewinnausgleich nicht mehr erfasst wird, können überhöhte ehezeitliche Vorsorgekosten keine Rechtfertigung für deren Fortdauer geben. Dies würde nunmehr auf eine einseitige Vermögensbildung des unterhaltspflichtigen Ehegatten zulasten der Unterhaltsansprüche des unterhaltsberechtigten Ehegatten hinauslaufen (vgl. zum Wohnvorteil BGH, FamRZ 2008, 963, 965). Umgekehrt ist nach der Rechtsprechung des Senats zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen allerdings auch eine erst nachehelich hinzutretende zusätzliche Altersvorsorge zu berücksichtigen, weil darin kein unterhaltsrechtlich vorwerfbares Verhalten liegt, welches die nacheheliche Solidarität der geschiedenen Ehegatten verletzt (vgl. BGHZ 179, 196 = FamRZ 2009, 411, 413 f.).

Das OLG durfte danach die der Altersvorsorge dienenden Beiträge des Beklagten für seine beiden Lebensversicherungen und den Bausparvertrag nicht in voller Höhe von monatlich 314,80 € (190,31 € + 49,49 € + 75 €), sondern lediglich in Höhe von 4 % des Bruttoeinkommens berücksichtigen. Der Senat kann insoweit aber nicht selbst abschließend entscheiden, weil es an den erforderlichen Feststellungen durch das Berufungsgericht fehlt. Denn es hat weder das Bruttoeinkommen des Beklagten festgestellt, noch die Höhe des auf die Lebensversicherung entfallenden Beitrags für den mit der Berufsunfähigkeitsversicherung verbundenen Versicherungsvertrag. Zwar hatte das AG die monatlichen Kosten für diesen Versicherungsvertrag i. H. v. ursprünglich 302,16 € entsprechend dem Vortrag des Beklagten in einen Teil für die Berufsunfähigkeitsversicherung von 111,85 € und einen weiteren Teil für die Lebensversicherung i. H. v. 190,31 € aufgeteilt. Dies widerspricht allerdings der in Bezug genommenen Auskunft der Versicherungsgesellschaft, die den Beitrag in einen Teil von 122,14 € für die Berufsunfähigkeitsversicherung und einen Teil von 180,02 € für die Lebensversicherung aufgeteilt hatte. Auch die Aufteilung für die Zeit ab der Erhöhung des Gesamtbeitrages zum 1.7.2007 von 302,16 € auf 317,27 € hat das OLG – aus seiner Sicht konsequent – nicht festgestellt. Das angefochtene Urteil ist deswegen aufzuheben und der Rechtsstreit ist insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3. Soweit der Beklagte mit seiner Revision eine zeitliche Befristung oder eine Begrenzung des nachehelichen Unterhalts nach § 1578 b BGB begehrt, hat diese hingegen keinen Erfolg. Denn das OLG hat im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens eine Begrenzung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise abgelehnt.

a) Ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt ist nach § 1578 b Abs. 2 Satz 1 BGB zeitlich zu begrenzen, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre. Die Kriterien für die Billigkeitsabwägung ergeben sich aus den nach § 1578 b Abs. 2 Satz 2 BGB entsprechend anzuwendenden Gesichtspunkten für die Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs auf den angemessenen Lebensbedarf nach § 1578 b Abs. 1 Satz 2, 3 BGB.

aa) Danach ist bei der Billigkeitsabwägung für eine Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des nachehelichen Unterhalts vorrangig zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Wie schon nach der Rechtsprechung des Senats zu § 1573 Abs. 5 BGB a. F. (BGH, FamRZ 2006, 1006, 1007 = DNotZ 2006, 770) schränken solche ehebedingten Nachteile regelmäßig auch nach der Neufassung des § 1578 b BGB (BT-Drucks. 16/1830, S. 19) die Möglichkeit einer Befristung und Begrenzung des nachehelichen Unterhalts ein (BGH, FamRZ 2008, 1325, 1328 = DNotZ 2008, 855). Solche Nachteile können sich nach § 1578 b Abs. 1 Satz 3 BGB vor allem aus der Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, aus der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe sowie aus der Dauer der Ehe ergeben.

Im Rahmen des Betreuungsunterhalts nach § 1570 BGB führt etwa eine fehlende oder eingeschränkte Erwerbsmöglichkeit wegen Betreuung eines gemeinsamen Kindes zu einem ehebedingten Nachteil, der regelmäßig unterhaltsrechtlich auszugleichen ist (vgl. insoweit BGH, FamRZ 2009, 770, 772 ff. = MittBayNot 2009, 303 m. Anm. *Grziwotz*). Auch bei der Entscheidung über eine Begrenzung oder Befristung des Unterhalts wegen Alters nach § 1571 BGB ist zu berücksichtigen, ob der unterhaltsberechtigten Ehegatte trotz eines durchgeführten Versorgungsausgleichs geringere Renteneinkünfte erzielt, als er ohne die Ehe und die Erziehung der gemeinsamen Kinder erzielen würde. Beim Krankheitsunterhalt nach § 1572 BGB, bei dem die Krankheit regelmäßig nicht ehebedingt ist, kann sich ein ehebedingter Nachteil nur daraus ergeben, dass ein Unterhaltsberechtigter aufgrund der Rollenverteilung in der Ehe nicht ausreichend für den Fall der krankheitsbedingten Erwerbsminderung vorgesorgt hat und seine Erwerbsunfähigkeitsrente infolge der Ehe und Kindererziehung geringer ist, als sie ohne die Ehe wäre (BGHZ 179, 43 = FamRZ 2009, 406, 408 = DNotZ 2009, 459). Insoweit entsprechen sich der Krankheitsunterhalt nach § 1572 BGB und der Altersunterhalt nach § 1571 BGB. In beiden Fällen ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Ausgleich unterschiedlicher Vorsorgebeiträge vornehmlich Aufgabe des Versorgungsausgleichs ist, durch den die Interessen des Unterhaltsberechtigten regelmäßig ausreichend gewahrt werden (BGH, FamRZ 2008, 1325, 1328 f. = DNotZ 2008, 855 und FamRZ 2008, 1508, 1511 = DNotZ 2007, 48).

bb) § 1578 b BGB beschränkt sich nach dem Willen des Gesetzgebers allerdings nicht auf die Kompensation ehebedingter Nachteile, sondern berücksichtigt auch eine darüber hinausgehende nacheheliche Solidarität (BT-Drucks. 16/1830, S. 19). Denn indem § 1578 b Abs. 1 Satz 2 BGB „insbesondere“ auf das Vorliegen ehebedingter Nachteile abstellt,

schließt es andere Gesichtspunkte für die Billigkeitsabwägung nicht aus. Dieser Umstand gewinnt besonders beim nachehelichen Unterhalt gemäß § 1572 BGB wegen einer Krankheit, die regelmäßig nicht ehebedingt ist, an Bedeutung (BGHZ 179, 43 = FamRZ 2009, 406, 409 = DNotZ 2009, 459).

Allerdings handelt es sich bei einer schweren Krankheit und der durch sie bedingten Erwerbsunfähigkeit in der Regel um eine schicksalhafte Entwicklung. Eine dauerhafte Unterhaltsverantwortung des geschiedenen Ehegatten für das allein im zeitlichen Zusammenhang mit der Ehe stehende Krankheitsrisiko ist deswegen nicht ohne weiteres gerechtfertigt. Der Einsatzzeitpunkt in § 1572 BGB schließt deswegen eine Einstandspflicht des geschiedenen Ehegatten für erst nachehelich eingetretene Erkrankungen aus (BGHZ 179, 43 = FamRZ 2009, 406, 409 = DNotZ 2009, 459).

Andererseits hat der Gesetzgeber mit der Schaffung des Unterhaltsanspruchs wegen Krankheit oder Gebrechen in § 1572 BGB ein besonderes Maß an nachehelicher Solidarität festgeschrieben, das auch im Rahmen der Begrenzung oder Befristung dieses nachehelichen Unterhalts nicht unberücksichtigt bleiben kann. Auch in solchen Fällen, in denen die fortwirkende eheliche Solidarität den wesentlichen Billigkeitsmaßstab bildet, fällt den in § 1578 b Abs. 1 Satz 3 BGB genannten Umständen besondere Bedeutung zu (BT-Drucks. 16/1830, S. 19). Auf deren Grundlage, insbesondere der Dauer der Pflege oder Erziehung gemeinschaftlicher Kinder, der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe sowie der Dauer der Ehe ist auch der Umfang einer geschuldeten nachehelichen Solidarität zu bemessen.

b) Soweit das Berufungsgericht auf dieser rechtlichen Grundlage eine Befristung oder Begrenzung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin abgelehnt hat, ist dies aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

aa) Zwar ist die Krebserkrankung der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unabhängig von Ehe, Kindererziehung und Rollenverteilung in der Ehe eingetreten und somit nicht ehebedingt. Dass die Erwerbsunfähigkeitsrente der Klägerin unter Berücksichtigung ihrer Kindererziehungszeiten und der damit verbundenen Anrechnungszeiten sowie des durchgeführten Versorgungsausgleichs geringer ist, als sie ohne die Ehe und Kindererziehung wäre, hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht festgestellt.

bb) Der unbegrenzte Ausspruch des nachehelichen Unterhalts als Billigkeitsentscheidung ist gleichwohl aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat der nachehelichen Solidarität der Ehegatten hier zu Recht eine besondere Bedeutung eingeräumt. Denn die Parteien waren 26 Jahre verheiratet und hatten eine reine Hausfrauenehe geführt. Die Klägerin hatte bereits im Alter von 16 Jahren wegen der eingetretenen Schwangerschaft geheiratet und konnte deswegen keine Berufsausbildung absolvieren. Die vier ehelich geborenen Kinder sind von ihr betreut und erzogen worden. Im Zeitpunkt der Scheidung war die jüngste Tochter erst zehn Jahre alt und noch betreuungsbedürftig. Die Klägerin hat sich somit seit Abschluss ihrer Schulzeit und weit über den Zeitpunkt ihrer Krebserkrankung im Jahre 1989 hinaus allein für die Ehe der Parteien eingesetzt. Dies begründet ein besonders gewichtiges Vertrauen, das im Rahmen einer Befristung und Begrenzung des Unterhaltsanspruchs nach § 1578 b BGB ebenfalls zu berücksichtigen ist.

Auch die weiteren Umstände stehen der Entscheidung des Berufungsgerichts im Rahmen der notwendigen Gesamtschau aus revisionsrechtlicher Sicht nicht entgegen. Denn die Klä-

gerin erzielt aus ihrer Erwerbsunfähigkeitsrente und ihren Nebeneinkünften abzüglich aller Kosten lediglich Einkünfte in Höhe von rund 1.140 €, die nur wenig über den angemessenen Selbstbehalt hinausgehen. Demgegenüber verbleiben dem Beklagten nach Abzug sämtlicher unterhaltsrelevanter Kosten und des für die volljährige Tochter gezahlten Unterhalts deutlich höhere Einkünfte, von denen er den relativ geringen Unterhaltsanspruch der Klägerin ohne besondere Einschränkung erbringen kann. Ein berechtigtes Vertrauen, das einem unbefristeten Unterhaltsanspruch der Klägerin entgegenstehen könnte, konnte sich schon deswegen nicht bilden, weil die Klägerin bereits im Jahre 1989 erkrankt und seit 1993 dauerhaft als zu 100 % erwerbsunfähig eingestuft war, während die Ehe der Parteien erst im Jahre 1998 geschieden wurde.

6. BGB §§ 104 Nr. 2, 164, 1896 Abs. 2 Satz 2 (*Beurteilung der Geschäftsfähigkeit bei Vorsorgevollmachten*)

1. **Die Diagnose einer fortschreitenden Demenz steht der Wirksamkeit einer früher erteilten notariellen Vorsorgevollmacht nicht entgegen, solange nicht die Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen bereits zum Zeitpunkt der Beurkundung hinreichend sicher feststeht. Hat der Betroffene bewusst und in freier Willensentschließung eine Vertrauensperson bevollmächtigt, kann jedenfalls eine hierauf bezogene (partielle) Geschäftsfähigkeit selbst dann zu bejahen sein, wenn nicht auszuschließende leichtere kognitive Defizite zu Bedenken gegen die Wirksamkeit anderweitiger Willenserklärungen Anlass geben können.**
2. **Zweifel an der Geschäftsfähigkeit zum Zeitpunkt einer Vollmachtserteilung beeinträchtigen die Eignung der Vollmacht als Alternative zur Betreuung nur dann, wenn sie konkrete Schwierigkeiten des Bevollmächtigten im Rechtsverkehr erwarten lassen (Abgrenzung zu BayObLG, FamRZ 1994, 720).**
3. **Ist eine später erteilte Vollmacht nicht aufzuklärenden Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit ausgesetzt, kann nicht ohne weiteres eine inhaltlich abweichende frühere, unzweifelhaft wirksame Vollmacht als zur Betreuungsvermeidung geeignet beurteilt werden. Wegen der konkreten Gefahr, dass auch der später Bevollmächtigte sich auf die vermeintlich wirksam erteilte Vertretungsmacht beruft und der Rechtsverkehr insoweit ohne eigene Beurteilungsmöglichkeit womöglich mit widersprechenden Erklärungen unterschiedlicher Bevollmächtigter konfrontiert wird, erübrigt dann die zuerst erteilte Vollmacht eine Betreuung nicht.**

OLG München, Beschluss vom 5.6.2009, 33 Wx 278/08

Die Betroffene ist Alleinerbin nach ihrem Ehemann. Die Beteiligten sind deren gemeinschaftliche Kinder. Während sich die Beteiligte zu 1 ihren Pflichtteilsanspruch nach ihrem Vater bereits abgelten ließ, ist der Anspruch des Beteiligten zu 2 noch nicht erfüllt. Die Betroffene hatte zunächst am 25.8.2006 durch notarielle Urkunde dem Beteiligten zu 2 eine umfassende Vollmacht erteilt. Am 23.11.2006 änderte sie ebenfalls in notarieller Urkunde die Vollmacht in der Weise, dass der Beteiligte zu 2 Verfügungen über Grundbesitz und die Eingehung von Verpflichtungen zur Verfügung über Grundbesitz nur gemeinsam mit der Beteiligten zu 1 vornehmen könne. Die Betroffene hat sodann unter dem Datum des 30.11.2006 den Beteiligten eine notariell beurkundete Vorsorgevollmacht erteilt, die u. a. folgende Bestimmungen enthielt:

„Ich ... erteile hiermit

- a) meinem Sohn ... und

b) meiner Tochter ...

und zwar gemeinschaftlich

Vollmacht zu meiner gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung in allen gesetzlich zulässigen Fällen ...

V.

Für den Fall, dass trotz der vorstehenden Vorsorgevollmacht für mich die Bestellung eines Betreuers notwendig wird, beantrage ich beim zuständigen Gericht, dieses Amt einem der beiden Bevollmächtigten zu übertragen, bzw. diesen zum Betreuer zu bestellen.

VIII.

Die Erklärungen in der diesamtlichen Urkunde vom 25.8.2006 samt Nachtrag hierzu vom 23.11.2006 werden voll inhaltlich widerrufen ...“

Am 30.8.2007 erteilte die Betroffene eine umfassende notarielle Vorsorgevollmacht allein zugunsten der Beteiligten zu 1. Mit gesonderter Urkunde vom selben Tag widerrief sie sämtliche zuvor erteilten Vollmachten. Am 12.11.2007 regte der Beteiligte zu 2 beim AG an, für die Betroffene einen berufsmäßigen Betreuer zu bestellen, insbesondere für den Aufgabenkreis Vermögenssorge. Bei der Durchsetzung seines Pflichtteilsanspruchs gegen die Betroffene gebe es erhebliche Probleme; es bestehe der Verdacht, dass sie geschäftsunfähig sei. Angehörige würden wegen erheblicher finanzieller Interessen als Betreuer ausscheiden.

Die Beteiligte zu 1 verneinte in einer Stellungnahme die Betreuungsbedürftigkeit der Betroffenen unter Hinweis auf die Vorsorgevollmacht vom 30.8.2007. Aufgrund eines eingeholten Sachverständigengutachtens und einer ergänzenden Stellungnahme hierzu ordnete das AG am 15.2.2008 eine Betreuung an mit dem Aufgabenkreis „Alle Angelegenheiten inklusive Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der Post sowie Entscheidung über den Fernmeldeverkehr“ und bestellte hierfür einen berufsmäßigen Betreuer. Als späterer Überprüfungszeitpunkt wurde der 15.2.2015 festgelegt.

Hiergegen legte die Beteiligte zu 1 Beschwerde ein mit der Begründung, aufgrund der in der Vorsorgevollmacht vom 30.8.2007 enthaltenen Regelung hätte sie selbst zur Betreuerin bestellt werden müssen. Allenfalls für die Aufgaben „Pflichtteilsansprüche des Beteiligten zu 2 gegenüber der Betroffenen“ hätte ein Rechtsanwalt als Betreuer bestellt werden können. Am 4.4.2008 half das AG dieser Beschwerde teilweise insofern ab, als der berufsmäßige Betreuer lediglich für den Aufgabenkreis „Vertretung hinsichtlich der Regelung der Pflichtteilsansprüche des Beteiligten zu 2 einschließlich Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der entsprechenden Post“ bestellt werden solle. Für den übrigen bisherigen Aufgabenkreis bestellte das Gericht die Beteiligte zu 1 als Betreuerin.

Diese hielt ihre Beschwerde aufrecht, soweit ihr nicht abgeholfen worden war. Mit einem weiteren Schriftsatz legte sie gegen den Beschluss vom 4.4.2008 Beschwerde ein mit dem Antrag, ihn aufzuheben bzw. hilfsweise in Abänderung dieser Entscheidung die Beteiligte zu 1 umfassend als Betreuerin zu bestellen. Auch der Beteiligte zu 2 legte gegen den Beschluss vom 4.4.2008 insoweit Beschwerde ein, als dort für den gesamten übrigen Aufgabenkreis die Beteiligte zu 1 als alleinige Betreuerin bestellt wurde. Er berief sich auf die Vorsorgevollmacht vom 30.11.2006 und ließ ferner vortragen, dass eine gemeinsame Betreuung wohl nicht praktikabel sei. Keinesfalls dürfe die Beteiligte zu 1 allein bestellt werden, da eine Interessenkollision im Hinblick auf die bereits vorgenommene Abgeltung ihrer Pflichtteilsansprüche bestehe. Das AG half dieser Beschwerde nicht ab: Eine gemeinsame Betreuung komme im Hinblick auf die Zerstrittenheit der Beteiligten nicht in Betracht. Die Sympathien der Betroffenen lägen eher bei der Beteiligten zu 1.

Auch die Betroffene selbst legte Beschwerde gegen den Beschluss vom 15.2.2008 ein mit der Begründung, eine Betreuung sei überhaupt nicht erforderlich, da die am 30.8.2007 erteilte Vollmacht wirksam sei. Dieser Ansicht schloss sich auch die Betreuungsstelle an. Der Beteiligte zu 2 hält die Betroffene hingegen zu diesem Zeitpunkt bereits für geschäftsunfähig. Selbst im Fall der Wirksamkeit der Vollmacht sei aber eine Betreuung durch einen unabhängigen Betreuer für den Bereich der Vermögenssorge und der Regelung des Pflichtteilsanspruchs des Beteiligten zu 2 erforderlich, da die Beteiligte zu 1 insoweit ungeeignet sei, die Interessen der Betroffenen zu vertreten.

Nach Einholung eines Sachverständigengutachtens hielt das LG am 5.11.2008 die erstinstanzlichen Beschlüsse vom 15.2.2008 und 4.4.2008 insofern aufrecht, als für die Betroffene eine Betreuung mit dem Aufgabenkreis „außergerichtliche und gerichtliche Vertretung der Betroffenen hinsichtlich der Regelungen der Pflichtteilsansprüche des Sohnes der Betroffenen bezüglich des Nachlasses einschließlich Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der entsprechenden Post“ errichtet wurde. Insofern wurde die Beteiligte zu 1 zur Betreuerin bestellt. Im Übrigen wurden die Beschlüsse aufgehoben und der berufsmäßige Betreuer entlassen. Das AG werde bis spätestens 1.11.2011 über eine Verlängerung der Betreuung zu beschließen haben. Bis zu dieser Entscheidung bestehe die Betreuung fort. Im Übrigen wurden die Beschwerden zurückgewiesen.

Hiergegen legte der Beteiligte zu 2 weitere Beschwerde ein mit dem Antrag, Ziff. I des landgerichtlichen Beschlusses insoweit aufzuheben, als die Tochter der Betroffenen als Betreuerin für den Aufgabenkreis „außergerichtliche und gerichtliche Vertretung der Betroffenen hinsichtlich der Regelungen der Pflichtteilsansprüche des Sohnes der Betroffenen bezüglich des Nachlasses einschließlich Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der entsprechenden Post“ bestellt und der berufsmäßige Betreuer entlassen wurde. Dem trat die Betroffene entgegen und erhob zugleich weitere Anschlussbeschwerde mit dem Antrag, den landgerichtlichen Beschluss sowie die Beschlüsse des AG vom 15.2.2008 und 4.4.2008 insgesamt aufzuheben. Im Hinblick auf die nach ihrer Auffassung wirksame Vollmacht vom 30.8.2007 benötige die Betroffene überhaupt keine Betreuung

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde und die weitere Anschlussbeschwerde sind zulässig eingelegt. Jedoch erweist sich nur die weitere Anschlussbeschwerde als begründet. (...)

2. a) Ein Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist (§ 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB). Die Betreuung ist nach Satz 2 der Vorschrift u. a. nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen nicht von Gesetzes wegen ausgeschlossenen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können.

b) Hier hatte die Betroffene der Beteiligten zu 1 am 30.8.2007 eine umfassende Vorsorgevollmacht erteilt, die grundsätzlich nach Inhalt und Reichweite zur Vermeidung einer Betreuung i. S. v. § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB geeignet war.

aa) Durchgreifende Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Vollmacht im Hinblick auf § 104 Nr. 2 BGB bestehen nach Auffassung des Senats – insoweit abweichend von der Einschätzung des LG – nicht.

(1) Geschäftsunfähig sind Volljährige, wenn sie sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist (§ 104 Nr. 2 BGB). Der Betroffene muss danach an einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit leiden. Gleichgültig ist, unter welchen medizinischen Begriff die Störung fällt. § 104 Nr. 2 BGB umfasst nicht nur Geisteskrankheit, sondern auch Geisteschwäche (vgl. RGZ 130, 71; 162, 228; BGH, WM 1965, 895). Die krankhafte Störung darf nicht vorübergehender Natur sein. § 104 Nr. 2 BGB setzt einen Dauerzustand voraus. Die krankhafte Störung muss die freie Willensbestimmung ausschließen. Das ist der Fall, wenn der Betroffene nicht mehr in der Lage ist, seine Entscheidung von vernünftigen Erwägungen abhängig zu machen (vgl. RGZ 130, 71; BGH, NJW 1970, 681; FamRZ 1984, 1003; BayObLG, NJW 1992, 2101). Bloße Willensschwäche oder leichte Beeinflussbarkeit genügen nicht, ebenso wenig das Unvermögen, die Tragweite der abgegebenen Willenserklärung zu erfassen (vgl. BGH, NJW 1961, 261). Dagegen kann

die übermäßig krankhafte Beherrschung durch den Willen anderer die Anwendung von § 104 Nr. 2 BGB rechtfertigen (vgl. RG, JW 1938, 1590; OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 1064).

Nach allgemeiner Auffassung ist bei einem Volljährigen die Geschäftsfähigkeit als Regel zu unterstellen. Ihr Fehlen ist die Ausnahme. Wer sich auf Geschäftsunfähigkeit beruft, hat daher ihre Voraussetzungen zu beweisen (BGH, NJW 1972, 681; BayObLG, Rpfleger 1982, 286; OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 1064; *Palandt/Ellenberger*, BGB, 68. Aufl., § 104 Rdnr. 8).

(2) Dass die Betroffene aufgrund ihrer graduell fortschreitenden dementiellen Erkrankung, die sowohl die Sachverständige Dr. W. als auch Gutachter Dr. L. festgestellt haben, zum Zeitpunkt der Entscheidung der Kammer im November 2008 nicht mehr geschäftsfähig war, lässt für sich genommen keinen Rückschluss auf ihren geistigen Zustand zur Zeit der Erteilung der Vollmacht am 30.8.2007 zu.

(3) Der von der Kammer beauftragte Sachverständige Dr. L., ein Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, hat u. a. aufgrund einer ambulanten psychiatrischen Untersuchung der Betroffenen in seinem zeitnah hierzu erstatteten Gutachten vom 6.8.2008 als Schlussfolgerung ausgeführt:

„Aus Sicht des Unterzeichners spricht viel dafür, dass zum Zeitpunkt der Vorsorgevollmacht am 30.8.2007 bereits erhebliche himorganische Beeinträchtigungen vorgelegen haben. Allerdings kann nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden, dass Frau B. bei der Verfügung am 30.8.2007 noch zur freien Willensbestimmung in der Lage war. Geschäftsunfähigkeit der Betroffenen bei der Erteilung der Vorsorgevollmacht kann damit im Ergebnis noch nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden.“

(4) Der Senat misst in diesem Zusammenhang auch den sachverständigen Ausführungen der Medizinaloberärztin Dr. W. vom Gesundheitsamt R. erhebliche Bedeutung bei. Diese hatte die Betroffene am 3.12.2007 in deren Haus untersucht und anschließend zu den Fragen des Gerichts Stellung genommen. In ihrer Stellungnahme vom 19.12.2007 hatte sie zunächst über die Betroffene ausgeführt:

„Sie kann aufgrund der eingeschränkten freien Willensbildung keine von ihren Angelegenheiten selbst besorgen. Die Bestellung eines Betreuers für die Aufgabenkreise aller Angelegenheiten, einschließlich Erbschaftangelegenheiten und Angelegenheiten als Hauseigentümer, ist bei ihr erforderlich.“

In einer ergänzenden Stellungnahme vom 15.1.2008 teilte die Sachverständige – unter Hinweis auf die Schwierigkeit einer rückschauenden Beurteilung geistiger Funktionen aufgrund einer aktuellen Untersuchung – mit:

„Legt man das Krankheitsbild vom 3.12.2007 zugrunde, so war die Betroffene am 30.8.2007 geistig in der Lage, ihren Willen bezüglich der Grundsatzentscheidungen – alle bis dahin erteilten Vollmachten zu widerrufen und eine neue Vollmacht zugunsten der Tochter auszustellen – frei zu treffen. Sie war nicht in der Lage, die Einzelvereinbarungen und ihre Hintergründe für die Vermögens- und die persönlichen Angelegenheiten, wie in der Vollmacht vom 30.8.2007 ausgeführt, vollständig zu erfassen und hinreichend zu beurteilen. Das trifft insbesondere die Einwilligung in Aufenthaltsbestimmung, Unterbringung und Freiheitsentziehung. Es sei denn, sie wurde über den Inhalt detailliert, mit sämtlichen Folgen und in einer für sie verständlichen Weise aufgeklärt.“

Der Senat verkennt bei Würdigung dieser beiden Stellungnahmen der Sachverständigen Dr. W. nicht, dass sie aufgrund

ihrer Kürze eher einem ärztlichen Zeugnis angenähert sind und überdies auf den ersten Blick auch nicht frei von einer gewissen argumentativen Widersprüchlichkeit zu sein scheinen. Unterstellt man die Richtigkeit der zuletzt getroffenen Wertung, dass das Krankheitsbild vom 3.12.2007 bei rückschauender Übertragung auf die Situation vom 30.8.2007 jedenfalls im Grundsatz einer freien Willensbildung hinsichtlich der Erteilung von Vollmachten und ihres Widerrufs nicht entgegenstand, mag es überraschen, dass die Sachverständige in ihrer vorherigen Stellungnahme gleichwohl eine Betreuung für alle Angelegenheiten für erforderlich hielt.

Entscheidend ist aber, dass die Sachverständige ebenso wie der Gutachter Dr. L. jedenfalls nicht zum Ergebnis kam, dass die Betroffene mit Sicherheit am 30.8.2007 geschäftsunfähig war.

(5) Die Einschätzung, dass nicht zwingend die Wirksamkeit der an jenem Tag erteilten Vollmacht zu verneinen sei, wird nach Auffassung des Senats auch durch folgende Erwägungen gestützt:

Maßgebendes Kriterium für die Geschäftsunfähigkeit ist nach der bereits oben unter 2. b aa (1) zitierten Rechtsprechung, dass die krankhafte Störung die freie Willensbestimmung ausschließt, der Betroffene also nicht mehr in der Lage ist, seine Entscheidung von vernünftigen Erwägungen abhängig zu machen (vgl. RGZ 130, 71; BGH, NJW 1970, 681; FamRZ 1984, 1003; BayObLG, NJW 1992, 2101). Nicht einmal das Vermögen, die Tragweite der abgegebenen Willenserklärung zu erfassen, rechtfertigt für sich genommen die Annahme der Voraussetzungen des § 104 Nr. 2 BGB (vgl. BGH, NJW 1961, 261).

Hier hatte die Betroffene zu Zeiten, als ihre Fähigkeit zu freien Willensentschließung noch außer jedem Zweifel stand, bereits dreimal innerhalb eines Vierteljahres denselben Notar aufgesucht, um Vollmachten – wenngleich wechselnden Inhalts – zugunsten der Beteiligten 1 bzw. 2 zu erteilen. Es ist daher zu unterstellen, dass der Betroffenen die grundsätzliche Bedeutung einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht – nicht zuletzt aufgrund der pflichtgemäß erteilten Belehrungen des Notars – bekannt war. Es ist kein überzeugender Grund ersichtlich für die Annahme, dass dieses Wissen und das Bewusstsein der mit einer solchen Erklärung im Grundsatz verbundenen Rechtsfolgen bei der Betroffenen am 30.8.2007 nicht mehr vorhanden waren. Das gilt jedenfalls vor dem Hintergrund der Ausführungen der Sachverständigen Dr. W., deren Untersuchung wesentlich näher an dem maßgebenden Datum lag als die erst neun Monate später gestellte Diagnose des Gutachters Dr. L.

Die Betroffene hat die Vollmacht vom 30.8.2007 ihrer Tochter erteilt. In der zuvor beurkundeten Vollmacht vom 30.11.2006 war diese ebenfalls bereits als gewillkürte Vertreterin bestellt worden, wenngleich noch gemeinschaftlich mit dem Beteiligten zu 2.

Der Wunsch, ausschließlich von ihrer Tochter vertreten zu werden, war durch ein nachvollziehbares Motiv erklärbar, nämlich die vorangegangene Verärgerung über die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch den Beteiligten zu 2. Ob diese Verärgerung objektiv berechtigt war, nachdem die Beteiligte zu 1 unstrittig sich bereits ihre Pflichtteilsansprüche hat abgelten lassen, mag dahinstehen. Jedenfalls ist dies ein Indiz dafür, dass ihr Entschluss zu einer erneuten Änderung der Bevollmächtigung nicht etwa auf eine übermächtige Beeinflussung durch Dritte zurückgeführt werden konnte.

Damit sprechen aber gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass der Betroffenen – unbeschadet ihrer nachträglich nicht mit

hinreichender Sicherheit feststellbaren geistigen Verfassung – am 30.8.2007 im Grundsatz bewusst war, der Beteiligten zu 1 erneut eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zu übertragen und dies nicht auf einer Fremdsteuerung ihres Willens beruhte. Dies stützt nach Auffassung des Senats die Annahme der insoweit hinreichenden Geschäftsfähigkeit der Betroffenen als Voraussetzung einer wirksamen erteilten Vollmacht.

Es mag sein, dass die Betroffene entsprechend der Vermutung der Sachverständigen Dr. W. von sich aus nicht alle Einzelheiten der Vollmachtsurkunde verstanden haben mag. Allerdings hat die Medizinaloberärztin selbst eingeschränkt, dass dies von einer für sie nachvollziehbaren Erläuterung abhing. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es zu wesentlichen Aufgaben des Notars im Rahmen von § 17 Abs. 1 BeurkG gehört, den Inhalt verlesener Urkunden auch nach Möglichkeit entsprechend der Verständnisfähigkeit eines Beteiligten zu erläutern. Der beurkundende Notar kannte die Betroffene bereits von drei innerhalb kurzer Zeit vorausgegangenen Terminen, die jeweils Vollmachtsangelegenheiten zum Gegenstand hatten.

Es spricht deshalb die Lebenserfahrung dafür und sind keine triftigen Gegengründe ersichtlich, dass die Betroffene zumindest in den wesentlichen Grundzügen verstanden hatte, welche Befugnisse sie ihrer Tochter als bewusst ausgewählter Vertrauensperson mit der erteilten Vollmacht einräumte.

Nach Auffassung des Senats muss das jedenfalls unter den hier gegebenen besonderen Umständen genügen, um die Wirksamkeit der Vollmacht zugrunde zu legen.

Es wäre überzogen, als Ausweis hinreichender kognitiver Fähigkeiten – im Sinne einer notwendigen Basis der Geschäftsfähigkeit – den Nachweis zu verlangen, dass die Betroffene am 30.8.2007 tatsächlich jede Einzelheit der Urkunde bzw. der hierauf bezogenen Erläuterungen des Notars verstanden hatte. Dies wird von der oben angeführten Definition der Geschäftsunfähigkeit nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht vorausgesetzt. Würde man im Übrigen diese Anforderung allgemein im Rechtsverkehr auch bei sonstigen Beteiligten ohne juristische Ausbildung stellen, wäre wohl ein zahlenmäßig nicht ganz unbedeutender Anteil aller notariellen Beurkundungen dem Verdacht der Unwirksamkeit ausgesetzt.

(6) Die Erwägung, dass eine Vollmacht auch dann wirksam sein kann, wenn sich der Vollmachtgeber ohne ersichtliche fremde Willensbeeinflussung und im grundsätzlichen Bewusstsein der Folgen einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht zu einer entsprechenden Beurkundung entschließt, selbst wenn er nicht sämtliche Einzelheiten der rechtssprachlich formulierten Erklärung von sich aus und ohne Erläuterung intellektuell nachvollziehen kann, wird schließlich auch durch folgendes Argument getragen: Die zivilrechtliche Dogmatik kennt eine partielle Geschäftsfähigkeit, in deren Rahmen ein im Übrigen Geschäftsunfähiger trotz allgemeiner Störung seiner Geistestätigkeit in zumindest einzelnen Lebensbereichen in der Lage ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Störung zu bilden und nach der auf diese Weise zutreffend gewonnenen Einsicht zu handeln (vgl. z. B. *Wendtland* in Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar, § 104 BGB Rdnr. 11). Entschieden wurde dies beispielsweise für die Eheschließung gemäß § 1304 BGB (vgl. BayObLGZ 1996, 100 = FamRZ 1997, 294; BVerfG, NJW 2003, 1382). Es liegt dann nicht fern, in Übertragung dieses Gedankens auf das Gebiet der Vertretung und Vollmacht die Wirksamkeit einer Bevollmächtigung auch dann zu bejahen, wenn keine Zweifel bestehen, dass der Vollmachtgeber das Wesen seiner Erklärung begriffen hat und diese in Ausübung freier Willensentschließung abgibt, sollte auch

seine Geschäftsfähigkeit im allgemeinen Rechtsverkehr nicht mehr gesichert sein.

Hierbei sollte auch bedacht werden, dass die Regeln über die Geschäftsfähigkeit vorrangig dem Schutz der Betroffenen dienen. Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer Erklärung, die sie in dem in § 104 Nr. 2 BGB beschriebenen Zustand abgeben oder entgegengenommen haben (vgl. §§ 105 Abs. 1, 131 Abs. 1 BGB), soll sie vor Rechtsnachteilen bewahren. Derartige Nachteile sind aber nicht zu befürchten, wenn jemand eine Vertrauensperson bevollmächtigt und hierbei im grundsätzlichen Bewusstsein der Rechtsfolgen der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht handelt.

Nach Auffassung des Senats ist ein derartiger Beurteilungsmaßstab auch geeignet, die vom Gesetzgeber in zahlreichen Vorschriften aus gutem Grund ermöglichte und begünstigte private Rechtsvorsorge zu stärken (z. B. §§ 1896 Abs. 2 Satz 2, 1901a, 1908 f Abs. 1 Nr. 2 a BGB; § 68 Abs. 1 Satz 3 FGG; §§ 4 und 6 Abs. 1 Satz 2 BtBG). Denn eine von Gesetzes wegen nicht gebotene restriktive Beurteilung, die die Wirksamkeit einer erteilten Vollmacht schon dann verneinen würde, wenn die Geschäftsfähigkeit im umfassenden Sinne nicht mehr gegeben ist, wäre insoweit in manchen Fällen kontraproduktiv. Sie könnte vereiteln, dass eine von dem Betroffenen ausgewählte Vertrauensperson, die er aus freiem Willen und im grundsätzlichen Bewusstsein der Rechtsfolgen hiermit beauftragt hat, ihn in diesem Sinne wirksam zu vertreten vermag.

(7) Zur Klarstellung weist der Senat darauf hin, dass diese Erwägungen nur dann zum Tragen kommen können, wenn die zuvor mehrfach betonte Voraussetzung des Bewusstseins von der Bedeutung einer Vollmacht im Einzelfall und der vorausgegangene freie Willensentschluss zu ihrer Erteilung keinem begründeten Zweifel unterliegt. Dann können leichtere kognitive Defizite, die für sich genommen im allgemeinen Rechtsverkehr die Betonung des Schutzgedankens in den Vordergrund rücken mögen, von geringerem Gewicht sein.

(8) Nach alldem legt der Senat zugrunde, dass nicht nur eine etwaige Geschäftsunfähigkeit der Betroffenen am 30.8.2007 keineswegs nachgewiesen ist. Vielmehr sprechen in der Gesamtschau aller maßgebenden Gesichtspunkte und im Lichte des dargelegten Prüfungsmaßstabs überwiegende Gründe dafür, die Geschäftsfähigkeit der Betroffenen – und damit den ohnehin vom Gesetz unterstellten Regelfall – jedenfalls für die Erteilung der konkret zugunsten der Beteiligten zu 1 erklärten Vollmacht zu bejahen.

bb) Das LG hat zwar diese Frage letztlich offen gelassen, sich aber unter Hinweis auf BayObLG, FamRZ 1994, 720 darauf berufen, dass bei Zweifeln an der Wirksamkeit einer Vollmacht diese nicht geeignet sei, eine Betreuung zu vermeiden. Zwar trifft zu, dass der seinerzeit zuständige 3. Senat des BayObLG in einem Beschluss vom 25.11.1993, a. a. O., in einem kurzen Hinweis für das weitere Verfahren angemerkt hat: „Die dem jetzigen Betreuer bereits vor mehreren Jahren durch den Betroffenen erteilte Vollmacht steht Entscheidungen nach §§ 1896, 1903 BGB schon deshalb nicht entgegen, weil die Wirksamkeit der seinerzeitigen Vollmachterteilung nach Auffassung der beiden gerichtlichen Sachverständigen nicht zuverlässig festgestellt werden könne.“ Dies kann aber jedenfalls unter den Besonderheiten des vorliegenden Falles nicht uneingeschränkt Geltung beanspruchen.

(1) Eine derartige Einschätzung wird im Einzelfall allerdings dann die Vollmacht als gleich geeignete Alternative zur Betreuung ausschließen, wenn absehbar ist, dass der Bevollmächtigte im Rechtsverkehr erhebliche Schwierigkeiten ha-

ben wird, die Wirksamkeit der Vollmacht gegenüber mit guten Gründen zu erwartenden Zweifeln Dritter geltend zu machen. Dies wird vor allem in Betracht kommen, wenn es sich um eine privatschriftliche Vollmacht handelt und die Verkehrskreise, denen gegenüber von der Urkunde Gebrauch gemacht werden soll (z. B. Banken, Ärzte, Heimpersonal) aus eigener Kenntnis der gesundheitlichen Entwicklung des Vollmachtgebers substantiierte Bedenken anmelden könnten, ob der Vollmachtgeber zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Urkunde noch die hierfür maßgebenden Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit erfüllte. Es liegt auf der Hand, dass es gegen die objektive Eignung einer solchen Vollmacht spricht, wenn der Bevollmächtigte in wesentlichen Handlungsbereichen auf Akzeptanzprobleme bei den in Betracht kommenden Erklärungs- und Geschäftsgegnern stößt.

(2) Auch wenn eine notariell erteilte Vollmacht keineswegs eine Gewähr dafür bietet, dass die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers über jeden Zweifel erhaben ist, besteht insoweit doch ein Vertrauensvorsprung für den Rechtsverkehr im Vergleich zu einer bloßen privatschriftlich erstellten Urkunde. Jedenfalls dann, wenn nach Abwägung aller Umstände nicht zu erwarten ist, dass die im konkreten Fall beteiligten Verkehrskreise der erteilten Vollmacht mit überwiegender Skepsis begegnen werden, sollten bloße Zweifel im Sinne einer Nichtaufklärbarkeit der Geschäftsfähigkeit nicht zum Ausschluss der Eignung dieser Vollmacht als betreuungsvermeidende Alternative führen können. Das gilt umso mehr, wenn anzunehmen ist, dass die vorliegenden Gutachten möglicherweise einen weit gefassten und undifferenzierten Begriff der Geschäftsfähigkeit ohne Berücksichtigung ihrer Besonderheiten bei der Bevollmächtigung zugrunde gelegt haben.

(3) Hierbei sollte auch Folgendes bedacht werden: Der legitime Wunsch, durch Bevollmächtigung Rechtsvorsorge zu treffen, könnte möglicherweise allzu leicht von interessierten Dritten unterlaufen werden, wenn diese im Bedarfsfall den Gebrauch der Vollmacht erschweren, indem sie gezielt den Verdacht verbreiten, die Vollmacht sei möglicherweise im Hinblick auf § 104 Nr. 2 BGB unwirksam. Auch dies spricht dafür, die Annahme einer fehlenden Eignung der Vollmacht nicht bei jedweden Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit schematisch zu bejahen, sondern unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles näher zu prüfen.

(4) Die Schlussfolgerung des LG lässt nicht nur die insoweit erforderliche Differenzierung vermissen. Sie begegnet auch in einer weiteren Hinsicht Bedenken.

Wenn nicht zweifelsfrei feststeht, dass die zuletzt erteilte Vollmacht unwirksam ist, sondern beide Gutachter mit einem unterschiedlichen Grad an Gewissheit nicht ausschließen konnten, dass die Betroffene zum Zeitpunkt ihrer Erteilung noch geschäftsfähig war, überzeugt es nicht, stattdessen die zuvor erteilte und für sich genommen keinen Wirksamkeitszweifeln ausgesetzte Bevollmächtigung für maßgebend zu halten. Denn immerhin könnte der Gebrauch dieser zeitlich früheren Vollmacht wiederum belastet sein durch einen fortwährenden Streit mit dem später Bevollmächtigten, der womöglich darauf beharrt, seine Vertretungsmacht sei maßgebend, nachdem nicht zweifelsfrei feststehe, dass der Vollmachtgeber zum Zeitpunkt der späteren Beurkundung geschäftsunfähig gewesen sei. Es ist unschwer vorstellbar, welche Konflikte für den Rechtsverkehr entstehen können, wenn sich Geschäftsgegner mit zwei Vollmachtsprätendenten konfrontiert sehen, welche jeweils unterschiedliche Erklärungen abgeben, ohne dass die jeweiligen Adressaten hinreichend sicher einschätzen können, welche der beiden Vollmachten letztlich maßgebend ist.

Nimmt man die mögliche Verunsicherung des Rechtsverkehrs zum Maßstab der Eignung, wäre in dieser Konstellation auch die zuerst erteilte Vollmacht nicht geeignet, die Betreuung zu vermeiden.

c) Somit ist im Ergebnis eine wirksame Bevollmächtigung der Beteiligten zu 1 durch die Erklärung der Betroffenen vom 30.8.2007 anzunehmen. Dies folgt aufgrund der oben dargelegten Erwägungen bereits daraus, dass keiner der beiden Sachverständigen die – offenbar von ihnen in einem weiten Sinne verstandene – Geschäftsunfähigkeit der Betroffenen zu diesem Zeitpunkt positiv festgestellt hat. Bekräftigt wird diese Schlussfolgerung auch dadurch, dass nach Auffassung des Senats hier selbst dann, wenn bei der Betroffenen an diesem Tag bereits ein fortgeschrittener Hirnabbauprozess vorgelegen haben sollte, unter Würdigung aller Umstände nicht gefolgert werden kann, dass ihre Fähigkeit zur freien Willensentscheidung bezüglich der Bevollmächtigung ihrer Tochter als Vertrauensperson und das Bewusstsein der hiermit verbundenen Rechtsfolgen entscheidend beeinträchtigt war.

Die damit für wirksam zu haltende Vollmacht ist auch als Alternative zur Betreuung i. S. v. § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB geeignet. Dies kann nicht allein mit dem nicht näher substantiierten Hinweis auf allgemeine Zweifel an der Wirksamkeit in Abrede gestellt werden. Im Übrigen könnte dann in der hier vorliegenden Konstellation zweier unterschiedlicher Vollmachten nicht ohne weiteres die früher errichtete für wirksam gehalten werden.

Schließlich ergeben sich auch keine Bedenken gegen die Geeignetheit der Beteiligten zu 1 als Bevollmächtigte allein aus der finanziellen Interessenlage. Soweit der Beteiligte zu 2 befürchtet, seine Schwester werde die Durchsetzung seiner Pflichtteilsansprüche gegen die Betroffene erschweren, mag dies zu einem Konflikt zwischen ihr und ihm führen, jedoch nicht zu einer Beeinträchtigung ihrer Interessenwahrnehmung für die Betroffene selbst. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Betroffene offensichtlich in Kenntnis der beabsichtigten Geltendmachung dieser Pflichtteilsansprüche durch ihren Sohn eine gewillkürte Vertretung durch die Beteiligte zu 1 wünschte.

Ein Eignungsmangel wäre allenfalls dann denkbar, wenn gewichtige Anhaltspunkte dafür erkennbar wären, dass die Beteiligte zu 1 zuvor bei der Abgeltung ihrer eigenen erbrechtlichen Ansprüche in rechtswidriger Weise gegen die Interessen der Betroffenen gehandelt hätte, so dass dieser nunmehr Schadensersatzansprüche zustünden, deren Durchsetzung durch die alleinige Bevollmächtigung der Beteiligten zu 1 vereitelt würden. Derartige Anhaltspunkte sind aber nicht erkennbar.

Aus diesem Grund war der weiteren Anschlussbeschwerde der Betroffenen stattzugeben und die Beschwerde des Beteiligten zu 2 zurückzuweisen.

7. GG Art. 14 Abs. 1; BGB § 2210 (*Über 30-jährige Testamentsvollstreckung verfassungsrechtlich zulässig*)

Die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfasst die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen. Dem Erblasser ist hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen

persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln. Eine Verletzung des grundrechtlich verbürgten Erwerbsrechts scheidet – soweit dem Erben eine erbrechtliche Stellung zukommt – aus, wenn nach dem fachgerichtlich festgestellten Willen des Erblassers (hier: Kronprinz Wilhelm von Preußen) eine Dauertestamentsvollstreckung sich über den Zeitraum von 30 Jahren hinaus erstrecken soll.

BVerfG, Beschluss vom 25.3.2009, 1 BvR 909/08

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Dauer der Testamentsvollstreckung, die der im Jahr 1951 verstorbene ehemalige Kronprinz Wilhelm von Preußen (im Folgenden: Erblasser), der älteste Sohn des im Jahr 1941 verstorbenen ehemaligen Kaisers Wilhelm II., zur Verwaltung seines Nachlasses angeordnet hat.

Der Erblasser hatte im Jahr 1938 in einem Erbvertrag Testamentsvollstreckung angeordnet. Der Erbvertrag enthält folgende Bestimmung:

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

Im Jahr 1950 hatte der Erblasser in einem notariellen Testament drei Testamentsvollstrecker sowie jeweilige Ersatztestamentsvollstrecker namentlich benannt und außerdem verfügt:

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

Der Beschwerdeführer ist ein Enkel des Erblassers. Er hatte als Beklagter des von den Testamentsvollstreckern als Klägern geführten Ausgangsverfahrens Widerklage auf Feststellung erhoben, dass die vom Erblasser angeordnete Dauertestamentsvollstreckung durch den Tod seines vom Erben berufenen Vaters im Jahr 1994, hilfsweise durch den Tod des letzten im Testament namentlich benannten (Ersatz-)Testamentsvollstreckers, erloschen sei. Nachdem das LG der Widerklage stattgegeben hatte, wies das KG auf die Berufung der Kläger die Widerklage ab (ZEV 2007, 335). Die Revision des Beschwerdeführers blieb erfolglos (BGHZ 174, 346 = MittBayNot 2008, 301). KG und BGH gelangten in den mit der vorliegenden Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen nach Auslegung der Vorschrift des § 2210 BGB und der letztwilligen Verfügungen des Erblassers zu dem Ergebnis, dass die Testamentsvollstreckung noch andauere.

Dagegen wendet sich der Beschwerdeführer mit seiner Verfassungsbeschwerde und rügt eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 14 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 und Art. 3 GG.

Aus den Gründen:

II.

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen (vgl. BVerfGE 90, 22, 24 ff.). Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung i. S. d. § 93 a Abs. 2 lit. a) BVerfGG ist nicht gegeben. Die Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung der als verletzt gerügten Rechte des Beschwerdeführers angezeigt (§ 93 a Abs. 2 lit. b) BVerfGG), weil die Verfassungsbeschwerde teilweise unzulässig und im Übrigen in der Sache ohne Aussicht auf Erfolg ist. (...)

2. Im Übrigen ist die Verfassungsbeschwerde in der Sache ohne Aussicht auf Erfolg, weil die angegriffenen Entscheidungen den Beschwerdeführer nicht in seinem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzen. Die Auslegung des § 2210 BGB in den angegriffenen Entscheidungen und dessen Anwendung auf den konkreten Fall ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dabei kann dahinstehen, ob der Beschwerdeführer (Nach-)Erbe des Erblassers geworden ist. (...)

b) Die angegriffenen Entscheidungen verkennen den verfassungsrechtlichen Schutz des Erben aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht, so dass der Beschwerdeführer – unterstellt, er könnte sich als Nacherbe auf die Erbrechtsgarantie berufen – nicht in seinen Rechten verletzt wäre.

aa) Die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet das Erbrecht als Rechtsinstitut und als Individualrecht (vgl. BVerfGE 67, 329, 340; 91, 346, 358; 112, 332, 348). Es hat die Funktion, das Privateigentum als Grundlage der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung mit dem Tode des Eigentümers nicht untergehen zu lassen, sondern seinen Fortbestand im Wege der Rechtsnachfolge zu sichern (vgl. BVerfGE 91, 346, 358; 112, 332, 348).

Ein bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie ist die Testierfreiheit. Sie dient ebenso wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Privatautonomie der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben (vgl. BVerfGE 91, 346, 358; 99, 341, 350). Die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfasst die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken (vgl. BVerfGE 58, 377, 398). Dem Erblasser ist hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln (vgl. BVerfGE 58, 377, 398; 99, 341, 350 f.). Insbesondere ist der Erblasser von Verfassungen wegen nicht zu einer Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge gezwungen (vgl. BVerfGE 67, 329, 345; 112, 332, 348 f.).

bb) Dem Recht des Erblassers, zu vererben, das durch die Testierfreiheit geschützt ist, entspricht das Recht des Erben, kraft Erbfolge zu erwerben. Das Eigentumserwerbsrecht des Erben kraft gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge ist ebenfalls untrennbarer Bestandteil der Erbrechtsgarantie (vgl. BVerfGE 91, 346, 360; 93, 165, 174; 99, 341, 349; 112, 332, 349).

Grundlage für den verfassungsrechtlichen Schutz des erbrechtlichen Erwerbs bei testamentarischer Erbfolge ist die Testierfreiheit des Erblassers (vgl. BVerfGE 67, 32, 343; 91, 346, 360; 112, 332, 360; BVerfG, NJW 2000, 2495, 2496; NJW 2001, 141). Das Erwerbsrecht des Erben bildet hier das Gegenstück zum Verfügungsrecht des Erblassers und leitet sich von diesem ab. Es ist in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG um der Verwirklichung der Testierfreiheit willen geschützt (vgl. BVerfGE 91, 346, 360; 93, 165, 174; 99, 341, 349; 112, 332, 346).

Da der Erblasser grundsätzlich frei verfügen kann, ob und mit welchen Beschränkungen er eine Person zum Erben bestimmt, folgt daraus, dass der begünstigte Erbe den grundrechtlichen Schutz nur in dem jeweils vom Erblasser gewährten Umfang erlangen kann. Beschränkt der Erblasser in Ausübung seiner grundrechtlich geschützten Testierfreiheit die Verfügungsbefugnis des Erben über den Nachlass durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, kann der Erbe den Nachlass nur mit dieser Verfügungsbeschränkung erwerben.

Weil sein verfassungsrechtlicher Schutz sich von der Testierfreiheit ableitet, kann der Erbe nicht unter Berufung auf ein durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgtes Erwerbsrecht erreichen, dass seinem Interesse an der Ausübung unbeschränkter Rechte am Nachlass der Testierwille des Erblassers untergeordnet wird. Deshalb ist es auch ausgeschlossen, dass die

fachgerichtliche Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift im Sinne des Erblasserwillens Rechte des Erben aus Art. 14 Abs. 1 GG beeinträchtigt.

Das gilt auch für die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen zur Dauer der Testamentsvollstreckung und die Auslegung des § 2210 BGB. Die Vorschrift enthält eine gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zulässige Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers. Die Ausnahmeregelung in Satz 2 der Vorschrift ermöglicht dem Erblasser, in bestimmten Fällen die Dauertestamentsvollstreckung über den Zeitraum von 30 Jahren hinaus zu erstrecken. Die Annahme der Gerichte, dass vorliegend die Testamentsvollstreckung aufgrund dieser Ausnahmenvorschrift noch andauere, ist nicht nur einfachrechtlich vertretbar, sondern trägt dem fachgerichtlich festgestellten Willen des Erblassers nach einer möglichst lange währenden Testamentsvollstreckung Rechnung. Eine Verletzung des Beschwerdeführers in seinen Rechten aus Art. 14 Abs. 1 GG scheidet – soweit ihm eine erbrechtliche Stellung zukäme – daher aus.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Weidlich*, MittBayNot 2008, 263.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

8. GmbHG §§ 6 Abs. 2, 8 Abs. 3; FGG § 12 (*Versicherung des Geschäftsführers nach §§ 8 Abs. 3, 6 Abs. 2 GmbHG*)

Sind in der Versicherung eines Geschäftsführers oder Liquidators die gesetzlichen Bestellungshindernisse im Einzelnen vollständig aufgeführt und verneint, ist es nicht erforderlich, zusätzlich noch jedes Hindernis einzeln zu verneinen (Abgrenzung zu BayObLG, Beschluss vom 30.8.1983, DB 1983, 2408).

OLG München, Beschluss vom 20.4.2009, 31 Wx 34/09; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München und eingesandt von Notar Dr. *Michael Bohrer*, LL. M., München

Zur Eintragung in das Handelsregister der beteiligten Gesellschaft wurde angemeldet, dass ein Geschäftsführer ausgeschieden und zwei neue Geschäftsführer bestellt worden seien. Die Anmeldung lautet auszugsweise wie folgt:

„Jeder neue bestellte Geschäftsführer erklärt jeweils einzeln: Mir ist § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG bekannt; diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut: ... (folgt Wortlaut des § 6 Abs. 2 Satz 2 Ziffer 1 bis 3 und Satz 3 GmbHG) Ich bin von dem diese Anmeldung beglaubigenden Notar über meine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden und versichere hiermit, dass keine Umstände vorliegen, die meiner Bestellung zum Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung entgegenstehen; insbesondere bin ich zu keiner Zeit verurteilt worden wegen ... (wörtliche Wiederholung von § 6 Abs. 2 Satz 3 Ziffer 3 a–d). Auch bin ich zu keinem Zeitpunkt nach den §§ 263, 264 a oder den §§ 265 b–266 a des Strafgesetzbuches verurteilt worden. Mir ist weder durch gerichtliches Urteil noch durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung irgendeines Berufes, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebetriebes untersagt worden.“

Mit seiner Zwischenverfügung wies das Registergericht darauf hin, es fehlten die Versicherungen, dass die Geschäftsführer nicht nach den §§ 263 a, 264 StGB verurteilt worden seien und dass keine Verurteilung im Ausland vorliege. Der Notar vertrat die Auffassung, bereits der Eingangstext erfülle die Anforderungen an die Versicherung der Geschäftsführer, so dass es auf die beispielhafte Aufzählung unter

„insbesondere ...“ nicht ankomme, in der aufgrund eines Büroversehens an Stelle des vorgesehenen Bindestrichs zwischen § 263 und 264 a StGB ein Komma gesetzt worden sei. Das LG wies die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung mit Beschluss vom 12.2.2009 zurück mit der Begründung, es müssten sämtliche gesetzlichen Bestellungshindernisse im Einzelnen aufgeführt und einzeln verneint werden. Wenn mit „insbesondere ...“ die Versicherung beispielhaft erläutert werde, handle es sich im Ergebnis nur um eine pauschale Bezugnahme auf § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 und Satz 3 GmbHG, die nicht ausreichend sei.

Aus den Gründen:

II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) im Ergebnis nicht stand. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen genügt die vorliegende Versicherung der Geschäftsführer den Anforderungen des § 8 Abs. 3 GmbHG.

1. Sinn der Versicherung nach § 8 Abs. 3 GmbHG ist es, dem Registergericht die Prüfung zu erleichtern, ob ein Verbotsatbestand vorliegt. Ferner soll ein erheblicher Verwaltungsaufwand vermieden werden, denn ohne eine solche Versicherung müsste das Registergericht im Rahmen seiner Pflicht, von Amts wegen Bestellungshindernisse zu ermitteln (§ 12 FGG), eine Auskunft aus dem Bundeszentralregister einholen. Die Versicherung ist mit einer Selbstauskunft vergleichbar, die der Pflichtige dem Gericht einreicht, um das Fehlen gesetzlicher Bestellungshindernisse zu belegen. Sie muss daher einen Inhalt haben, der dem Gericht die Überzeugung vermittelt, der Versichernde habe alle Bestellungshindernisse gekannt und nach sorgfältiger Prüfung wahrheitsgemäße Angaben gemacht. Die „Selbstauskunft“ muss demnach jedes einzelne Bestellungshindernis aufführen und dessen Fehlen versichern. Eine Versicherung, die Bestellungshindernisse nur pauschal verneint, genügt nicht (BayObLG, DB 1983, 2408; OLG Thüringen, GmbHR 1995, 453; *Scholz*, GmbHG, 10. Aufl., § 8 Rdnr. 26; Großkommentar zum GmbHG/*Ulmer*, § 8 Rdnr. 37; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 23; jeweils zum GmbHG a. F.). Nicht ausreichend ist deshalb etwa eine bloße Bezugnahme „auf § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG“ (vgl. BayObLG, DB 1983, 2408) oder die Versicherung, dem Geschäftsführer sei „die Tätigkeit auf dem Gebiet der Gesellschaft“ nicht durch Gericht oder Verwaltungsbehörde untersagt (vgl. BayObLGZ 1981, 396; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 414).

2. Davon sind die Vorinstanzen zutreffend ausgegangen. Sie haben jedoch verkannt, dass die vorliegenden Versicherungen der Geschäftsführer sich keineswegs auf eine pauschale Bezugnahme auf die Ausschlussgründe des § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG beschränken, wie sie den zitierten, jeweils zu § 6 Abs. 2 a. F. GmbHG ergangenen Entscheidungen zugrundeliegen. In den hier abgegebenen Erklärungen werden zunächst mit der Wiedergabe des Gesetzestextes alle Bestellungshindernisse im Einzelnen aufgeführt. Im Anschluss daran versichern die Geschäftsführer, dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach diesen Vorschriften entgegenstehen. Diese Erklärungen geben keinen Anlass zu Zweifeln und Irrtümern, denn die Versicherung als solche kann nicht losgelöst von den eingangs als Bestandteil der Erklärung im Einzelnen aufgelisteten Bestellungshindernissen gesehen werden. Der Inhalt der Versicherung ist deshalb – auch ohne die unter „insbesondere ...“ folgende nochmalige Verneinung jedes einzelnen Ausschlussgrundes – geeignet, die Überzeugung zu vermitteln, der Versichernde habe alle Bestellungshindernisse gekannt und nach sorgfältiger Prüfung wahrheitsgemäße Angaben gemacht. Auch in der hier gewählten Form führt die

„Selbstauskunft“ jedes einzelne Bestellungshindernis auf und verneint es (vgl. BayObLG, DB 1983, 2408, 2409; die im Leitsatz gewählte weitergehende Formulierung, es müsse „jedes Bestellungshindernis einzeln verneint werden“, verdeutlicht nur die Ablehnung der pauschalen Bezugnahme auf § 6 Abs. 2 GmbHG).

9. AktG §§ 118 Abs. 1, 121 Abs. 3 Satz 2, 134 Abs. 3 Satz 2, 135; BGB § 126 Abs. 1 (*Schriftformerfordernis bei Stimmrechtsvollmachten*)

Die Anfechtung eines Freigabebeschlusses kann grundsätzlich nicht darauf gestützt werden, dass ein Vertreter einiger Aktionäre zur Teilnahme an der Hauptversammlung nicht zugelassen wurde, weil er insoweit seine Vollmacht nicht schriftlich vorlegen, sondern nur eine Vollmachtserteilung per Fax nachweisen konnte. Die Schriftform ist die Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Vollmacht, sofern nicht die Satzung der Gesellschaft insoweit eine Erleichterung bestimmt. Ist das nicht der Fall, muss sich ein Bevollmächtigter mit der unterzeichneten Originalvollmachtserklärung legitimieren können.

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 17.2.2009, 5 W 40/08

In der Hauptversammlung der Antragstellerin wurde auf Verlangen der Hauptaktionärin, der A. GmbH und Co. KG gemäß § 327 a Abs. 1 Satz 1 AktG beschlossen, die Aktien der übrigen Aktionäre der Antragstellerin (Minderheitsaktionäre) auf die Hauptaktionärin gegen Gewährung einer Barabfindung in Höhe von 59,86 € je Stückaktie zu übertragen (nachfolgend: Übertragungsbeschluss). Die Antragsgegner haben jeweils Anfechtungs-/Nichtigkeitsklage gegen den Übertragungsbeschluss erhoben. Mit ihrer Antragschrift hat die Antragstellerin das sog. Freigabeverfahren nach den §§ 327 e Abs. 2, 319 Abs. 6 AktG eingeleitet.

Das LG hat dem Freigabeantrag stattgegeben, weil die erhobenen Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsklagen jedenfalls offensichtlich unbegründet seien. Gegen diesen Beschluss haben verschiedene Antragsgegner jeweils sofortige Beschwerde eingelegt. Die Beschwerdeführer begehren die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Zurückweisung des Freigabeantrages. Das LG hat den sofortigen Beschwerden nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die sofortigen Beschwerden sind jeweils statthaft (§§ 327 e Abs. 2, 319 Abs. 6 Satz 6 AktG) sowie form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 569 Abs. 1, 2 ZPO). (...)

Die sofortigen Beschwerden sind jedoch unbegründet, denn der angefochtene Freigabebeschluss ist zu Recht ergangen.

Eine beantragte Freigabe darf zwar nur erfolgen, wenn die Klagen gegen die Wirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses unzulässig oder offensichtlich unbegründet sind oder wenn das alsbaldige Wirksamwerden des Beschlusses nach freier Überzeugung des Gerichts unter Berücksichtigung der Schwere der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzung zur Abwendung der vom Antragsteller dargestellten wesentlichen Nachteile für die Gesellschaft und ihre Aktionäre vorrangig erscheint (§§ 327 e Abs. 2, 319 Abs. 6 Satz 2 AktG). Dabei ist eine Anfechtungsklage offensichtlich unbegründet dann, wenn sich auf der Grundlage glaubhaft gemachter Tatsachen mit hoher Sicherheit die Unbegründetheit der Klage(n) vorhersagen lässt, wobei der für diese Prognose erforderliche Prüfungsaufwand des Prozessgerichts

nicht entscheidend ist (OLG Frankfurt am Main, AG 2006, 249; MittBayNot 2007, 421; AG 2008, 167); vielfach wird auf die Unvertretbarkeit anderer Beurteilung abgestellt (vgl. die Nachweise bei Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 319 Rdnr. 18).

Die Klagen der Antragsteller sind jedoch – unabhängig davon, ob Einzelaktionäre ihre Anfechtungsbefugnis hinreichend nachgewiesen haben – in diesem Sinne offensichtlich unbegründet. (...)

Im Einzelnen:

Die Antragsgegnerin zu 3., die ihre Beschwerde nicht gesondert begründet hat, hat in ihrer Klageschrift u. a. bestritten, dass die Hauptaktionärin den notwendigen Nachweis des Aktienbesitzes erbracht habe und gerügt, dass eine Reihe von Aktionären trotz ordnungsgemäßer Anmeldung und Eintrittskarten über ihren Vertreter keinen Zugang zur Hauptversammlung erhalten hätten.

Das LG hat jedoch in den Beschlussgründen zutreffend ausgeführt, dass die Antragstellerin durch Vorlage entsprechender Unterlagen im Hauptsacheverfahren hinreichend nachgewiesen hat, dass die Hauptaktionärin sowohl zum Zeitpunkt des Verlangens des Ausschlusses der Minderheitsaktionäre, der Konkretisierung des Verlangens und zum Zeitpunkt der Hauptversammlung jeweils über 95 % der Aktien der Antragstellerin hielt.

Des Weiteren kann die Anfechtung nicht darauf gestützt werden, dass Herr C. als Vertreter einiger – bezeichneter – Aktionäre zur Teilnahme an der Hauptversammlung nicht zugelassen wurde, weil er insoweit seine Vollmacht nicht schriftlich vorlegen, sondern nur eine Vollmachtserteilung per Fax nachweisen konnte. Die Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts bedarf nämlich gemäß § 134 Abs. 3 Satz 2 AktG der schriftlichen Form, wenn die Satzung keine Erleichterung bestimmt. Von dieser durch die Satzung eingeräumten Möglichkeit, Formerleichterungen gegenüber der gesetzlichen Regelung für die Erteilung von Vollmachten vorzusehen, hat die Antragstellerin jedoch keinen Gebrauch gemacht, vielmehr auf das Schriftformerfordernis der Vollmacht mit Ausnahme der in § 135 AktG genannten Personen als Bevollmächtigte bereits in der Bekanntmachung der Einladung zur Hauptversammlung hingewiesen. Damit blieb es – mit Ausnahme der hier nicht vorliegenden Personen des § 135 AktG – bei der gesetzlichen Regelung des § 134 Abs. 3 Satz 2 AktG, der die Schriftform als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vollmacht vorsieht.

Diesem Schriftformerfordernis des § 126 Abs. 1 BGB (mit eigenhändiger Unterschrift) entsprach die vorgelegte Vollmacht per Fax nicht, weil nicht die unterzeichnete Originalvollmachtserklärung vorgelegt wurde, wobei im Übrigen auf den angefochtenen Beschluss verwiesen wird. Des Weiteren ist unstreitig, dass der in der Vollmacht genannte Herr C. an der Versammlung als wirksam Bevollmächtigter anderer Aktionäre teilnehmen konnte und teilgenommen hat.

Aus denselben Gründen ist auch die Beschwerde des Antragsgegners zu 12 unbegründet, der mit seiner Klageschrift die Nichtzulassung bezeichneter Aktionäre gerügt hat und mit seiner Beschwerde im Übrigen (unzulässig) pauschal auf die weiteren Anfechtungsklagen und Stellungnahmen der Antragsgegner verwiesen hat.

Ebenso greifen die sofortigen Beschwerden der Antragsgegner zu 5 und 6 nicht durch, die ihre Beschwerde zwar ebenfalls nicht gesondert begründet haben, aber mit ihrer Klageschrift einen Nichtigkeitsgrund i. S. d. §§ 241 Nr. 1, 121 Abs. 3 Satz 2 AktG deswegen geltend machen, weil die Antragstellerin bei den Teilnahmebedingungen zur Hauptver-

sammlung den Stichtag (sog. Record Date) lediglich für den ersten Tag der Hauptversammlung angegeben habe, obwohl der Vorstand die Hauptversammlung auf zwei Tage einberufen habe.

Auch in dem Zusammenhang ist auf die Beschlussgründe des LG zu verweisen, wonach sich bei einer auf zwei Tage angesetzten Hauptversammlung – wie hier – gemäß § 121 Abs. 3 Satz 2 AktG der Nachweis des Aktienbesitzes auf den Beginn des 21. Tages vor der Hauptversammlung und nicht auf den Beginn des jeweils 21. Tages vor dem Tag der Hauptversammlung zu beziehen hat (vgl. auch OLG Frankfurt am Main, AG 2008, 167; AG 2009, 168).

Gleichfalls ohne Erfolg bleiben die sofortigen Beschwerden der Antragsgegner zu 14–17, die mit ihrer Beschwerdebegründung insbesondere beanstanden, dass es im Zusammenhang mit der Zurückweisung von Aktionären jedenfalls treuwidrig gewesen sei, diesen den Einlass zur Hauptversammlung unter Hinweis auf den nicht ausreichenden Nachweis der Vollmacht zu verwehren, weil die Vorgabe der schriftlichen Vollmachtserteilung nicht die Notwendigkeit mit einschließe, die Vollmacht auch in schriftlicher Form vorzulegen. Die Satzung der Antragstellerin hat jedoch in § 16 Abs. 2 eine Regelung dahingehend getroffen, dass das Stimmrecht durch Bevollmächtigte ausgeübt werden kann und von den satzungsgemäß vorgesehenen Formerleichterungen hat die Antragstellerin keinen Gebrauch gemacht, so dass es bei der gesetzlichen Regelung des § 134 Abs. 3 Satz 2 AktG verbleibt, der eben eine schriftliche Vollmacht vorsieht, was – auf Verlangen – auch deren entsprechende Vorlage bei Zutritt zur Hauptversammlung einschließt (vgl. bereits OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 12.9.2008, 5 W 21/08, S. 10), ohne dass eine etwaige Vollmachtserklärung noch in der Einladung zur Hauptversammlung gesondert erwähnt werden musste; allerdings ist in den von der Antragstellerin an die Aktionäre versandten Eintrittskarten der folgende Hinweis enthalten:

„... Bitte beachten Sie, dass Vollmachten der Schriftform bedürfen, sofern weder ein Kreditinstitut noch eine Aktionärsvereinigung bevollmächtigt werden. Wir bitten daher um Vorlage von unterschriebenen Originalen am Zugang zur außerordentlichen Hauptversammlung ...“

Dieser Text findet sich auch in den von den Antragsgegnern zu 8–1. im Hauptsacheverfahren vorgelegten Fax-Vollmachten. Im Übrigen enthält die Satzung der Antragstellerin keine Bestimmung, wonach Vollmachten bei der Gesellschaft etwa einzureichen seien.

Nach Auffassung des Senats reicht es im Übrigen nicht aus, Originalvollmachten etwa erst nach der Hauptversammlung vorzulegen, wobei diese Beurteilung schon im Interesse der Rechtssicherheit hinsichtlich der Abläufe einer Hauptversammlung geboten ist.

Der Senat teilt sodann die Auffassung des LG insofern, dass auch eine Teilnahmerechtsverletzung (§ 118 Abs. 1 AktG) nicht gegeben ist; demgegenüber meinen die Beschwerdeführer zu 1.–17., dass der – bzgl. einiger Antragsgegner – zurückgewiesene Vertreter C. zwar vielleicht nicht abstimmen durfte, ihnen aber die Teilnahme durch einen Dritten jedenfalls nicht per se habe verweigert werden dürfen.

Die bezeichneten Beschwerdeführer verkennen indes, dass der an der Hauptversammlung unstreitig in Vollmacht anderer Aktionäre teilnehmende Herr C. ungehindert Frage- und Redebeiträge einbringen konnte, so dass sich – selbst wenn man Stimmrecht und Teilnahmerecht nicht einheitlich betrachten wollte (vgl. aber für das Erfordernis einer Vollmacht auch in diesem Falle MünchKommAktG/Kubis, 2. Aufl.,

§ 118 Rdnr. 65; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, AktG, § 118 Rdnr. 26; *Butzke* in Obermüller/Werner/Winden/Butzke, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl. 2001, Rdnr. C 12) – eine relevante Rechtsverletzung für den Verlauf der Hauptversammlung nicht festzustellen ist.

Hierbei greift schon der allgemeine Hinweis der Beschwerdeführer auf mögliche Redebeiträge und mögliche Fragen [der nicht zugelassenen vertretenen Aktionäre] im Ergebnis nicht durch, zumal nicht dargelegt ist [insbesondere auch nicht innerhalb der Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG], ob bzw. welche Fragen, Anträge oder Redebeiträge der für weitere Aktionäre bevollmächtigte Herr C. denn (noch zusätzlich) gestellt oder gehalten hätte, die er nicht ohnehin gestellt bzw. für die anderen Aktionäre geliefert hat. (...)

10. GmbHG § 2 Abs. 1 a, § 8 Abs. 4 Nr. 2, § 10 Abs. 1 Satz 2, § 35 (Anmeldung einer nach Musterprotokoll gegründeten Unternehmersgesellschaft)

Zur Anmeldung einer nach Musterprotokoll gegründeten Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) zum Handelsregister.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.4.2009, 8 W 116/09

Der Geschäftsführer der Antragstellerin meldete die Gründung der Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) zur Eintragung ins Handelsregister an. Die Gründung war nach Musterprotokoll (Anlage zu § 2 Abs. 1 a GmbHG) erfolgt. Die Anmeldung beinhaltet folgende Vertretungsregelung:

„Die Vertretung der Gesellschaft ist allgemein wie folgt geregelt: Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, vertritt er allein und ist befugt, im Namen der Gesellschaft mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte abzuschließen. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, wird die Gesellschaft durch die Geschäftsführer gemeinsam vertreten.“

Diese Formulierung entsprach der vom Registergericht Ulm den ihm zugeordneten Notariaten mitgeteilten Formulierung der Vertretungsregelung bei der Verwendung von Musterprotokollen, auf die sich die Rechtspfleger geeinigt hatten.

Dem fügte die Antragstellerin unter Abschnitt III. hinzu:

„Zum Geschäftsführer ist bestellt: Herr ..., geb. am ..., Der Geschäftsführer ist befugt, die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit sich selbst oder mit sich als Vertreter eines Dritten zu vertreten, vertritt ansonsten die Gesellschaft gemäß der allgemeinen Vertretungsregelung.“

Mit Zwischenverfügung beanstandete das Registergericht die konkrete Vertretungsregelung unter Abschnitt III. Es führt aus:

„Es besteht folgendes Eintragungshindernis: Bei der Gründung der Gesellschaft in einem vereinfachten Verfahren entspricht (auch laut Bundesjustizministerium) die allgemeine Vertretungsregelung der konkreten. Eine abweichende konkrete Vertretung gibt es hier nicht und eine solche ist auch nicht anzumelden. Die Anmeldung ist bezüglich der konkreten Vertretungsregelung (grundsätzliche Befreiung des Geschäftsführers ... von den Beschränkungen des § 181 BGB) zurückzunehmen.“

Mit ihrer gegen die Zwischenverfügung gerichteten Beschwerde machte die Antragstellerin geltend, dass die in Ziff. 4 des Musterprotokolls enthaltene Regelung, wonach der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, keine Abweichung von der in § 35 Abs. 1, Abs. 2 GmbHG vorgesehenen gesetzlichen Vertretungsbefugnis enthalte. Die abstrakte Vertretungsbefugnis entspreche also der gesetzlichen Vertretungsbefugnis mit der Konsequenz, dass

der Geschäftsführer einzelvertretungsbefugt sei, solange er alleiniger Geschäftsführer ist. Gesamtvertretungsbefugnis bestehe, wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind. Die Bestellung eines weiteren Geschäftsführers sei durch einfachen Gesellschafterbeschluss möglich; ebenso sei die Abberufung des „Gründungsgeschäftsführers“ durch einfachen Gesellschafterbeschluss möglich, da es sich bei der Bestellung des Geschäftsführers um einen unechten Satzungsbestandteil handle. Bei der im Musterprotokoll enthaltenen Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB handle es sich um eine konkrete Vertretungsregelung ausschließlich für den „Gründungsgeschäftsführer“. Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB gelte nicht automatisch für einen weiteren Geschäftsführer. Bezüglich des „Gründungsgeschäftsführers“ werde die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB auch nicht mit der Bestellung eines weiteren Geschäftsführers obsolet.

Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die Besonderheit bei der Gründung nach Musterprotokoll bestehe darin, dass das Musterprotokoll nur einen Geschäftsführer vorsehe, der zwingend von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sei. Daraus und aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich, dass der Gesetzgeber die Ermächtigung für die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB für alle Alleingeschäftsführer in der Mustersatzung getroffen habe und insoweit eine allgemeine Vertretungsregelung vorliege. Soweit ein weiterer Geschäftsführer bestellt werde, greife diese allgemeine Regelung nicht mehr, da diese Fallgestaltung im Musterprotokoll nicht geregelt werde. Die allgemeine Vertretungsregelung sei dann aus § 35 Abs. 2 GmbHG zu entnehmen. Die Befreiung des Gründungsgeschäftsführers bzw. des alleinigen Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB sei beschränkt auf den Zeitraum, in dem er Alleingeschäftsführer ist. Wenn die Gesellschafter auch bei Bestellung eines weiteren bzw. mehrerer Geschäftsführer einen Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien wollten, müssten sie hierzu eine entsprechende Satzungsregelung schaffen.

Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde der Antragstellerin ist gemäß §§ 27, 29 FGG zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Die Zurückweisung der Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Registergerichts ist nicht ohne Rechtsfehler.

Für die Gründung einer GmbH sieht § 2 Abs. 1 a GmbHG, eingeführt mit Wirkung vom 1.11.2008 durch Art. 1 MoMiG vom 23.10.2008, ein vereinfachtes Verfahren unter Verwendung des in der Anlage bestimmten Musterprotokolls vor. Das Musterprotokoll ist ein Blankoentwurf einer notariellen Urkunde, der nach Vervollständigung gemäß §§ 8 ff. BeurkG zu beurkunden ist. Die in dem vereinfachten Verfahren gegründete Gesellschaft darf höchstens drei Gesellschafter und einen Geschäftsführer haben, und es dürfen darüber hinaus keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getroffen werden. Der Regelungsinhalt des Gründungsprotokolls ist beschränkt auf die Mindestangaben nach § 3 GmbHG, ergänzt durch Regelungen zur Vertretung und zum Gründungsaufwand. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen und damit alle Regelungen des GmbHG. Das Musterprotokoll stellt gleichzeitig Gesellschaftsvertrag, Bestellung des Geschäftsführers und Liste der Gesellschafter dar (zu dem neuen GmbH-Recht s. a. *Heckschen*, DStR 2009, 166; *Verspay*, MDR 2009, 117; *Wicke*, NotBZ 2009, 9; *Böhringer*, BWNNotZ 2008, 104; *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425; *Katschinski/Rawert*, ZIP 2008, 1993; *Römermann*, GmbHR Sonderheft Oktober 2008; *Wachter*, NotBZ 2008, 361; *Tebben*, RNotZ 2008, 441; *Weigl*, notar 2008, 378).

Die Gründungsvoraussetzungen gelten auch für eine Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt).

Die Registeranmeldung weist bei vereinfachter Gründung gegenüber einer Anmeldung im Normalverfahren keine Besonderheiten auf. Anders als noch im Regierungsentwurf des MoMiG (BT-Drucks. 16/6140, S. 21 f.) ist ein gesetzliches Muster für die Anmeldung der im vereinfachten Verfahren gegründeten Gesellschaft zum Handelsregister nicht vorgesehen (vgl. *Böhringer*, BWNZ 2008, 104). Nach § 8 Abs. 4 Nr. 2 GmbHG und § 10 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist in der Anmeldung anzugeben und in das Handelsregister einzutragen, „welche Vertretungsbefugnis die Geschäftsführer haben“. Dabei ist die für die Geschäftsführer abstrakt geltende Vertretungsbefugnis anzugeben und darüber hinaus auch die konkrete Vertretungsbefugnis, soweit diese für einzelne oder auch alle bestellten Geschäftsführer abweichend bestimmt ist (*Wicke*, GmbHG, 2008, § 8 Rdnr. 18; *Krafka/Willer*, Registerrecht, 7. Aufl. 2007, Rdnr. 949). Auch die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, also vom Verbot des In-Sich-Geschäfts für die Fälle des Selbstkontrahierens und der Mehrfachvertretung ist ein Bestandteil der Vertretungsbefugnis (§ 35 Abs. 3 GmbHG) und muss daher allgemein oder im Einzelfall personenbezogen in der Anmeldung angegeben werden (*Krafka/Willer*, Registerrecht, Rdnr. 952).

Bei der Gründung nach Musterprotokoll weicht die konkrete Vertretungsregelung jedenfalls im Hinblick auf § 181 BGB von dem abstrakt bestehenden Verbot von In-Sich-Geschäften und des Selbstkontrahierens ab. Das Musterprotokoll, das auf die Gesellschaftsgründung durch maximal drei Gesellschafter und die Bestellung nur eines Geschäftsführers beschränkt ist, enthält die Gestattung von In-Sich-Geschäften für den Fall des alleinigen Geschäftsführers, weshalb hier entsprechend der Vorgabe im Musterprotokoll auch die Anmeldung der konkreten Vertretungsbefugnis erforderlich ist. Dem LG kann nicht gefolgt werden, soweit dieses davon ausgeht, bei der im Musterprotokoll geregelten Vertretungsregelung handle es sich in Bezug auf § 181 BGB um eine allgemeine Vertretungsregelung, solange und soweit nur ein Geschäftsführer bestellt ist. Es vertritt damit, ebenso wie das Registergericht eine Mindermeinung, der sich der Senat nicht anschließt (vgl. die bereits oben zitierten Beiträge; die auf Anfrage des Registergerichts Stuttgart abgegebene Stellungnahme des Bundesministeriums der Justiz vom 26.11.2008 hierzu ist nach Ansicht des Senats nicht eindeutig).

Der Wortlaut der Anmeldung, wie sie das Registergericht und ihm folgend das LG für korrekt halten, nämlich: „Die Vertretung der Gesellschaft ist allgemein wie folgt geregelt: ist nur ein Geschäftsführer bestellt, vertritt er allein und ist befugt, im Namen der Gesellschaft mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte abzuschließen. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, wird die Gesellschaft durch die Geschäftsführer gemeinsam vertreten“ ist Ausdruck der vom Senat nicht geteilten Mindermeinung. Denn danach wäre jeder Alleingeschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und nicht nur der Gründungsgeschäftsführer. Dies entspricht jedoch nach Ansicht des Senats nicht den Vorgaben der vereinfachten Gründung nach Musterprotokoll. Diese setzt voraus, dass die Gesellschaft einen namentlich benannten Geschäftsführer hat, der von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Treten später Änderungen in der Geschäftsführung ein, sei es durch die Berufung eines anderen Alleingeschäftsführers oder weiterer Geschäftsführer, so entfällt die dem Gründungsgeschäftsführer als alleinigem Geschäftsführer vorbehaltene besondere Vertretungsbefugnis. Insofern folgt der Senat auch nicht der vom Beschwerdeführer vertretenen Ansicht, dass die Befreiung des Gründungsgeschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB für diesen auch dann fortbesteht,

wenn er nicht mehr alleiniger Geschäftsführer ist. Vielmehr gilt dann die allgemeine Vertretungsregelung des § 35 GmbHG, wonach die Geschäftsführer gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind und Sonderrechte einzelner Geschäftsführer durch den Gesellschaftsvertrag bestimmt werden müssen.

Zur Formulierung der Vertretungsbefugnis des Gründungsgeschäftsführers bei der Anmeldung der im vereinfachten Verfahren gegründeten Gesellschaft zum Handelsregister gibt es im Schrifttum Vorschläge, die im Wesentlichen deckungsgleich sind (z. B. *Wicke*, NotBZ 2009, 9; *Katschinski/Rawert*, ZIP 2008, 1999; *Weigl*, notar 2008, 378). Sie sehen einen allgemeinen Teil vor, der abstrakt die Vertretung der Gesellschaft dahingehend regelt, dass dann, wenn nur ein Geschäftsführer bestellt ist, dieser die Gesellschaft allein vertritt und dann, wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind, sie alle nur gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind. Konkret wird dann mitgeteilt, wer zum ersten Geschäftsführer bestellt wurde und dass dieser die Gesellschaft gemäß der allgemeinen Vertretungsregelung vertritt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

Die Antragstellerin, die diese Formulierung ebenfalls für zutreffend hält, hat sich bereits dahin gehend geäußert, dass sie bereit ist, ihre Anmeldung entsprechend zu ändern. Die Entscheidungen des LG und des Registergerichts waren deshalb aufzuheben, und die Sache war dem Registergericht zur erneuten Bescheidung der – entsprechend geänderten – Anmeldung unter Beachtung der Rechtsmeinung des Senats zurückzugeben.

11. GmbHG § 8 Abs. 4 Nr. 1 (*Geschäftsanschrift mit Zusatz „c/o“*)

Eine Geschäftsanschrift mit dem Zusatz „c/o“ ist grundsätzlich zulässig. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Naumburg, Beschluss vom 8.5.2009, 5 Wx 4/09

Die betroffene Gesellschaft hatte zuletzt eine Geschäftsanschrift in M. Am 9.12.2008 beschloss die Gesellschafterversammlung die Auflösung der Gesellschaft und bestellte eine Liquidatorin. Diese meldete die Auflösung und ihre Bestellung sowie eine neue Geschäftsanschrift unter Verwendung des Zusatzes „c/o“ zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Anschrift bezeichnet umfangreiche Flächen der ... Schwerin GmbH, auf denen sich zahlreiche Gebäude befinden, in denen neben anderen Unternehmen u. a. die Betroffene „ansässig“ sein soll. Von außen erkennbare Hinweise auf diese Unternehmen und die Betroffene finden sich auf dem Grundstück und insbesondere an den Gebäuden nicht.

Das Registergericht hat die Anmeldung mit Zwischenverfügung beanstandet und den Standpunkt eingenommen, dass die bei dem Handelsregister anzumeldende Geschäftsanschrift nicht den Zusatz „c/o“ enthalten dürfe.

Dagegen hat die Betroffene Beschwerde erhoben und geltend gemacht, der auf die ... Schwerin GmbH verweisende Zusatz in ihrer Geschäftsanschrift sei nötig, um sicherzustellen, dass sie postalisch erreichbar sei, obwohl sie auf dem Grundstück keinen eigenen Briefkasten und kein Firmenschild unterhalte.

Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die Geschäftsanschrift mit dem Zusatz „c/o“ Zustellungen an die Betroffene erschwere. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Betroffenen. Sie hält daran fest, dass die angemeldete Geschäftsanschrift nicht zu beanstanden sei und dass der Zusatz ihre Erreichbarkeit gerade sicherstelle und nicht behindere.

Aus den Gründen:

B.

Die weitere Beschwerde der betroffenen Gesellschaft ist nach § 27 Abs. 1 Satz 1 FGG statthaft und wurde in der durch § 29 Abs. 1 Satz 1 und 2 FGG vorgeschriebenen Form eingelegt. Eine Beschwerdefrist (§§ 29 Abs. 2 und 4, 22 Abs. 1 Satz 1 FGG) ist nicht vorgesehen, wenn eine Zwischenverfügung zu einem Eintragungsantrag angefochten werden soll. Die Beschwerdeberechtigung folgt bereits aus der Zurückweisung der Erstbeschwerde durch das LG (§§ 29 Abs. 4, 20 Abs. 2 FGG).

Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. (...) Zudem ist die Erstbeschwerde begründet.

Die von der Betroffenen gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG, § 3 Abs. 1 Satz 1 und 2 EGGmbHG angemeldete Geschäftsanschrift genügt möglicherweise den gesetzlichen Anforderungen. Dazu bedarf es indes noch weiterer tatsächlicher Aufklärung. Jedenfalls steht der auf die ... Schwerin GmbH hinweisende Zusatz „c/o“ dem nicht grundsätzlich entgegen.

Wie das LG zutreffend angenommen hat, dient die Pflicht zur Anmeldung der Geschäftsanschrift dem Gläubigerschutz. Sie soll sicherstellen, dass die Gläubiger dem Handelsregister eine Anschrift entnehmen können, unter der zuverlässig wirksame Zustellungen an die Gesellschaft erfolgen können (BT-Drucks. 16/6140, S. 35). Dies setzt zum einen voraus, dass an dem bezeichneten Ort Zustellungen, insbesondere auch Ersatzzustellungen an die Gesellschaft möglich sind, etwa weil sich dort ihr Geschäftsraum befindet (§§ 170 Abs. 1, 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Ggf. kann es auch ausreichen, wenn dort ein gesetzlicher Vertreter oder ein Zustellungsbevollmächtigter wohnt (§§ 170 Abs. 1, 171, 178 Nr. 1 oder 3 ZPO). Ferner muss die Anschrift richtig und so gefasst sein, dass sie es zuverlässig ermöglicht, den Zustellungsort aufzufinden. Letzteres wird im Allgemeinen durch die Bezeichnung der Gemeinde, der Straße und der Hausnummer erreicht (Wicke, GmbHG, 2008, § 8 Rdnr. 17).

Diese Voraussetzungen sind hier möglicherweise erfüllt.

Die Betroffene ist nach ihrem Vorbringen in dem in ihrer Anschrift genannten Anwesen an der ... Straße ... in Schwerin „ansässig“. Sofern sie damit sagen will, dass sie dort einen Geschäftsraum unterhält, hat sie einen als Zustellungsadresse geeigneten Ort bezeichnet. Das Anwesen ist bereits anhand der Angabe „... Schwerin“ zuverlässig zu finden. Deshalb hätte es möglicherweise genügt, sich auf diesen Teil der Anschrift zu beschränken. Indes steht es der Betroffenen frei, in ihre Anschrift auch den vom Registergericht beanstandeten Zusatz aufzunehmen. Dieser Zusatz verdunkelt den Zustellungsort nicht, sondern enthält eine zusätzliche Beschreibung, die sein Auffinden erleichtert. Die Abkürzung „c/o“ steht für den englischen Begriff „care of“ und hat im Deutschen die Bedeutung „bei“ oder „im Hause“. Sofern Zustellungen an die Betroffene im Hause der ... Schwerin GmbH möglich sein sollten, führt dieser Zusatz lediglich zur weiteren Konkretisierung der Anschrift.

Das Registergericht wird nunmehr die Betroffene aufzufordern haben, nähere Angaben darüber zu machen, in welcher Beziehung sie zu dem mit der Anschrift bezeichneten Ort steht. Sollte sich dabei herausstellen, dass sich dort ihr Geschäftsraum oder eine andere Stelle befindet, an der ihr Schriftstücke nach den Vorschriften der ZPO zuverlässig wirksam zugestellt werden können, so stößt die Anschrift in der Fassung der Anmeldung nicht auf rechtliche Bedenken.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

12. ZPO § 750 (Dingliche Unterwerfungserklärung eines Vertreters im Zwangsversteigerungsverfahren)

Im Zwangsversteigerungsverfahren ist das Vollstreckungsgericht in der Regel nicht befugt, bei einer mit einer Vollstreckungsklausel versehenen dinglichen Unterwerfungserklärung, die von einem Vertreter abgegeben wurde, die Wirksamkeit der Vollmacht des Vertreters zu prüfen. Einwendungen sind vom Schuldner selbst mit den klausel-spezifischen Rechtsbehelfen geltend zu machen.

LG Mannheim, Beschluss vom 13.3.2009, 6 T 3/09

Die Beteiligte zu 1 hat die Zwangsversteigerung von Grundbesitz aus einer im Grundbuch eingetragenen Grundschuld unter Bezugnahme auf die vollstreckbare Ausfertigung einer Grundschuldbestellungsurkunde beantragt. Nach dem Wortlaut dieser Urkunde wurde von einer Kanzleiangestellten des Notariats für die Insolvenzschuldnerin als künftige Eigentümerin und Kreditnehmerin u. a. auf dem hier betroffenen Grundbesitz für die ... Bank AG eine Grundschuld i. H. v. 4.200.000 DM bestellt. Zugleich wurde die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in der Weise erklärt, dass die Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks zulässig sein sollte. Zuvor hatte die Kanzleiangestellte des Notariats bereits für den früheren Eigentümer als Verkäufer und die Insolvenzschuldnerin als Käuferin einen Kaufvertrag über den Grundbesitz abgeschlossen. Dieser später von den Vertragsparteien genehmigte Kaufvertrag enthielt eine Vollmacht für die Notariatsangestellte, nach der diese insbesondere zur Bestellung von Grundpfandrechten mit dinglicher Vollstreckungsunterwerfung für die Verkäuferseite und persönlicher Vollstreckungsunterwerfung für die Käuferseite befugt sein sollte. Auf diese Vollmacht wurde in der Grundschuldbestellungsurkunde Bezug genommen. Die Grundschuld wurde später an die Beteiligte zu 1 formgerecht abgetreten.

Der ... Bank AG wurde am 31.7.1997 vom Notariat eine vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde mit Vollstreckungsklausel erteilt, die in der Folgezeit zugunsten der Beteiligten zu 1 gegen den Beteiligten zu 2 umgeschrieben wurde. Die Zustellungen von Grundschuld und Kaufvertrag sind erfolgt.

Mit „Zwischenverfügung“ vom 19.9.2008 hat das Vollstreckungsgericht zum einen beanstandet, dass die für die Kanzleiangestellte des Notariats erteilte Vollmacht die von ihr für die Insolvenzschuldnerin abgegebene Unterwerfungserklärung nicht abdecke und außerdem verlangt, dass die Fälligkeit der Grundschuld noch durch Vorlage der Kündigungserklärung nachzuweisen sei.

Die Beteiligte zu 1 vertritt die Auffassung, dass die von der Notariatsangestellten abgegebene dingliche Unterwerfungserklärung von der erteilten Vollmacht gedeckt sei, da die Auslegung ergebe, dass die Erklärung in der Grundschuldbestellungsurkunde auch für den früheren Eigentümer abgegeben worden sei. Im Übrigen habe das Vollstreckungsgericht nicht die Rechtmäßigkeit oder die Richtigkeit des Titels bzw. der Klauselerteilung zu prüfen.

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Vollstreckungsgericht – Rechtspflegerin – den Antrag der Beteiligten zu 1 auf Anordnung der Zwangsversteigerung zurückgewiesen, da die Notariatsangestellte durch die vorgelegte Vollmacht zur Abgabe der Unterwerfungserklärung nicht befugt gewesen sei.

Aus den Gründen:

II.

Die sofortige Beschwerde (§ 11 RpfLG, § 793 ZPO) ist zulässig und begründet.

Allerdings erscheint die Auslegung der Grundschuldbestellungsurkunde und der Vollmacht der Notariatsangestellten durch das Vollstreckungsgericht zutreffend. Danach wurde die Unterwerfungserklärung unter die dingliche Zwangsvollstreckung ausdrücklich nur für die Insolvenzschuldnerin ab-

gegeben, wofür aber nach dem Inhalt der Vollmacht keine Vertretungsmacht gegeben war. (...)

Dies führt jedoch nicht zur Unbegründetheit des Antrags auf Anordnung der Zwangsversteigerung.

Die Zwangsversteigerung ist als Zwangsvollstreckungsverfahren formalisiert, wobei die Grundlage der Tätigkeit des Vollstreckungsgerichts der Vollstreckungstitel ist. Das Vollstreckungsgericht ist zur Prüfung der Frage, ob der Titel zu Recht ergangen ist, weder berechtigt noch in der Lage. Ihm wird vielmehr durch die auf dem Titel angebrachte Vollstreckungsklausel in formalisierter Form dessen Vollstreckbarkeit vorgegeben (BGH, Rpfleger 2007, 37 = MittBayNot 2007, 337 m. Anm. *Bolkart*). Hat ein Vertreter die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erklärt, darf allerdings vom Notar eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn auch die Wirksamkeit der Erklärung des Vertreters gegen den Vertretenen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Folge hiervon ist, dass neben der Zustellung des Titels auch die Vollmachts- bzw. Genehmigungserklärung, aus dem die Wirksamkeit des Handelns des Vertreters gegen den Vertretenen folgt, zuzustellen ist. Hierdurch soll dem Schuldner die Gelegenheit gegeben werden, die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu prüfen und Einwendungen gegen die Vollstreckung geltend zu machen (BGH a. a. O.). Dies bedeutet nach Auffassung der Kammer aber, dass es allein dem Schuldner obliegt, nach erfolgter Zustellung der Vollmacht und des Titels Einwendungen gegen die Vollstreckungsklausel zum Beispiel wegen nicht ausreichender Vollmacht zu erheben und dass die Prüfung der Vollmacht nicht von Amts wegen vom Vollstreckungsgericht vorzunehmen ist (a. A. *Stöber*, Rpfleger 1994, 393). Gerade die Formalisierung des Vollstreckungsverfahrens ist nämlich unter anderem Grund für die vom BGH als notwendig angesehene Zustellung der Vollmachtserklärung.

Hier ist die Zustellung der Vollmachtserklärung, auf die sich die Notariatsangestellte in der Grundschuldbestellungsurkunde berufen hat, jedoch erfolgt. Eine Überprüfung der Wirksamkeit dieser Vollmacht wäre dann nur mit den klauselspezifischen Rechtsbehelfen durch den Schuldner geltend zu machen (vgl. auch BGH, Rpfleger 2004, 718 = DNotZ 2005, 121).

Das Vollstreckungsgericht hat daher die Wirksamkeit der Vollmacht, die der Klauselerteilung zugrundeliegt, grundsätzlich nicht zu überprüfen. Der Fall, dass die erteilte Klausel für die Zwangsvollstreckungsorgane offensichtlich unwirksam ist, liegt hier im Hinblick auf denkbare anderweitige Auslegungsmöglichkeiten nicht vor. Insbesondere hat der Titel auch einen vollstreckungsfähigen Inhalt.

Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist der angefochtene Beschluss somit aufzuheben. Das vom Vollstreckungsgericht in seiner „Zwischenverfügung“ aufgeführte weitere Vollstreckungshindernis ist nicht Gegenstand des Verfahrens der sofortigen Beschwerde, so dass das Vollstreckungsgericht nur anzuweisen ist, die Vollstreckung nicht mit der bisher gegebenen Begründung abzulehnen.

Anmerkung:

Vollstreckungstitel ist eine notarielle Urkunde, wenn der *Schuldner* sich wegen des Gläubigeranspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Hat für ihn ein Vertreter die Unterwerfungserklärung abgegeben, dann erfordert die Wirksamkeit Vertretungsmacht des Schuldnervertreters (*Stöber*, NotBZ 2008, 209, 211). Eine

über die Unterwerfungserklärung eines vollmachtlosen Vertreters aufgenommene Urkunde kann nicht Grundlage der Zwangsvollstreckung sein.

Im Vollstreckungstitel muss der Schuldner namentlich bezeichnet sein (§§ 750 Abs. 1 Satz 1, 795 Satz 1 ZPO). Das war die *Käuferin*, deren („erwünschte“) dingliche Vollstreckungsunterwerfung Gegenstand der Entscheidung ist. In den Gründen des Beschlusses ist ausgeführt, dass nach dem Wortlaut der Urkunde die Grundsuld mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung für die (spätere) Insolvenzschuldnerin als künftige Eigentümerin (und Kreditnehmerin) bestellt wurde. Wirksamkeit konnte diese Unterwerfungserklärung wegen des (künftigen) dinglichen (Grundsuld-)Anspruchs (mit Wirkung dann auch gegen jeden späteren Eigentümer, § 800 ZPO) daher erst erlangen, wenn die Käuferin mit Grundbucheintragung Eigentümerin des haftenden Grundstücks wurde (*Zöller/Stöber*, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 794 Rdnr. 5). Vollmacht hatte die künftige Eigentümerin der Vertreterin bei Beurkundung der Unterwerfungserklärung jedoch nur zur persönlichen Vollstreckungsunterwerfung erteilt. Weil dennoch die Urkunde mit der (dinglichen) Unterwerfungserklärung vollstreckbar ausgefertigt wurde, stellt sich die Frage, ob das Vollstreckungsgericht zu prüfen hatte, dass die Vertreterin die (dingliche) Unterwerfung für die Schuldnerin vollmachtlos erklärt hatte. Vom LG Mannheim wird das verneint. Das ist nicht zutreffend.

Grundsatz ist Trennung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren. Das Vollstreckungsorgan hat den Gläubigeranspruch nicht festzustellen und nicht zu überprüfen (*Zöller/Stöber*, ZPO, vor § 704 Rdnr. 14). Er muss durch einen Vollstreckungstitel urkundlich ausgewiesen sein. Dieser ist unerlässliche Voraussetzung (Grundvoraussetzung) jeder Zwangsvollstreckung (BGHZ 121, 98, 101 = NJW 1993, 735). Eine Zwangsvollstreckung ohne Titel ist unzulässig, somit als fehlerhaft anfechtbar (*Stöber*, Anm. AP § 829 Nr. 8; BFHE 199, 511 = NJW 2003, 1070, unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung); sie wird weitergehend sogar als nichtig angesehen (BGHZ 121, 98, 101 = NJW 1993, 735 und BGH, NJW-RR 2008, 1075, 1076). Selbstverständliche Amtspflicht eines jeden Vollstreckungsorgans ist es daher zu prüfen, ob ein (wirksamer) Vollstreckungstitel Vollstreckungszwang ermöglicht und rechtfertigt.

Davon zu unterscheiden ist der *Eintritt der Vollstreckbarkeit* des (wirksamen) Titels. Auch den Eintritt und die Fortdauer der Vollstreckbarkeit eines Urteils (wie jedes anderen Vollstreckungstitels) mit Rechtskraft (§ 704 ZPO), Anordnung vorläufiger Vollstreckbarkeit durch Vorabentscheidung des Berufungsgerichts (§ 718 ZPO) usw. soll das Vollstreckungsorgan nicht festzustellen haben. Vielmehr wurde bestimmt, „dass die Prüfung der Vollstreckbarkeit nach der prozessualen Lage der Sache jeder Tätigkeit des Gerichtsvollziehers vorzuzugehen hat“ (Begründung des ZPO-Entwurfs, *Hahn*, Materialien zur CPO, 1880, S. 434). Die Entscheidung darüber, ob die Vollstreckbarkeit vorhanden ist, wurde dem (damaligen) Gerichtsschreiber aufgetragen, weil die Akten hierzu das erforderliche Material ergeben (auch zur Aufhebung einer erkannten Vollstreckbarkeit, Begründung S. 434). Daher ist in § 724 Abs. 2 ZPO auch die Zuständigkeit des Urkundsbeamten des ersten Rechtszugs oder eines höheren Gerichts bestimmt, bei dem sich die Akten befinden (Begründung S. 434). Dem Vollstreckungsorgan wird diese Vollstreckbarkeit durch *eine* vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels nachgewiesen (§§ 724, 725 ZPO). Diese dient zugleich der Sicherung des Schuldners gegen mehrfache Zwangsvollstreckung (§ 733 ZPO). Damit ist dem Gerichtsvollzieher (wie jedem Vollstreckungsorgan) nur „die Prüfung der Vollstreckbarkeit

der Urteile nach den außerhalb der Urkunde selbst liegenden Voraussetzungen derselben“ entzogen, nicht somit die Prüfung des Titels selbst. Das stellt bereits die Begründung noch wörtlich heraus (S. 433). Für die vollstreckbare notarielle Urkunde wurde die Vollstreckungsklausel in gleicher Weise als notwendig erachtet (§ 795 ZPO; Begründung S. 446). Dass sie von dem Notar zu erteilen ist, der die Urkunde verwahrt (nun § 797 Abs. 2 ZPO), wurde bestimmt, weil es an einem Prozessgericht fehlt (Begründung S. 447).

Vollstreckungsrechtliche Selbstverständlichkeit ist daher, dass durch „irrig“ (damit fehlerhafte) Erteilung der Vollstreckungsklausel ein nicht wirksames Urteil ebenso wie ein unwirksamer anderer in § 794 ZPO aufgeführter Schuldtitel nicht zu einem vollstreckbaren Titel wird (BGHZ 15, 190, 191 = NJW 1955, 182), eine nicht nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vollstreckbare Urkunde somit nicht zu einer vollstreckbaren (*Stöber*, NotBZ 2008, 209, 215). Ein Schein- oder Nichturteil kann ebenso nicht Grundlage der Zwangsvollstreckung sein (*Zöller/Vollkommer*, ZPO, vor § 300 Rdnr. 14) wie ein durch das Rechtsmittelgericht aufgehobenes, mit Klagerücknahme wirkungslos (§ 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO) oder durch einen späteren Prozessvergleich hinfällig gewordenes Urteil. Ein Prozessvergleich ist als Vollstreckungstitel nicht wirksam, wenn er nicht formgerecht protokolliert ist (§§ 159–160 a, 162–164 ZPO; *Zöller/Stöber*, ZPO, § 160 Rdnr. 5). Ebenso kann halt die (beurkundete) Unterwerfungserklärung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht nicht vollstreckt werden, auch wenn sie (formell) mit der Vollstreckungsklausel versehen ist.

Zu prüfen hat das Vollstreckungsgericht für die Durchführung der Zwangsvollstreckung (ebenso wie der Notar für Erteilung der Vollstreckungsklausel, BGH, DNotI-Report 2009, 77 = NJW 2009, 1887) nach allgemeinen Regeln nur, ob ein formell wirksamer Vollstreckungstitel mit vollstreckungsfähigem Inhalt vorliegt (formelle Prüfung). Dafür müssen Erteilung und Umfang der Vollmacht des Vertreters, der für den Schuldner die Unterwerfungserklärung abgegeben hat, nachgewiesen sein (BGH, NJW-RR 2004, 1718, 1719 = DNotZ 2005, 132; zu diesem Nachweis eingehend *Stöber*, NotBZ 2008, 209). Eine weitergehende Prüfungsbefugnis steht auch dem Vollstreckungsgericht nicht zu. Auf materiellrechtliche Erwägungen ist dessen Prüfung nicht erstreckt (für das Klauselverfahren so BGH, DNotI-Report 2009, 77 = NJW 2009, 1887 und NJW-RR 2004, 1718, 1719 = DNotZ 2005, 132). Auslegung einer formgerecht nachgewiesenen Vollmacht mit eindeutigem Wortlaut schließt diese Prüfung nicht ein. Keine Bedeutung konnte daher das Vorbringen der Gläubigerin erlangen, dass die Unterwerfungserklärung von der auszulegenden Vollmacht gedeckt gewesen sei.

Regierungsdirektor a. D. *Kurt Stöber*, Rothenburg o. d. T.

Beurkundungs- und Notarrecht

13. BNotO § 18; BeurkG § 17 (*Regelmäßig keine Pflicht zur wirtschaftlichen Beratung*)

Die sog. erweiterte Belehrungspflicht eines Notars kann sich zwar in Ausnahmefällen auch auf die wirtschaftlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts erstrecken, wenn nach den besonderen Umständen des Einzelfalls – vor allem der rechtlichen Anlage oder vorgesehenen Durchführung des Geschäfts – Anlass zu der Vermutung besteht, einem

Beteiligten drohe ein Schaden vor allem deswegen, weil er sich infolge mangelnder Kenntnis der Rechtslage der Gefahr wirtschaftlich nachteiliger Folgen des zu beurkundenden Geschäfts nicht bewusst ist. Damit ist aber nicht eine Aufklärung über die Werthaltigkeit des Kaufobjekts bzw. die Angemessenheit des Kaufpreises gemeint, um die sich der Notar grundsätzlich nicht zu kümmern hat. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluss vom 26.2.2009, III ZR 135/08

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist bislang nicht mit Gründen abgedruckt.

14. BNotO § 19; BeurkG § 17; GmbHG § 55 (*Belehrungspflichten bei Voreinzahlung auf künftige Kapitalerhöhung*)

Bei der Beurkundung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses muss sich der Notar regelmäßig auch darüber vergewissern, ob eine Vorauszahlung an die Gesellschaft erfolgt ist und gegebenenfalls über die Voraussetzungen einer Zahlung auf künftige Einlagenschuld aufklären (Fortführung von BGH, NJW 1996, 524 = DNotZ 1996, 572).

BGH, Urteil vom 24.4.2008, III ZR 223/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger war Alleingesellschafter und Geschäftsführer der 1994 mit einem Stammkapital von 50.000 DM gegründeten G. GmbH. In einer von dem beklagten Notar beurkundeten Gesellschafterversammlung vom 23.12.1996 beschloss er eine Erhöhung des Stammkapitals der Gesellschaft um 1.450.000 DM auf 1.500.000 DM. Die neue Stammeinlage sollte dadurch erbracht werden, dass ein Geldbetrag in Höhe von 1 Mio. DM „in bar geleistet wird“ und dass im Übrigen der Kläger seinen Anspruch auf Rückzahlung eines der Gesellschaft gewährten Darlehens von 450.000 DM in die Gesellschaft einbrachte. Der Kläger übernahm die neue Stammeinlage. Unter demselben Datum unterzeichnete er mit Beglaubigung des Beklagten eine Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister und versicherte dabei, dass die Einlagen auf das neue Stammkapital in voller Höhe bewirkt seien und der Geschäftsführung zur freien Verfügung ständen. Einen Geldbetrag in Höhe des bar zu erbringenden Teils seiner Einlage hatte der Kläger, ohne dass der Beklagte dies wusste, bereits am 19.12.1996 auf das Geschäftskonto der Gesellschaft überwiesen. Das Konto wurde seinerzeit – bei geduldeter Überziehung – im Debet geführt und wies am Tag vor der Einzahlung einen Saldo von 1.452.978,13 DM zulasten der Gesellschaft auf. Nach Gutschrift der nach Behauptung des Klägers als „Vergütung R. W. Stammeinlage G. GmbH“ bezeichneten Einzahlung und weiteren Buchungen lag der Debetsaldo auf dem Geschäftskonto bei 436.729,84 DM. Der Beklagte sollte nach Vorliegen einer Werthaltigkeitsbescheinigung für den einzubringenden Darlehensrückzahlungsanspruch die Kapitalerhöhung beim Registergericht anmelden. Der Kläger stellte die Bescheinigung für den 27.12.1996 in Aussicht, tatsächlich ging sie erst am 30.12.1996 bei dem Beklagten ein. Mit Anschreiben vom selben Tage leitete dieser die Urkunden dem Handelsregister zu. Die Kapitalerhöhung wurde am 11.2.1997 im Handelsregister eingetragen.

Am 23.11.1999 wurde über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet und der jetzige Streithelfer des Klägers zum Insolvenzverwalter bestellt. In einem durch drei Instanzen geführten Vorprozess nahm dieser den Kläger erfolgreich auf erneute Zahlung der Bareinlage in Anspruch, weil durch die Überweisung vom 19.12.1996 die Einlagenschuld des Klägers nicht getilgt worden sei. Durch Urteil des BGH vom 15.3.2004 (BGHZ 158, 283 = MittBayNot 2004, 372) wurde der Kläger zur Zahlung von 511.291,88 € nebst Zinsen verurteilt. Daraufhin ließ der Insolvenzverwalter Schadensersatzansprüche des Klägers gegen den Beklagten pfänden und sich zur Einziehung überweisen.

In dem vorliegenden Rechtsstreit verlangt der Kläger Freistellung von der im Vorverfahren titulierten Verbindlichkeit nebst Zinsen so-

wie von den Prozesskosten in Höhe weiterer 82.047,92 €. LG und OLG haben die Klage abgewiesen. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageforderung weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

I.

Nach Ansicht des Berufungsgericht ist zwar von einer Amtspflichtverletzung des Urkundsnotars auszugehen. Es fehle aber am Nachweis der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden.

Allerdings seien dem Beklagten Verstöße gegen seine Amtspflichten nicht schon im Zusammenhang mit der Beurkundung vom 23.12.1996 vorzuwerfen. Er sei nicht verpflichtet gewesen, nach der vom Kläger wegen der Satzungsänderung aufzubringenden Zahlung zu fragen. Eine am 19.12.1996 erfolgte – von ihm bestrittene – Voreinzahlung auf die erhöhte Stammeinlage sei dem Beklagten nicht bekannt gewesen. Auch der Text der Urkunde erlaube einen solchen Schluss nicht. Eine Belehrungspflicht habe sich ebenso wenig aus der zeitgleichen Beurkundung der Kapitalerhöhung und der Beglaubigung der Unterschrift des Klägers in der Anmeldung zum Handelsregister ergeben. Eine derartige Verpflichtung rechtfertige sich ferner nicht unter Berücksichtigung der vom Beklagten entworfenen Versicherung des Klägers als Geschäftsführer der GmbH, dass die Einlagen auf das neue Stammkapital in voller Höhe bewirkt seien. Diese Erklärung habe sich lediglich auf den Zeitpunkt der Anmeldung zum Handelsregister bezogen.

Gleichwohl habe den Beklagten unter Berücksichtigung des Umstands, dass er es übernommen habe, die Satzungsänderung zum Handelsregister anzumelden, eine aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO folgende Amtspflicht getroffen, sich beim Vollzug der Urkunde zu vergewissern, ob die erhöhte Bareinlage tatsächlich gezahlt worden sei und dieser Betrag der Gesellschaft endgültig und auflagenfrei zur Verfügung gestanden habe. Der Kläger sei im Zusammenhang mit der angemeldeten Kapitalerhöhung der Gefahr einer zivilrechtlichen Haftung als Geschäftsführer nach §§ 57 Abs. 4, 9 a Abs. 1 GmbHG sowie einer Strafbarkeit wegen Abgabe einer falschen Versicherung nach § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG ausgesetzt gewesen. Aufgrund seiner Verpflichtung, den sichersten Weg zu gehen, habe sich der Beklagte daher vor der Anmeldung vergewissern müssen, dass die Bareinzahlung auf die erhöhte Stammeinlage tatsächlich erfolgt sei.

Es lasse sich indes nicht feststellen, dass diese Amtspflichtverletzung für den geltend gemachten Schaden ursächlich geworden sei. Hierfür komme es darauf an, wie sich der Kläger verhalten hätte, wenn sich der Beklagte vor Vollzug der Kapitalerhöhung über die erfolgte Zahlung vergewissert hätte. Für diesen Fall könne lediglich unterstellt werden, dass der Kläger die Zahlung als solche bestätigt hätte, den Beklagten jedoch nicht über den Zeitpunkt der Zahlung und insbesondere nicht über die Voreinzahlung auf ein debitorisches Konto aufgeklärt hätte. Danach habe der Kläger den ihm obliegenden Kausalitätsnachweis nicht geführt.

II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

1. Gegen die Prozessführungsbefugnis des Klägers bestehen keine Bedenken. Die für den Gläubiger gepfändete und ihm zur Einziehung überwiesene Forderung verbleibt im Ver-

mögen des Vollstreckungsschuldners. Er darf zwar nicht zum Nachteil des Pfändungsgläubigers hierüber verfügen (§ 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO) und deswegen nicht Leistung an sich selbst verlangen. Rechtshandlungen, die weder den Bestand des Pfändungsrechts noch den der gepfändeten Forderung beeinträchtigen, sind dem Schuldner dagegen infolge der ihm verbliebenen Berechtigung gestattet (BGHZ 147, 225, 229). Aus diesem Grunde ist er aus eigenem Recht nicht nur befugt, auf Leistung an den Pfändungsgläubiger zu klagen (BGHZ 147, a. a. O.), sondern er kann als weniger seinen Klageantrag auch auf Freistellung von dessen Ansprüchen richten (BGHZ 114, 138, 141).

2. In der Sache folgt der Senat dem Berufungsgericht nicht. Der Beklagte hat bereits bei der Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses und der Übernahmeerklärung seine notariellen Belehrungspflichten nach § 17 Abs. 1 BeurkG verletzt, indem er die Frage, ob möglicherweise eine Vorleistung auf die übernommene Bareinlage gegeben war, ungeklärt ließ. Auf die vom Berufungsgericht im Ausgangspunkt bejahte, nach seiner Auffassung jedoch wegen Kausalitätszweifeln für eine Haftung nicht ausreichende notarielle Amtspflichtverletzung – erst – beim Vollzug der Urkunde kommt es nicht an.

a) Die Belehrungspflicht, die dem Notar durch § 17 Abs. 1 BeurkG auferlegt ist, soll gewährleisten, dass dieser eine rechtswirksame Urkunde über das von den Beteiligten beabsichtigte Rechtsgeschäft errichtet. Der Notar muss zu diesem Zweck den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und deren Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei darf er zwar regelmäßig die tatsächlichen Angaben der Beteiligten ohne eigene Nachprüfung als richtig zugrundelegen; er muss aber unter anderem bedenken, dass die Beteiligten möglicherweise entscheidende Gesichtspunkte, auf die es für das Rechtsgeschäft ankommen kann, nicht erkennen oder rechtliche Begriffe, die auch unter Laien gebräuchlich sind und die sie ihm als Tatsachen vortragen, falsch verstehen. Lässt sich dies und damit eine unzutreffende Erfassung des Sachverhalts oder des Willens der Beteiligten nicht ausschließen, dann muss der Notar entsprechende Fragen stellen (§ 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG; BGH, NJW 1996, 524, 525 = DStR 1996, 273 m. Anm. *Goette* = DNotZ 1996, 572 m. Anm. *Rinsche* und *Kanzleiter*; BGH, NJW 2007, 3566, 3567 = DStR 2007, 2124 m. Anm. *Goette* = GmbHR 2007, 1331 m. Anm. *Wachter*; dazu ferner *Volmer*, EWiR 2007, 753).

b) Anlass zu einer solchen Aufklärung des Sachverhalts hat der IX. Zivilsenat des BGH in dem genannten Urteil vom 16.11.1995 (BGH, NJW 1996, 524, 525 = DNotZ 1996, 572 m. Anm. *Rinsche* und *Kanzleiter*) bei einer Barkapitalerhöhung in der Mitteilung der Gesellschafter gesehen, die neuen Geschäftsanteile seien voll „eingezahlt“. Dies habe die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass die Gesellschafter damit die – unzulässige – Verrechnung der übernommenen Einlagen mit Ansprüchen gegen die Gesellschaft wegen früherer Darlehen meinten. Der Notar brauche zwar nicht „ins Blaue hinein“ nachzufragen und zu belehren. Eine Aufklärung sei aber in einer derartigen Fallgestaltung deswegen geboten, weil der Begriff der „Bareinzahlung“ nach den Erfahrungen der Praxis häufig nicht richtig verstanden und vielfach auch eine Verrechnung für möglich gehalten werde. Ein Gesellschafter, der einen derartigen neuen Anteil übernehme, sei dann aber verpflichtet, die Einlage unbeschadet seines bestehen bleibenden, jedoch vielfach praktisch wertlosen Darlehensrückzahlungsanspruchs in bar einzuzahlen. Diese einschneidende Rechtsfolge gebiete es, dass der Notar, dem bei der Beurkundung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses erklärt werde, die

neuen Einlagen seien bereits „eingezahlt“, sich darüber vergewissere, dass die Beteiligten die Bedeutung dieses Begriffs kennen, und sie notfalls darüber aufkläre. Dem hat sich der erkennende Senat hinsichtlich einer Sachkapitalerhöhung für den Rechtsbegriff des „eigenkapitalersetzenden Darlehens“ und allgemein für die Frage, ob eine einzubringende Gesellschafterforderung gegen die GmbH „vollwertig“ sei, angeschlossen (BGH, NJW 2007, 3566, 3567 = DSStR 2007, 2124 m. Anm. Goette = GmbHR 2007, 1331 m. Anm. Wachter).

c) Die vorliegende Fallgestaltung rechtfertigt keine grundsätzlich abweichende Beurteilung. Die Zahlung auf künftige Einlagenschuld hat nach der Rechtsprechung des BGH – von denkbaren Einschränkungen aus Sanierungsgründen abgesehen (vgl. hierzu BGHZ 145, 150, 154; 158, 283, 284 = MittBayNot 2004, 372; BGHZ 168, 201, 204) – allein dann schuldtilgende Wirkung, wenn der eingezahlte Betrag im Zeitpunkt des Erhöhungsbeschlusses als solcher noch im Vermögen der Gesellschaft vorhanden ist (BGHZ 51, 157, 159; 158, 283, 284 f. = MittBayNot 2004, 372; BGHZ 168, 201, 203). Erfüllt ist diese Voraussetzung, sofern die geschuldete Summe sich entweder in der Kasse der Gesellschaft befindet oder der Gesellschafter auf ein Konto der Gesellschaft einzahlt und dieses anschließend und fortdauernd bis zur Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ein Guthaben in entsprechender Höhe ausweist. Dagegen reicht es nicht aus, dass der Überweisungsbetrag mit Schulden der Gesellschaft verrechnet wird, selbst wenn das Kreditinstitut eine erneute Verfügung über das Kreditkonto in entsprechender Höhe gestattet (BGHZ 158, 283, 285 = MittBayNot 2004, 372). Für die Erfüllung der dann weiterhin offen stehenden Bareinlageverpflichtung haften neben den Gesellschaftern die Geschäftsführer (§§ 57 Abs. 4, 9 a GmbHG).

Der eine Kapitalerhöhung beurkundende Notar kann – über die im Urteil vom 16.11.1995 (BGH, NJW 1996, 524, 525 = DNotZ 1996, 572 m. Anm. Rinsche und Kanzleiter) behandelte Frage der Verrechnung mit Ansprüchen gegen die Gesellschaft hinaus – auch nicht davon ausgehen, dass die Gesellschafter den Begriff der „Bareinzahlung“ im Wortsinn immer als eine dem Erhöhungsbeschluss nachfolgende Zahlung verstehen werden oder sie zumindest Kenntnis über die Voraussetzungen einer zulässigen Vorausleistung der Einlage besitzen. Die Erfahrungen der Praxis belegen im Gegenteil, dass vielfach in gutem Glauben Vorauszahlungen geleistet werden, denen wegen eines im Debet geführten Gesellschaftskontos eine schuldtilgende Wirkung nicht zukommt. Angesichts der verbreiteten Unkenntnis der Rechtslage und der den Beteiligten hieraus drohenden erheblichen Gefahren muss der Notar in der Regel nachfragen, ob womöglich eine Vorausleistung erfolgt ist und gegebenenfalls über deren Unzulässigkeit aufklären (so auch Leske, NotBZ 2002, 284, 288, 291). Das gilt unabhängig davon, ob besondere Umstände im Einzelfall eine Vorwegleistung der Bareinlage nahe legen (zu solchen Fallgestaltungen siehe OLG Oldenburg, DB 2006, 777, 778; OLG Rostock, NotBZ 2004, 399, 400). Belehrungspflichten des Notars können zwar entfallen, wenn die Beteiligten sich über die Tragweite ihrer Erklärungen und das damit verbundene Risiko vollständig im Klaren sind. Davon muss sich der Notar aber zuverlässig überzeugt haben (BGH, NJW 1995, 330, 331 = DNotZ 1995, 407; Ganter in Zuehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 971).

d) Nach diesen Maßstäben hatte der Beklagte selbst ohne Rücksicht auf den von der Revision betonten Umstand, dass hier für die Einzahlung der neuen Stammeinlage bis zur Anmeldung beim Registergericht allenfalls noch drei Banktage verblieben, und ungeachtet auch der von den Parteien unterschiedlich bewerteten Diskrepanzen zwischen dem Wortlaut

des Kapitalerhöhungsbeschlusses und dem Inhalt der gleichzeitigen Anmeldung zum Handelsregister die Frage nach einer etwaigen Vorausleistung seitens des Klägers aufzuwerfen. Der Kläger war als Geschäftsführer mehrerer Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Vorstandsvorsitzender einer Aktiengesellschaft zwar geschäftsgewandt und im Wirtschaftsleben erfahren. Damit stand aber noch nicht fest, dass er auch in Bezug auf die schwierigen Rechtsfragen einer Kapitalerhöhung nicht belehrungsbedürftig gewesen wäre. Der Umstand, dass das Berufungsgericht als Kollegialgericht eine Amtspflichtverletzung des Beklagten bei der Beurkundung verneint hat, entlastet den Beklagten gleichfalls nicht. Die sogenannte Kollegialgerichtslinie des Senats gilt nicht, wenn das Gericht wesentliche rechtliche Gesichtspunkte unberücksichtigt gelassen hat (BGH, NJW 2005, 3495, 3497 = MittBayNot 2005, 514). So liegt es hier.

III.

Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif. Abgesehen davon, dass der Beklagte die Zweckbestimmung der Einzahlung vom 19.12.1996 als Voreinzahlung auf die Kapitalerhöhung bestreitet, hat das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – keine Feststellungen zur Kausalität dieser Amtspflichtverletzung bei der Beurkundung für den vom Kläger geltend gemachten Schaden getroffen. Der Senat kann dies nicht nachholen. Aus diesen Gründen ist der Rechtsstreit unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Anmerkung:

Mit dem vorstehenden Urteil hat der BGH die Aufklärungs- und Belehrungspflicht des Notars bei der Beurkundung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses erneut ausgeweitet. Schon bisher musste er sich darüber vergewissern, ob die an einer Sachkapitalerhöhung mit einer Gesellschafterforderung Beteiligten die Begriffe des „eigenkapitalersetzenden Darlehens“ und der „Vollwertigkeit“ richtig verstanden haben.¹ Zudem hat sich der Notar bei der Beurkundung einer Barkapitalerhöhung davon zu überzeugen, dass die Gesellschafter nicht dem Irrtum unterliegen, eine „Bareinzahlung“ durch Verrechnung der Einlagepflicht mit Ansprüchen gegen die Gesellschaft aus früheren Darlehen erbringen zu können.² Hieran anknüpfend muss der Notar nun routinemäßig auch klären, ob eine Voreinzahlung auf die künftige Einlageverpflichtung erfolgt ist und gegebenenfalls auf die mit einer solchen Voreinzahlung verbundenen Risiken hinweisen.³

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der im Wirtschaftsleben erfahrene Kläger war Gesellschafter-geschäftsführer einer GmbH, die im Jahre 1994 mit einem Stammkapital von 50.000 DM gegründet worden war. Im Vorgriff auf eine geplante Kapitalerhöhung zahlte er 1.000.000 DM auf ein im Debet geführtes Gesellschaftskonto ein. Das Konto wies auch nach dieser Überweisung noch ein Debet-saldo aus. Der beklagte Notar, der kein Wissen von der Vorauszahlung hatte, beurkundete nur vier Tage darauf den Erhöhungsbeschluss, nach welchem die Stammeinlage „in

1 BGH, NJW 2007, 3566, 3567 = DNotZ 2008, 376.

2 BGH, NJW 1996, 524 = DNotZ 1996, 572 m. Anm. Rinsche und Kanzleiter.

3 So BGHZ 158, 283, 284 = NZG 2004, 515. Großzügiger dagegen weite Teile des Schrifttums, vgl. Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 56 a Rdnr. 19 ff.; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 56 a Rdnr. 9 ff.; Lutter/Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 56 Rdnr. 18 ff.

bar geleistet“ werden sollte. Die Kapitalerhöhung wurde kurz darauf in das Handelsregister eingetragen. Fast zwei Jahre später wurde schließlich das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet und der Gesellschafter durch den Insolvenzverwalter erfolgreich auf erneute Zahlung der Bareinlage in Höhe von 1.000.000 DM in Anspruch genommen.⁴ Diese Zahlungspflicht versucht der Kläger nun mit dem Vorwurf der Amtspflichtverletzung auf den Urkundsnotar abzuwälzen. Der BGH hat, wie die Vorinstanzen, eine Amtspflichtverletzung bejaht, den Rechtsstreit aber zur Klärung der Kausalität zwischen Pflichtenverstoß und geltend gemachtem Schaden an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

1. Zum Vorliegen einer Amtspflichtverletzung

Die Entscheidung ist zwar vom Ansatz her konsequent. Eine Amtspflichtverletzung hätte das Gericht jedoch nicht annehmen dürfen,⁵ denn die Beurkundung des Erhöhungsbeschlusses erfolgte zu einem Zeitpunkt, als sich die Zulässigkeit der Voreinzahlung bei der Barkapitalerhöhung noch nach der liberaleren Rechtsprechung des BGH vom 10.6.1996⁶ richtete. Danach galt: Erfolgte die Einzahlung eindeutig auf eine kurze Zeit danach beschlossene Erhöhung, so war für die Tilgungswirkung nur erforderlich, dass der Einlagebetrag bei der Registereintragung noch „wertmäßig“ zur freien Verfügung der Geschäftsführung stand. Das war vorliegend der Fall, hatte doch die Bank einer Überziehung des Gesellschaftskontos in Höhe der erfolgten Einzahlung zugestimmt. Die Bedingung, dass der eingezahlte Betrag noch „als solcher“ bei der Beschlussfassung im Vermögen der Gesellschaft vorhanden sein müsse, um der Voreinzahlung Tilgungswirkung zu verleihen, stellte der BGH dagegen erstmals in seiner Entscheidung vom 15.3.2004 auf,⁷ was der beurkundende Notar nicht vorhersehen konnte und musste.

Unabhängig davon ist zweifelhaft, ob der Vorwurf einer Belehrungspflichtverletzung im konkreten Fall nicht zu weit geht, war doch der Kläger zum Zeitpunkt der Beurkundung Geschäftsführer mehrerer GmbHs und Vorstandsvorsitzender einer AG. Wegen der vielen Parallelen zwischen dem Recht der Kapitalaufbringung bei Gründung einer Gesellschaft und einer späteren Erhöhung des Kapitals durfte der Notar nämlich davon ausgehen, eine geschäftsgewandte und im Wirtschaftsleben erfahrene Person vor sich zu haben, deren Aufklärungsbedarf sich in Grenzen hielt.⁸ Indem der BGH diese Tatsache in seiner Entscheidung vernachlässigt, verlangt er im Ergebnis eine Belehrung „ins Blaue“ hinein. Dabei übersieht das Gericht, dass die Umsetzung der notariellen Hinweispflicht stets an den konkreten Umständen des Einzelfalls orientiert sein muss, soll sie ihre volle Wirksamkeit entfalten und nicht zu einer reinen Formalität verkommen.⁹

2. Auswirkungen für die Praxis unter Geltung des MoMiG

Die Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG ändert nichts an der notariellen Aufklärungs- und Hinweispflicht.¹⁰

⁴ BGHZ 158, 283, 284 = NZG 2004, 515.

⁵ Ebenso *Wachter*, GmbHR 2008, 768, 769; *Matz*, VersR 2008, 1365, 1366 und *Kapsa*, ZNotP 2008, 468, 473. A. A. *Ganter*, DNotZ 2009, 173, 180 Fn. 29.

⁶ MittBayNot 1996, 445 = DNotZ 1997, 495.

⁷ BGHZ 158, 283, 284 = NZG 2004, 515.

⁸ *Stuppi*, notar 2008, 219.

⁹ Ebenso *Wachter*, GmbHR 2008, 768, 769; *Matz*, VersR 2008, 1365 und *Stuppi*, notar 2008, 219. Dies übersieht *Lerch*, WuB VIII A. § 19 BNotO.

¹⁰ *Wicke*, GmbHG, 2008, § 56 a Rdnr. 5; *Heckelmann*, jurisPR-HaGesR 5/2008, Anm. 5.

Es ist daher weiterhin sinnvoll, deren Erfüllung mit einem passenden Vermerk in der Beschlussniederschrift zu dokumentieren.¹¹ Teilweise wird auch über eine Belehrung in der Anmeldeurkunde nachgedacht, um den Geschäftsführer vor einer gemäß § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG strafbaren Falschangabe zu schützen.¹² Da gerichtlicherseits Einzahlungsbelege nur noch im Ausnahmefall verlangt werden können, §§ 57 Abs. 2 Satz 2, 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, empfiehlt es sich m. E. zudem, die Weiterleitung der Anmeldung an das Handelsregister ausdrücklich oder stillschweigend davon abhängig zu machen, dass dem Notar ein solcher Beleg vorgelegt wird. Auf diese Weise lassen sich jegliche Regressansprüche zuverlässig vermeiden.

Spannend bleibt unabhängig davon die Frage, ob mit dem MoMiG das mit einer Voreinzahlung verbundene Risiko und damit auch die Gefahr einer Inanspruchnahme des Notars für Pflichtverletzungen der vorliegenden Art gesunken ist.¹³ Dies ist denkbar, ging doch mit dem Gesetz eine Reform des Kapitalaufbringungsrechts einher und wurden erstmals die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der sog. verdeckten Sacheinlage geregelt. Eine solche liegt gemäß § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG vor, wenn zwar eine Bareinlage vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Absprache tatsächlich einen Sachwert erhält.¹⁴

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass durch die Voreinzahlung auf eine Kapitalerhöhung wegen des vor der Beschlussfassung fehlenden Rechtsgrundes eine bereicherungsrechtliche Rückzahlungsforderung des Gesellschafters entsteht. Würde nun diese Rückzahlungsforderung den eigentlichen Einlagegegenstand bilden, käme das Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage in Betracht.¹⁵ Ob dem so ist, war nach früherem Recht unerheblich¹⁶ und wurde deshalb auch nicht weiter untersucht, bestand doch die Bareinlagepflicht nach einer verdeckten Sacheinlage stets unabhängig von der Werthaltigkeit des zugeführten Vermögensgegenstands in voller Höhe fort.¹⁷ Nach dem MoMiG wird aber nunmehr der Wert des Vermögensgegenstandes mit der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister auf die fortbestehende Bareinlageverpflichtung angerechnet, §§ 56 Abs. 2, 19 Abs. 4 GmbHG. Der Fokus der gesetzlichen Anforderungen an die Kapitalaufbringung hat sich insoweit zu einer weitgehend bilanziellen Betrachtungsweise hin verschoben, vergleichbar der Situation bei der Kommanditeinlage in die KG.¹⁸ Diese Erleichterung des MoMiG macht es einem

¹¹ Ebenso *Wachter*, GmbHR 2008, 768, 770 mit einem Formulierungsvorschlag für einen Belehrungsvermerk in der Beschlussniederschrift, allerdings ohne Berücksichtigung der Anrechnungslösung des MoMiG.

¹² *Herrler*, DNotZ 2008, 903, 911 und *Wachter*, GmbHR 2008, 768, 770.

¹³ Bejahend *Heckelmann*, jurisPR-HaGesR 5/2008, Anm. 5.

¹⁴ Damit wird die bisher in der Rechtsprechung übliche Definition kodifiziert, *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 11 Rdnr. 236.

¹⁵ BGHZ 158, 283, 284 = NZG 2004, 515; *Sustmann*, NZG 2004, 760, 761; *Heckelmann*, jurisPR-HaGesR 5/2008, Anm. 5.

¹⁶ *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungspraxis, § 11 Rdnr. 37.

¹⁷ Das Urteil des BGH vom 15.3.2004 machte insoweit bereits im Wege der teleologischen Reduktion der Sacheinlagevorschriften von dieser strengen Sanktion „aus Gründen der Vereinfachung der Abwicklung“ eine Ausnahme, BGHZ 158, 283, 284 = NZG 2004, 515; *Sustmann*, NZG 2004, 760, 762.

¹⁸ *Herrler*, DB 2008, 2347 und DNotZ 2008, 903, 916.

Gesellschafter nun zumindest *möglich*, den bereicherungsrechtlichen Anspruch aus der nicht schuldtilgenden Vorleistung schuldtilgend im Wege der verdeckten Sacheinlage in die Gesellschaft einzubringen, sofern der Anspruch werthaltig ist.¹⁹

Nicht jeder Vorleistung auf eine Kapitalerhöhung folgt aber eine derartige schuldtilgende verdeckte Sacheinlage nach. Es ist vielmehr eine genaue Betrachtung jedes Einzelfalles geboten. Mangels Erfüllung des subjektiven Tatbestandsmerkmals der „Abrede“ i. S. d. § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG wäre z. B. im hier besprochenen BGH-Fall auch nach neuem Recht zugunsten des Insolvenzverwalters entschieden worden. Denn weiß der Gesellschafter nichts von der Unzulässigkeit der Voreinzahlung, kann er auch nicht den Willen haben, den bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch in die Gesellschaft einzubringen, um diese Forderung anstelle der Bareinlage zu leisten. Er behält seinen Rückzahlungsanspruch vielmehr, bis er verjährt ist, die Bareinlageforderung bleibt offen.²⁰ Tritt die Insolvenz ein, ist es für eine schuldtilgende Sacheinlage zu spät, da der Rückzahlungsanspruch seine Werthaltigkeit verloren hat.

Günstiger stellt sich die Rechtslage dagegen in Fällen dar, in denen vor Eintritt der Insolvenz der Sacheinlagewille in irgendeiner Weise dokumentiert ist. Ein solcher Sachverhalt lag beispielsweise dem Urteil des OLG Brandenburg vom 4.4.2007²¹ zugrunde. Hier war die Voreinzahlung auf die Kapitalerhöhung ca. drei Monate vor der Beschlussfassung erfolgt und in der Erläuterung zur Bilanz der Gesellschaft zunächst als verzinsliches Gesellschafterdarlehen behandelt worden. Nach der notariellen Beurkundung erfolgte eine Umbuchung vom Darlehens- auf das Eigenkapitalkonto zum Ausgleich der Einlageverbindlichkeit des Gesellschafters. Ist die Darlehensforderung in solchen Fällen im Zeitpunkt der Umbuchung noch werthaltig, spricht viel für ein Eingreifen der Anrechnungswirkung gemäß §§ 56 Abs. 2, 19 Abs. 4 GmbHG. Die Einlageforderung wäre dann – anders als nach früherem Recht – erloschen. M. E. dürfen insoweit keine zu strengen Anforderungen an die Erfüllung des subjektiven Tatbestandsmerkmals der „Abrede“ i. S. d. § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG bzw. die Feststellung eines Sacheinlagewillens gestellt werden. Andernfalls stünde nach neuem Recht der Voreinzahler, der typischerweise nur versehentlich die gesetzlich vorgeschriebene Reihenfolge bei der Kapitalerhöhung missachtet, schlechter, als ein verdeckter Sacheinleger, der vorsätzlich eine Bareinlage durch einen Sachgegenstand ersetzt. Dies wäre ein schwer zu rechtfertigender Wertungswiderspruch.²²

Die Voreinzahlung bleibt aber auch nach neuem GmbH-Recht risikobehaftet, wenn der Sacheinlagewille wie vorstehend beschrieben dokumentiert bzw. feststellbar ist. Dies liegt daran, dass sich die Frage der Werthaltigkeit der Gesellschafterfor-

derung im Zeitpunkt ihrer späteren Einbringung selten klar beantworten lassen wird und die entsprechende Darlegungs- und Beweislast gemäß § 19 Abs. 4 Satz 5 GmbHG den Gesellschafter trifft. Problematisch wäre dies z. B. in dem vom BGH entschiedenen Fall, in welchem die Zahlung auf ein debitorisches Konto der GmbH erfolgte. Denn allein der Umstand, dass die Bank der Kontoüberziehung – möglicherweise nur gegen Gewährung von Sicherheiten – zugestimmt hatte, macht die Rückzahlungsforderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft nicht automatisch in voller Höhe werthaltig. Es muss vielmehr in jedem Einzelfall geprüft und bewiesen werden, dass die Gesellschaft tatsächlich in der Lage war, den bereicherungsrechtlichen Anspruch jederzeit zu erfüllen, wenn sie sich bei der Einzahlung schon in der Krise befand. Daran fehlt es in jedem Fall dann, wenn die Bank im Zeitraum zwischen Einzahlung und Eintragung der Kapitalerhöhung die Kreditlinie kündigt.

Nicht zuletzt wegen dieser Beweisschwierigkeiten wird sich der Gesellschafter auch nach dem MoMiG häufig der Einlageforderung des Insolvenzverwalters ausgesetzt sehen und eine gerichtliche Feststellung der Anrechnungswirkung in den Voreinzahlungsfällen die Ausnahme bleiben. Eine signifikante Reduzierung des Haftungsrisikos des Notars für eine Aufklärungspflichtverletzung der vorliegenden Art geht daher mit der Reform des GmbH-Rechts nicht einher.²³

3. Rückwirkung des Werthaltigkeitsprinzips

Anzumerken bleibt noch, dass die Neuregelung des Rechts der verdeckten Sacheinlage auch dann eine Tilgung der Einlageforderung ermöglichen könnte, wenn die Voreinzahlung im Hinblick auf einen vor Inkrafttreten des MoMiG gefassten Kapitalerhöhungsbeschluss erfolgte. Nach § 3 Abs. 4 EGGmbHG sollen nämlich auch auf einen solchen Beschluss die neuen Vorschriften der Kapitalaufbringung anwendbar sein (Rückwirkung des Werthaltigkeitsprinzips), wenn nicht bereits in dieser Sache ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist oder eine wirksame Vereinbarung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft geschlossen wurde.²⁴ Ob ein Gericht aufgrund dieser Übergangsvorschrift tatsächlich die gewünschte Anrechnungswirkung feststellen wird, erscheint allerdings zweifelhaft. Die herrschende Meinung in der Literatur geht nämlich davon aus, dass § 3 Abs. 4 EGGmbHG eine unzulässige Rückwirkung anordnet und deshalb verfassungswidrig ist.²⁵ Wegen der zahlreichen derzeit beim BGH anhängigen Insolvenzverwalterklagen, die noch Sachverhalte aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des MoMiG betreffen, ist aber noch in diesem Jahr mit einer höchstrichterlichen Klärung der Rechtslage zu rechnen.²⁶

4. Fazit

Vor der Beurkundung muss der Notar die Beteiligten über die Kautelen der Kapitalaufbringung aufklären. Stellt sich dabei heraus, dass die Einlagesumme bereits auf das Konto der Ge-

¹⁹ *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungspraxis, § 11 Rdnr. 301. Für die Gleichbehandlung von Voreinzahlung und verdeckter Sacheinlage plädierte zuvor bereits *Goette* in FS Priester, 2007, S. 95. A. A. unter Hinweis auf Missbrauchsgefahren *Wälzholz* in *Schiffers/Wälzholz*, Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, 5. Aufl. 2009, Teil VII Rdnr. 1377.

²⁰ Ebenso *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungspraxis, § 11 Rdnr. 38.

²¹ 7 U 144/06 (n. V.), Sachverhalt geschildert in *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungspraxis, § 11 Rn. 36.

²² *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungspraxis, § 11 Rdnr. 301. Auf den verschiedenen Handlungstypus bei verdeckter Sacheinlage und Voreinzahlung wies bereits *Ehlike*, ZIP 2007, 749, 751 hin und kritisierte die Übersanktionierung nach altem Recht. *Wälzholz* in *Schiffers/Wälzholz*, Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, Teil VII, Rdnr. 1377 geht dagegen wegen der Missbrauchsgefahr davon aus, dass die Rechtsprechung an den hergebrachten Grundsätzen festhalten wird.

²³ *Heckelmann*, jurisPR-HaGesR 5/2008, Anm. 5 geht ohne Einschränkung von einem geringeren Risiko aus.

²⁴ Dem im vorliegenden Fall in Anspruch genommene Notar kommt deshalb die Reform nicht mehr zu Gute.

²⁵ *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, 11. Kap. Rdnr. 86; *Heinze*, GmbHR 2008, 1065, 1073 ff.; *Pentz*, GmbHR 2009, 126, 131; *Hein/Suchan/Geeb*, DStR 2008, 2289, 2294 ff.; *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 900 f.; *Wedemann*, GmbHR 2008, 1131, 1133. A. A. *Fuchs*, BB 2009, 170, 176 und mit beachtlichen Argumenten *Nagel/Meder*, ZInsO 2009, 944, 947 ff.

²⁶ Als nicht entscheidungserheblich offen gelassen hat der BGH diese Frage in seinem letzten Urteil zur verdeckten Sacheinlage vom 16.2.2009, DStR 2009, 809, 810 (Qivive).

sellschaft überwiesen wurde, sollte zur Rückabwicklung der Zahlung geraten und die Beschlussfassung aufgeschoben werden. Häufig wird dies nicht möglich sein, weil die Gesellschaft wegen des engen zeitlichen Rahmens des § 15 a InsO sofort über die frischen Mittel verfügen muss. In diesem Fall können die Valuta zunächst als Einlage oder als Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktritt in der Gesellschaft belassen werden. Nach der Sanierung kann dann eine Kapitalerhöhung entweder aus Gesellschaftsmitteln oder eine Sachkapitalerhöhung mit dem Gesellschafterdarlehen als Einlagegegenstand erfolgen.²⁷ Auf eine Anrechnung der Voreinzahlung auf die Einlageschuld nach den Regeln über die verdeckte Sacheinlage sollten sich die Beteiligten dagegen nicht verlassen. Denn auch nach dem neuen GmbH-Recht bleibt die Voreinzahlung unzulässig²⁸ und ist damit ein Regelverstoß, der empfindliche Folgen für die Gesellschafter haben kann.

Notarassessor Dr. *Thomas Kilian*, München

²⁷ So die Empfehlung von *Wälzholz* in *Schiffers/Wälzholz*, Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, Teil VII, Rdnr. 1378.

²⁸ *Wälzholz* in *Schiffers/Wälzholz*, Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, Teil VII, Rdnr. 1377; *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungspraxis, § 11 Rdnr. 35 ff.; so implizit auch *Wicke*, GmbHG, 2008, § 56 a Rdnr. 5.

15. BNotO §§ 14 Abs. 1 Satz 2, 19 Abs. 1 Satz 1; ErbStDV § 8; BeurkG § 17 Abs. 1 (*Hinweispflicht auf Anfall von Schenkungsteuer*)

Auch wenn weder aus der in § 17 Abs. 1 BeurkG normierten Beratungspflicht noch aus der allgemeinen Betreuungspflicht aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO eine allgemeine Amtspflicht des Notars, auch über die steuerlichen Folgen des Geschäftes im Einzelnen zu belehren, folgt, so ist er doch nach § 8 Abs. 1 und 4 ErbStDV verpflichtet, auf die Möglichkeit des Anfalls von Schenkungsteuer hinzuweisen. Die schuldhaftige Verletzung der in § 8 Abs. 1 und 4 ErbStDV normierten Hinweispflicht ist grundsätzlich Amtspflichtverletzung gegenüber den Beteiligten gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Oldenburg, Urteil vom 12.6.2009, 6 U 58/09

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist bislang nicht mit Gründen abgedruckt.

Kostenrecht

16. KostO §§ 147 Abs. 2, 149 (*Keine Nebengebühr bei Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto*)

Neben der Hebegebühr fällt für die Prüfung und Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit keine weitere Gebühr an.

BGH, Beschluss vom 2.4.2009, V ZB 70/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kostengläubiger (Notar) beurkundete einen Vertrag, durch den die Beteiligte zu 2 ein Grundstück zum Preis von 270.000 € an die Beteiligten zu 3 und 4 verkaufte. Der Kaufpreis sollte über ein

Notaranderkonto abgewickelt werden; seine Fälligkeit war unter anderem von der Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der Käufer und der Sicherstellung der Lastenfreistellung des Grundstücks abhängig. Den Eintritt dieser Voraussetzungen hatte der Notar den Vertragsparteien schriftlich mitzuteilen.

In seiner Kostenberechnung brachte der Notar für die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit eine 1/2 Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem Geschäftswert von 54.000 € in Ansatz. Später stellte er der Beteiligten zu 2 für die Abwicklung des Kaufpreises über Notaranderkonto eine Hebegebühr gemäß § 149 KostO in Rechnung.

Auf Weisung der Dienstaufsichtsbehörde hat der Notar diese Kostenberechnung gerichtlich überprüfen lassen. Das LG hat sie dahin geändert, dass die für die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit angesetzte Gebühr von 73,50 € nebst Umsatzsteuer entfällt. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des Notars, die das OLG zurückweisen möchte. Es sieht sich hieran durch die Beschlüsse des OLG Düsseldorf (JurBüro 1995, 598), des Schleswig-Holsteinischen OLG (JurBüro 1995, 260), des OLG Köln (MittRhNotK 1991, 226) und des KG (Rpfler 1986, 282) gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH vorgelegt.

Aus den Gründen:

III.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 KostO), bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. Die Annahme des Beschwerdegerichts, der Kostengläubiger könne für die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO in Ansatz bringen, ist zutreffend und beruht damit nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO).

1. Bei dem Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO handelt es sich um eine Auffangregelung, deren Anwendung voraussetzt, dass die Kostenordnung für die betreffende Tätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll (vgl. BGH, NJW 2006, 3428, 3429 m. w. N. = MittBayNot 2007, 71). Eine derartige, die Anwendung von § 147 Abs. 2 KostO ausschließende Regelung stellt hier die Vorschrift des § 149 KostO dar. Die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit ist als Teil des Verwahrungsgeschäfts anzusehen und daher durch die Hebegebühr abgegolten.

2. Allerdings ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten, wie weit der Abgeltungsbereich der Hebegebühr reicht.

a) Nach einer Ansicht stellt die Überwachung der Fälligkeit des Kaufpreises eine von der Zahlungsabwicklung über ein Notaranderkonto unabhängige notarielle Tätigkeit dar, die nach § 147 Abs. 2 KostO selbständig zu vergüten ist (OLG Köln, ZNotP 2008, 255, 256; OLG Schleswig, JurBüro 1995, 260; OLG Düsseldorf, JurBüro 1995, 598; *Tiedtke*, Notarkosten im Grundstücksrecht, 2. Aufl., Rdnr. 544; *Brosette*, MittRhNotK 1993, 135, 136; *Schmidt*, MittRhNotK 2000, 302; *Klein*, Rpfler 1988, 178, 180). Die mit der Hebegebühr abgeglichene Verantwortung des Notars bestehe in der ordnungsgemäßen Verwaltung des ihm anvertrauten Geldes, insbesondere in der Feststellung der Auszahlungsreife (OLG Schleswig, JurBüro 1995, 260). Die Prüfung der Fälligkeit des Kaufpreises liege außerhalb des Verwahrungsgeschäfts. Sie gehe diesem voraus und erfolge auch zeitlich vor dem Anfall des Gebührentatbestandes des § 149 KostO.

b) Eine andere Meinung nimmt dagegen an, dass neben der für die Kaufpreisabwicklung über ein Notaranderkonto anfallenden Hebegebühr nach § 149 KostO keine Betreuungsgebühr für die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit in Ansatz gebracht werden kann (so OLG Zweibrücken, JurBüro 1995, 101; OLG Hamm, JurBüro 1990, 899; OLG Oldenburg, Jur-

Büro 1986, 429; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 149 Rdnr. 12; *Korintenberg/Reimann*, KostO, 17. Aufl., § 149 Rdnr. 7; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 16. Aufl., „Hebegebühr“ Rdnr. 9.2.2.; Streifzug durch die Kostenordnung, 6. Aufl., Rdnr. 1197; *Bund*, JurBüro 2004, 635, 636 ff.; wohl auch *Filzek*, JurBüro 2005, 453, 454). Die Hebegebühr erfasse die gesamte mit der Erhebung, Verwahrung und Ablieferung des Geldes verbundene Mühewaltung und Verantwortlichkeit des Notars. Dazu zähle auch die Prüfung der Fälligkeit des Kaufpreises. Sie sei nichts anderes als die spiegelbildliche Kehrseite der – von der Hebegebühr abgegoltenen – Überwachung der Auszahlungsreife und stehe damit in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Hinterlegungsgeschäft.

c) Die zuletzt genannte Auffassung verdient den Vorzug.

aa) Die amtliche Überschrift von § 149 KostO („Erhebung, Verwahrung, Ablieferung von Geld ...“) bringt zum Ausdruck, dass durch die Gebühr auch die mit der Erhebung des zu verwahrenden Geldes verbundene Mühewaltung abgegolten wird (vgl. *Korintenberg/Lappe*, KostO, Orientierungshinweis zum Gesetzestext, S. 59). Hiervon ist nach dem Wortsinn nicht nur die passive Empfangnahme des Geldes, sondern auch ein aktives Einziehen des zu hinterlegenden Betrages umfasst (vgl. dazu *Bund*, JurBüro 2004, 635, 636). Tätigkeiten, die der ordnungsgemäßen Erhebung des Geldes notwendigerweise vorausgehen, sind deshalb durch die Hebegebühr abgegolten. Dazu zählt die Feststellung des Eintritts der Einzahlungsreife, also der von den Vertragsparteien vereinbarten Bedingungen, bei deren Vorliegen das zu verwahrende Geld auf das Notaranderkonto einzuzahlen ist.

Für diese Sichtweise spricht der Zweck des Verwahrungsgeschäfts. Die Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto dient der Abwicklung des grundsätzlich Zug-um-Zug vorzunehmenden, bei Grundstückskaufverträgen in der praktischen Durchführung aber mit vielfältigen Schwierigkeiten verbundenen Leistungsaustausches. Es muss erreicht werden, dass keine der Vertragsparteien eine ungesicherte Vorleistung erbringt, ohne dass der Leistungsaustausch durch Zurückbehaltungsrechte beider Parteien nach § 320 BGB blockiert wird (vgl. BGH, NJW 2007, 3212, 3214 = MittBayNot 2008, 71). Zur Bewältigung der technischen Abwicklungsprobleme stehen den Vertragsparteien unterschiedliche Möglichkeiten zur Verfügung. Ist eine direkte Kaufpreiszahlung vorgesehen, können sie die Kaufpreisfälligkeit und die Umschreibung des Eigentums von bestimmten, ihren jeweiligen Leistungsanspruch sichernden Voraussetzungen abhängig machen und den Notar mit deren Überwachung beauftragen. Sie können, sofern ein berechtigtes Sicherheitsinteresse i. S. v. § 54 a Abs. 2 BeurkG anzunehmen ist, die Kaufpreisabwicklung aber auch über ein Notaranderkonto vornehmen. In diesem Fall wahrt der Notar ihr beiderseitiges Interesse an dem Zug-um-Zug-Austausch der geschuldeten Leistungen im Rahmen des Hinterlegungsgeschäfts (so zutreffend OLG Celle, JurBüro 2005, 42, 44; OLG Hamm, NJW-RR 1999, 583, 584; vgl. auch OLG Hamm, DNotZ 2000, 379, 380 f. sowie *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 54 a Rdnr. 66).

Auf den Kaufpreis bezogene notarielle Überwachungstätigkeiten sind deshalb immer dann als von der Hebegebühr abgegolten Teil des Verwahrungsgeschäfts anzusehen, wenn sie der Abwicklung des Leistungsaustausches dienen. Das ist für die Prüfung der Auszahlungsreife des Kaufpreises, die den Käufer vor einer ungesicherten Vorleistung schützt, anerkannt (vgl. OLG Schleswig, JurBüro 1995, 260; OLG Düsseldorf, JurBüro 1992, 823; OLG Hamm, JurBüro 1987, 421;

OLG Oldenburg, JurBüro 1984, 272; *Korintenberg/Reimann*, KostO, § 149 Rdnr. 7), gilt aber auch für eine dem Notar auferlegte Feststellung der Einzahlungsreife des Kaufpreises.

Auch diese Prüfung dient der Sicherstellung des Zug-um-Zug durchzuführenden Leistungsaustausches. Anders als bei einer direkten Leistung an den Verkäufer muss der Käufer, der den Kaufpreis auf ein Notaranderkonto einzahlt, zwar nicht befürchten, eine ungesicherte Vorleistung an den Verkäufer zu erbringen. Sein Interesse, im Gegenzug das Eigentum an dem gekauften Grundstück zu erlangen, wird bei der Abwicklung über ein Notaranderkonto durch die notarielle Prüfung der Auszahlungsreife gewahrt. Die Feststellung der Fälligkeit des Kaufpreises verhindert aber, dass er den Kaufpreis früher als vereinbart zahlen muss. Dass dahinter das wirtschaftliche Interesse des Käufers steht, den Kaufpreis nicht vorzeitig zu finanzieren oder nicht auf Zinseinkünfte zu verzichten (vgl. OLG Düsseldorf, JurBüro 1995, 598, 599; *Klein*, Rpfleger 1988, 178, 180; *Schmidt*, MittRhNotK 2000, 302, 303), lässt den Zusammenhang von Fälligkeitsmitteilung und Sicherstellung des gegenseitigen Leistungsaustausches nicht entfallen. Denn der Wunsch, Zinsschäden zu vermeiden, die im Fall einer verfrühten Kaufpreiszahlung drohen, ist nur Ausdruck des rechtlichen Interesses, keine (nicht vereinbarte) Vorleistung erbringen zu müssen.

bb) Dass die gleiche Tätigkeit – die Prüfung der Kaufpreisfälligkeit – als eigenständiges, gemäß § 147 Abs. 2 KostO gesondert zu vergütendes Geschäft zu behandeln ist, wenn der Käufer den Kaufpreis direkt an den Verkäufer zahlt (vgl. BGHZ 163, 77, 79 = MittBayNot 2005, 433), schließt es nicht aus, sie bei Abwicklung des Kaufpreises über Notaranderkonto als Teil des Verwahrungsgeschäfts anzusehen (a. A. OLG Schleswig, JurBüro 1995, 260, 261). Die unterschiedliche Handhabung erklärt sich daraus, dass die Kaufpreisabwicklung im Fall der Verwahrung von beiden Parteien (vgl. *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BNotO, BeurkG, 2. Aufl., § 54 a BeurkG Rdnr. 31 sowie OLG Frankfurt, JurBüro 1989, 1141, 1142) vollständig in die Hand des Notars gelegt und daher einheitlich über die Hebegebühr vergütet wird (so auch OLG Hamm, NJW-RR 1999, 583, 584). Bei einer Direktzahlung nehmen die Parteien dagegen mit der – im Interesse des Käufers liegenden – Fälligkeitsüberwachung und der – dem Schutz des Verkäufers dienenden – Kaufpreisüberwachung zwei „Einzelleistungen“ des Notars in Anspruch, die zwei voneinander unabhängige Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO auslösen (vgl. BGHZ 163, 77 = MittBayNot 2005, 433).

cc) Schließlich spricht gegen die Einbeziehung der Fälligkeitsüberwachung in den Abgeltungsbereich der Hebegebühr nicht, dass die Prüfung der Einzahlungsvoraussetzungen vor Beginn des Verwahrungsgeschäfts und damit zeitlich vor dem Anfall des Gebührentatbestands des § 149 KostO erfolgt (so aber OLG Düsseldorf, JurBüro 1995, 598, 599; *Brosette*, MittRhNotK 1993, 135, 136). Unterbleibt die Abwicklung über Notaranderkonto infolge einer nachträglichen Vereinbarung der Parteien, hat der Notar aber bereits den Eintritt der Fälligkeitsvoraussetzungen mitgeteilt, ist er nicht gehindert, für diese Tätigkeit eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO in Ansatz zu bringen (vgl. OLG Zweibrücken, JurBüro 1995, 101; *Bund*, JurBüro 2004, 635, 637).

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung bestätigt die Auffassung der Notarkasse A. d. ö. R., vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rdnr. 1290.

17. KostO § 44 (*Geschäftswert einer Vorsorgevollmacht mit Betreuungs- und Patientenverfügung*)

Zur gebührenrechtlichen Behandlung der notariellen Beurkundung von Vorsorgevollmacht, Betreuungsvollmacht und Patientenverfügung in einer Urkunde.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.10.2008, 3 W 162/08; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG Zweibrücken

Der beschwerdeführende Notar beurkundete eine „Vorsorgevollmacht, Generalvollmacht, Betreuungsverfügung und Patientenverfügung“, in der der Beteiligte zu 3 seiner Ehefrau, ersatzweise seiner Tochter, eine umfassende Vertretungsmacht in Vermögensangelegenheiten und allen persönlichen Angelegenheiten eingeräumt und sie bevollmächtigt hat, ihn bei der Aufenthaltsbestimmung, bei der Entscheidung über medizinische Maßnahmen und bei der Willensbekundung betreffend lebensverlängernde medizinische und unterbringungsähnliche Maßnahmen zu vertreten. Für den Fall, dass trotz der Vollmacht eine Betreuung erforderlich werden sollte, soll die Bevollmächtigte oder die Ersatzbevollmächtigte zum Betreuer bestellt werden. Zudem verfügte der Beteiligte zu 3, unter welchen näher beschriebenen Umständen er seine Einwilligung in bestimmte ärztliche Wiederbelebungsmaßnahmen und lebensverlängernde Maßnahmen verweigere.

Für die Beurkundung setzte der Notar eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr aus §§ 38 Abs. 2 Nr. 4, 41 KostO aus dem zwischen den Beteiligten unstreitigen Wert des Vermögens des Beteiligten zu 3 in Höhe von 75.000 € an. Daneben setzte er eine volle Gebühr aus §§ 38 Abs. 1, 41 KostO aus einem Wert in Höhe von 6.000 €, nämlich jeweils 3.000 € für die Betreuungs- und die Patientenverfügung, an. Nebst Dokumentenauslagen, Postdienstleistungen, Fremdauslagen und Umsatzsteuer ergab dies insgesamt einen Betrag i. H.v. 187,32 €.

In dem auf die Geschäftsprüfung bei dem Notar ergangenen Prüfbericht wurde diese Berechnung beanstandet und zur Begründung ausgeführt, bei gleichzeitiger Beurkundung einer Betreuungs- und einer Patientenverfügung sei der Wertansatz aus 3.000 € nur einmal vorzunehmen.

Der Beteiligte zu 2 wies als vorgesetzte Dienstbehörde den Notar gemäß § 156 Abs. 6 KostO an, zu der Kostenbeanstandung im Prüfbericht eine Entscheidung des LG herbeizuführen.

Das LG hat sich in dem angegriffenen Beschluss der Rechtsansicht in dem Prüfbericht angeschlossen und die Notarkostenrechnung auf 136,25 € herabgesetzt. Zur Begründung ist ausgeführt, Betreuungsverfügung und Patientenverfügung betreffen zwar unterschiedliche Regelungsgegenstände, sie stünden aber in einem engen inneren Zusammenhang mit der beurkundeten Generalvollmacht. Mit dieser bestehe hinsichtlich beider Verfügungen eine teilweise Gegenstandsgleichheit, was den lediglich einmaligen Wertansatz rechtfertige. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Rechtsbeschwerde des Notars.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde des Notars ist statthaft, weil das LG sie 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).

In der Sache führt das Rechtsmittel zu dem angestrebten Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 6 Satz 1, Abs. 2 Satz 3 KostO). Der Notar hat die von ihm vorgenommene Beurkundungstätigkeit zutreffend abgerechnet. Im Einzelnen gilt Folgendes:

1. Der Notar hat in der Verhandlung vom 19.6.2006 insgesamt drei Erklärungen des Beteiligten zu 3 beurkundet, nämlich eine Generalvollmacht (in der Form einer Vorsorgevollmacht), eine Betreuungsverfügung sowie eine Patientenverfügung.

Für die Beurkundung der Generalvollmacht steht dem Notar nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO eine halbe Gebühr aus dem nach

§ 41 KostO zu bestimmenden Geschäftswert zu, der hier von allen Beteiligten unbeanstandet mit 75.000 € angenommen wird.

Für die Beurkundung der Betreuungs- und der Patientenverfügung, jeweils einseitigen Erklärungen des Beteiligten zu 3, steht dem Notar nach § 36 Abs. 1 KostO die volle Gebühr (aus dem regelmäßig nach § 30 Abs. 3 Satz 1 Abs. 2 Satz 1 KostO mit 3.000 € anzunehmenden Geschäftswert) zu.

Werden – wie hier – in einer Verhandlung mehrere Erklärungen beurkundet, so gilt für die Gebührenberechnung Folgendes:

a) Haben die Erklärungen (in vollem Umfang) denselben Gegenstand, so wird die Gebühr nach § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO nur einmal von dem Wert dieses Gegenstandes nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz berechnet. Träfe dies auf die hier abgegebenen Erklärungen zu, so wäre die Beurkundungstätigkeit des Notars mit einer vollen Gebühr (dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz nach § 36 Abs. 1 KostO) aus einem für alle Erklärungen gleichen Geschäftswert in Höhe von 75.000 € zu berechnen. Denselben Gegenstand betreffen alle zur Begründung, Feststellung, Anerkennung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses niedergelegten Erklärungen samt allen Erfüllungs- und Sicherungsgeschäften auch dritter Personen oder zugunsten dritter Personen. Zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen verweist, hat die Kammer ausgeführt, dass eine Betreuungsverfügung sowie eine Patientenverfügung demnach verschiedene Gegenstände betreffen und dass Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung einerseits sowie Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung andererseits jedenfalls nicht in vollem Umfang gegenstandsgleich sind.

b) Nach § 44 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 KostO gilt bei teilweiser Gegenstandsgleichheit zunächst einmal nichts anderes als im Falle der vollständigen Gegenstandsgleichheit nach Satz 1 der Vorschrift. Das heißt, die höchste Gebühr, hier eine volle Gebühr aus § 36 Abs. 1 KostO, gilt für den gesamten Beurkundungsvorgang. Allerdings ist nach § 44 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 KostO bei unterschiedlichen Gebührensätzen eine Vergleichsberechnung mit gesonderter Gebührenberechnung für jede Erklärung anzustellen und deren Ergebnis maßgeblich, soweit es für den Kostenschuldner günstiger ist. Bei dieser Vergleichsberechnung sind sämtliche Erklärungen gebührenrechtlich zu bewerten. Teilweise gegenstandsgleiche Erklärungen mit unterschiedlichem Gebührensatz haben mit anderen Worten entweder zur Konsequenz, dass der höchste für sie angeordnete Gebührensatz für die gesamte Beurkundung gilt oder aber dass bei einer Vergleichsberechnung die Gebühren für jede Erklärung gesondert zu berechnen sind. Dass weder der höchste Gebührensatz zur Anwendung kommt noch eine Vergleichsberechnung hinsichtlich sämtlicher beurkundeter Erklärungen stattfindet, ist mit § 44 KostO nicht zu vereinbaren.

Der für beide Erklärungen nicht im Verhältnis zueinander, sondern jeweils im Verhältnis zu einer dritten Erklärung (der Generalvollmacht) bestehende, engere innere Zusammenhang vermittelt der Betreuungs- und der Patientenverfügung untereinander keine Gegenstandsgleichheit. Weder das Gesetz noch die Rechtsprechung (vgl. OLG Frankfurt, FamRZ 2007, 1182) knüpfen im Übrigen an einen solchen Zusammenhang die Rechtsfolge, dass die volle Gebühr für beide Verfügungen nur einmal aus dem Wert ihres Gegenstandes zu entnehmen sei.

Ein lediglich einmaliger Ansatz der Gebühr aus einem Gegenstandswert in Höhe von 3.000 € lässt sich auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, dass sowohl die Betreuungsverfügung als auch die Patientenverfügung nichtvermögensrecht-

liche Angelegenheiten seien (so aber *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2008, 581, 602). § 44 KostO stellt nicht darauf ab, dass es sich bei den mehreren Erklärungen sowohl um vermögensrechtliche als auch um nichtvermögensrechtliche Erklärungen handelt. Auch wenn es sich um zwei nichtvermögensrechtliche, aber nicht gegenstandsgleiche Erklärungen handelt, gelten die oben dargestellten Rechtsfolgen. Betreuungsverfügung und Patientenverfügung sind indes nicht gegenstandsgleich. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des OLG Hamm (FamRZ 2006, 722). In dieser Entscheidung ging es um die Bestimmung des Gegenstandswerts (nur) einer Patientenverfügung, die das OLG Hamm zutreffend nach § 30 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 KostO mit 3.000 € angenommen hat. Ausdrücklich wird in der Entscheidung im Weiteren darauf abgestellt, dass dort gerade keine Betreuungsverfügung getroffen wurde. Mit der vorliegenden Entscheidung weicht der Senat deshalb nicht von der Rechtsansicht des OLG Hamm ab.

c) Der gebührenrechtlichen Berücksichtigung der Betreuungsverfügung nach der vorstehend dargestellten Rechtslage steht schließlich – jedenfalls im hier zu entscheidenden Fall – auch nicht entgegen, dass dieser im Verhältnis zu der Vorsorgevollmacht kein eigener Regelungsinhalt zukäme. In diesem Sinne hat der Senat in seiner Entscheidung vom 28.4.2008 (ZNotP 2008, 462 m. Anm. *Tiedtke*) allerdings ausgeführt, soweit in der General- und Vorsorgevollmacht auch eine Betreuungsverfügung enthalten ist, müsse deren Wert weder bestimmt noch ein Gebührenvergleich nach § 44 Abs. 1 KostO vorgenommen werden, weil zwischen der Vorsorgevollmacht und der Betreuungsverfügung ein so unmittelbarer Zusammenhang bestehe, dass die Vollmacht die Betreuungsverfügung gebührenrechtlich verdränge. Das gilt jedenfalls nicht, wenn der Regelungsgehalt der Betreuungsverfügung – wie hier – von demjenigen der Vorsorgevollmacht abweicht. Während nämlich die Vorsorgevollmacht eine Generalbevollmächtigte und eine Ersatzbevollmächtigte bestimmt, lässt die Betreuungsverfügung offen, welche dieser beiden Personen für den Fall des Erfordernisses einer gesetzlichen Betreuung von dem Vormundschaftsgericht vorrangig als Betreuerin eingesetzt werden soll. Damit hat die Betreuungsverfügung hier nicht nur einen anderen Adressaten als die Vorsorgevollmacht, sondern auch einen abweichenden Regelungsgehalt, weshalb sie von der Vorsorgevollmacht gebührenrechtlich nicht verdrängt wird.

Da vorliegend die Berechnung der einzelnen Gebühren für jede Erklärung für den Kostenschuldner günstiger ist als eine volle Gebühr aus dem Geschäftswert i. H. v. 75.000 €, ist die Berechnung durch den Notar nicht zu beanstanden. Zutreffend war es auch, die Geschäftswerte der Betreuungs- und der Patientenverfügung nach § 44 Abs. 2 a KostO zusammenzurechnen (OLG Frankfurt, FamRZ 2007, 1182) und die Gebühr aus dem so ermittelten Geschäftswert zu bestimmen.

d) Das von der Kammer gefundene Ergebnis träfe demnach nur dann zu, wenn die Betreuungsverfügung im Verhältnis zu der Generalvollmacht lediglich ein Nebengeschäft i. S. v. § 35 KostO wäre (so wohl [„Nebenerklärung“] *Renner*, NotBZ 2005, 45, 50).

Das ist aber nicht der Fall. Ein Nebengeschäft i. S. d. § 35 KostO ist ein im Verhältnis zum Hauptgeschäft minderwertiges Geschäft, das mit dem Hauptgeschäft derart im Zusammenhang steht, dass es nicht als selbständiges Geschäft in Erscheinung tritt, sondern nur dazu dient, das Hauptgeschäft vorzubereiten oder zu fördern (*Hartmann*, Kostengesetze, 37. Aufl., § 35 KostO Rdnr. 4). Es muss darüber hinaus zum Pflichtenkreis des Notars gehören, also von ihm ohne beson-

deren Auftrag zur sachgemäßen Erledigung des Hauptgeschäfts auszuführen sein (vgl. OLG Frankfurt, OLGR 2008, 307). Diese Voraussetzungen treffen auf eine Betreuungsverfügung im Verhältnis zu einer Vorsorgevollmacht nicht zu. Wenn auch die Betreuungsverfügung im Verhältnis zur Vorsorgevollmacht nur eine hilfswise Geltung beanspruchen soll, nämlich für den Fall, dass trotz der Vorsorgevollmacht noch ein Betreuungsverfahren notwendig werden sollte, so macht doch jede der Erklärungen auch ohne die jeweils andere einen Sinn und ist ohne die andere jeweils möglich. Die Erklärungen haben unterschiedliche Adressaten (den Bevollmächtigten bzw. das Betreuungsgericht) und die Betreuungsverfügung dient auch nicht der sachgemäßen Erledigung der Vorsorgevollmacht.

Anmerkung:

Bereits in seiner Entscheidung vom 28.4.2008 vertritt das OLG Zweibrücken¹ die Auffassung, dass sich der Geschäftswert einer Vorsorgevollmacht auch dann nach dem vollen Aktivvermögen des Vollmachtgebers bestimmt, wenn die für den Bevollmächtigten bestimmte Ausfertigung nicht diesem, sondern dem Vollmachtgeber ausgehändigt wird. Eine derartige Generalvollmacht sei sachlich und zeitlich unbeschränkt erteilt, auch interne Anweisungen hätten keine Auswirkungen auf die Verwendung der Vollmacht im Außenverhältnis. Ein Abschlag aufgrund des Umstandes, dass der Vollmachtgeber eine Ausfertigung zu seinen Händen beantragt hat, um sie dem Bevollmächtigten zu gegebener Zeit, evtl. verbunden mit bestimmten Anweisungen auszuhändigen, sei nach Auffassung des Senats nicht gerechtfertigt. Der Geschäftswert sei nach dem objektiven Inhalt der beurkundeten Erklärung zu bestimmen, die Befugnisse des Bevollmächtigten würden in ihrem Umfang nicht dadurch eingeschränkt, dass die Ausfertigung nicht dem Bevollmächtigten, sondern dem Vollmachtgeber ausgehändigt wird.² Die gegensätzliche Rechtsprechung lässt die Möglichkeit eines Abschlags zu, verpflichtet den Notar aber nicht dazu. Die Auffassung des OLG Zweibrücken wird man in der Praxis deshalb ebenso vertreten können, wie diejenige, die einen Abschlag bis zu 50 % zulässt. Wie das Gericht zutreffend feststellt, kann die Vollmachtsurkunde dem Bevollmächtigten unmittelbar im Anschluss an die Beurkundung ausgehändigt werden, wodurch dieser zur Ausübung der Vollmacht befugt ist.

Darüber hinaus vertritt das OLG Zweibrücken mit der früheren Entscheidung³ die Auffassung, dass eine mit der General- und Vorsorgevollmacht verbundene Betreuungsverfügung bewertungsrechtlich nicht maßgeblich sei, weil sie durch die Vollmacht verdrängt werde. Jedenfalls sei dies dann der Fall, wenn der Bevollmächtigte und der vorgeschlagene Betreuer identisch seien. In derartigen Fällen sei die Vollmacht das zentrale Geschäft. Die Betreuungsverfügung hätte subsidiären und rein vorsorglichen Charakter, so dass sie nicht selbständig in Erscheinung träte.

Dieser Auffassung kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil das Gericht hier die Berechnungsgrundsätze des § 44 Abs. 1 KostO unzutreffend angewendet hat. Eine Betreuungsverfügung ist eine einseitige Erklärung nach § 36 Abs. 1 KostO

¹ ZNotP 2008, 462 mit krit. Anm. *Tiedtke*.

² A. A. OLG Oldenburg, JurBüro 2005, 548; OLG Frankfurt, MittBayNot 2007, 344; *Bund*, JurBüro 2005, 548; *Tiedtke*, MittBayNot 2006, 397; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 17. Aufl. 2008, § 39 Rdnr. 4; Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl. 2008, Rdnr. 1904.

³ Vgl. Fn. 1.

(¹⁰/₁₀-Gebühr), während die Vollmacht nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO eine ⁵/₁₀-Gebühr auslöst. Daher muss der in § 44 Abs. 1 KostO geregelte Gebührenvergleich vorgenommen werden, und zwar unabhängig davon, wie man eine Gegenstandsgleichheit begründet. Der vorzunehmende Gebührenvergleich nach § 44 Abs. 1 KostO ist abhängig vom Gebührensatz, der für die Erklärungen anzuwenden ist und nicht von Personen. Dass der gleiche Gegenstand vorliegt, ist unbestritten. Mit der hier veröffentlichten Entscheidung vom 27.10.2008 hat das OLG Zweibrücken seine Auffassung zur kostenrechtlichen Einordnung von Patienten- oder Betreuungsverfügungen bei Zusammenbeurkundung mit einer Generalvollmacht relativiert. Es sei jedenfalls § 44 Abs. 1 KostO dann im vollen Umfang anzuwenden, wenn der Adressat der Vollmacht nicht identisch ist mit der Person, die aufgrund der Betreuungsverfügung zum Betreuer bestellt werden soll. In diesem Fall sei die Bewertung nach den Grundsätzen des § 44 Abs. 1 KostO vorzunehmen (Wert der Generalvollmacht als Hauptgeschäft, daraus die höchste in Betracht kommende Gebühr = ¹⁰/₁₀ nach § 36 Abs. 1 KostO oder, wenn für den Kostenschuldner günstiger, die getrennte Berechnung der ⁵/₁₀-Gebühr für die Vollmacht nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO und eine ¹⁰/₁₀-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO für die weiteren Verfügungen).

Das Gericht hat wohl die nicht gesetzeskonforme Auslegung des § 44 Abs. 1 KostO in seiner zum gleichen Sachverhalt ergangenen Entscheidung vom 28.4.2008⁴ erkannt und „repariert“. Wird neben der Betreuungsverfügung auch eine Patientenverfügung mitbeurkundet, liegen nach Ansicht des Gerichts zwei unterschiedliche Erklärungen vor, die zwar im Verhältnis zur Generalvollmacht gegenstandsgleich sind, jedoch nicht untereinander den gleichen Gegenstand betreffen. Als Geschäftswert wären deshalb zweimal 3.000 € anzunehmen.⁵ Dem ist das LG Kassel⁶ mit weitgehend gleicher Argumentation gefolgt. Begründet wird der zweimalige Ansatz des Regelwertes damit, dass es sich um Erklärungen handelt, die einen unterschiedlichen Regelungstatbestand beinhalten. Dem wird man sich ebenso wenig verschließen können wie der Ansicht, die nur den einmaligen Wertansatz befürwortet. Beide Auffassungen kann man gut begründen.

Im Übrigen wird zur Bewertung von Vorsorgevollmachten in Form der Generalvollmacht, von Betreuungs- und Patientenverfügungen und von Vorsorgevollmachten für nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten auf den Streifzug durch die Kostenordnung⁷ verwiesen. Die Notarkasse befürwortet beim Rückbehalt der Vollmachtsausfertigung einen Wertabschlag. Zur Vermeidung von Bewertungsdisparitäten im Bereich der Notarkasse wird eine dementsprechende Bewertung empfohlen.

Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R, München

⁴ Vgl. Fn. 1.

⁵ Vgl. hierzu *Bengel/Tiedke*, DNotZ 2008, 561, 602 m. w. N.

⁶ Beschluss vom 13.8.2008, 3 T 154/08 (n. v.).

⁷ Rdnr. 1903.

18. KostO §§ 146 Abs. 1, 147 Abs. 2 (*Überwachung von Treuhandaufträgen ist mit Vollzugsgebühr abgegolten*)

Bei der Beschaffung von Unterlagen für die nach einem Grundstückskaufvertrag geschuldete Löschung von Grundpfandrechten fällt neben der Vollzugsgebühr auch dann keine zusätzliche Betreuungsgebühr an, wenn sie mit einer Treuhandaufgabe des Gläubigers an den Notar verbunden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Dresden, Beschluss vom 31.3.2009, 3 W 199/09

Der Beteiligte zu 5 beurkundete einen von den Beteiligten zu 1 und 2 (Veräußerer) und den Beteiligten zu 3 und 4 (Erwerber) geschlossenen Kaufvertrag über ein Mehrfamilienhaus. Der Vertrag enthielt u. a. folgende Regelungen:

„VI. Zahlungsweise

(1) Soweit eingetragene Gläubiger für die Lastenfreistellung Ablösebeträge verlangen (...), kann der Kaufpreis nur durch ihre Erfüllung und darüber hinaus nur durch Ausgleich der mit der Lastenfreistellung verbundenen, vom Veräußerer zu übernehmenden Notar- und Gerichtskosten gemäß Rechnungslegung des Notars bezahlt werden, ohne dass die Empfänger ein eigenes Forderungsrecht erwerben. (...)

Zur Sicherstellung der Lastenfreistellung wird der Notar beauftragt und bevollmächtigt, die Unterlagen zur Lastenfreistellung einzuholen, für alle Vertragsteile auch nach § 875 Abs. 2 BGB entgegenzunehmen und zu verwenden. (...)

VIII. Rechts- und Sachmängel

(...)

(2) Rechtsmängel

(...)

b) Der Veräußerer haftet dafür, dass Besitz und Eigentum an dem Grundbesitz ungehindert übergehen und der Grundbesitz gegen Zahlung des Kaufpreises frei wird von grundbuchmäßigen Belastungen. Der Veräußerer verpflichtet sich, alle Rechte in Abt. III und die sonstigen nicht übernommenen Belastungen unverzüglich zu beseitigen.“

Die Grundpfandrechtsgläubigerin übersandte dem Beteiligten zu 5 eine Löschungsbewilligung, verbunden mit dem Auftrag, über diese nur zu verfügen, wenn ihre – im Einzelnen aufgeschlüsselten – Forderungen beglichen sind und ein Aufhebungsvertrag unterzeichnet ist. Die Unterzeichnung des Aufhebungsvertrages wurde dem Beteiligten zu 5 nachfolgend angezeigt.

Der Beteiligte zu 5 stellte den Beteiligten zu 3 und 4 unter anderem zwei Beurkundungsgebühren gemäß § 36 Abs. 2 KostO, eine Vollzugsgebühr gemäß § 146 Abs. 1 Satz 1 KostO sowie Betreuungsgebühren für Vorlageprüfung, Fälligkeitsteilung und Anfertigung einer Übersetzung – jeweils auf der Grundlage von § 147 Abs. 2 KostO – in Rechnung.

Für die Überwachung des von der Grundpfandrechtsgläubigerin erteilten Treuhandauftrages stellte er den Beteiligten zu 1 und 2 u. a. eine halbe Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO aus einem Geschäftswert von 282.962,84 € entsprechend der Ablösebeträge i. H. v. insgesamt 292,74 € in Rechnung.

Nachdem die Beteiligten zu 1 und 2 geltend gemacht hatten, dass diese Tätigkeit mit der Gebühr für den Vollzug des Kaufvertrages nach § 146 Abs. 1 KostO abgegolten, jedenfalls aber der Geschäftswert zu hoch bemessen sei, beantragte der Beteiligte zu 5 die Entscheidung des LG gemäß § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO. Hieraufhin hob das LG mit dem angegriffenen Beschluss die Kostenrechnung auf und ließ die weitere Beschwerde zu.

Mit der weiteren Beschwerde macht der Beteiligte zu 5 geltend, dass das LG rechtsfehlerhaft davon ausgegangen sei, dass die Überwachung eines durch einen Dritten erteilten Treuhandauftrages zum Vollzug des Kaufvertrages gehöre und deshalb keine Gebühr i. S. v. § 147 Abs. 2 KostO auslöse. Es werde verkannt, dass jeweils verschiedene – unterschiedlichen Interessen dienende – Überwachungstätigkeiten durchzuführen gewesen seien. Anders als bei der Einholung, Entgegennahme und Verwahrung einer Löschungsbewilligung ohne Treuhandaufgabe müsse der Notar hierbei darauf achten, dass

der Gläubiger sein Grundpfandrecht nicht verliere, bevor seine Ansprüche aus dem Darlehensvertrag befriedigt seien. Dementsprechend hafte der Notar insoweit auch dem Dritten und nicht den Vertragsparteien im Falle einer Pflichtverletzung. Diese Interessenlage, aber auch der Wortlaut von § 146 Abs. 1 KostO, wonach nur eine Tätigkeit „auf Verlangen der Beteiligten“ durch die Vollzugsgebühr abgegolten werde, rechtfertige es, im Falle einer Treuhandaufgabe von Dritten die abgerechnete Betreuungsgebühr zuzuerkennen.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. (...)

2. Das Rechtsmittel ist jedoch nicht begründet. Der Beschluss vom 23.1.2009 beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts i. S. v. § 156 Abs. 2 Satz 3 KostO.

a) Das LG ist davon ausgegangen, dass die Überwachung der Treuhandaufgabe der Grundpfandrechtsgläubigerin der Vollzugstätigkeit des Beteiligten zu 5 zuzurechnen und mit der Gebühr des § 146 Abs. 1 Satz 1 KostO abgegolten sei. Dem Vollzug würden alle Tätigkeiten dienen, welche die Wirksamkeit der schuldrechtlichen und dinglichen Vereinbarungen zwischen den Beteiligten herbeiführen bzw. deren Ausführung (erst) ermöglichen. Dies sei bei der Einholung und Verwahrung von Löschungunterlagen der Fall. Die Übernahme von Treuhandaufgaben hänge hiermit inhaltlich so eng zusammen, dass sie wirtschaftlich als ein einheitlicher Vorgang zu sehen seien. Ohne Bedeutung bleibe, dass die Modalitäten des Vorgangs teilweise von einem der Beteiligten und teilweise von einem Dritten bestimmt würden bzw. die Anforderung der Unterlagen einerseits und die Beachtung der Treuhandaufgabe andererseits unterschiedlichen Interessen diene.

b) Diese Erwägungen halten einer – dem Senat allein eröffneten – Überprüfung auf Rechtsfehler stand. Gemessen an den vom BGH in seiner Entscheidung vom 12.7.2007 (MittBayNot 2008, 71) aufgestellten Maßstäben ist die vom LG vertretene Rechtsauffassung nicht zu beanstanden, wonach bei der Beschaffung von Unterlagen für die nach einem Grundstückskaufvertrag geschuldete Löschung von Grundpfandrechten auch dann keine zusätzliche Betreuungsgebühr anfällt, wenn sie mit einer Treuhandaufgabe des Gläubigers an den Notar verbunden ist. Zum Vollzug lastenfreien Erwerbs gehört auch die Beachtung der Auflage des Gläubigers, die Löschungsbewilligung erst nach Eingang des Darlehensrestes zu verwenden; sie wird deshalb von der Vollzugsgebühr des § 146 Abs. 1 KostO mit abgegolten.

aa) Dem Vollzug i. S. v. § 146 Abs. 1 Satz 1 KostO dienen alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten – schuldrechtlichen oder dinglichen – Vereinbarungen notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführung zu ermöglichen. Haben die Parteien vereinbart, dass ein Grundstück nur ohne dingliche Belastungen übertragen werden soll, gehört hierzu auch die Löschung etwaiger Grundpfandrechte (siehe hierzu im Einzelnen BGH, NJW 2007, 3212 = MittBayNot 2008, 71). Sofern diese wiederum – wie hier – zwingend mit der Beachtung von Treuhandaufgaben verbunden ist, wird auch dies vom Anwendungsbereich des § 146 Abs. 1 Satz 1 KostO erfasst, da erst hierdurch der Vollzug des Geschäfts ermöglicht wird. Die komplette inhaltliche Bewertung und Beachtung der beschafften Unterlagen hängt untrennbar mit deren Anforderung beim Grundpfandrechtsgläubiger zusammen (Rohs, KostO, 3. Aufl., § 146 Rdnr. 45 a). Darf der Notar von der Löschungsbewilligung nur bei Beachtung der Treuhandaufgabe Gebrauch machen, ist der Vollzug des Kaufvertrages

auch von ihr abhängig. Denn ließe man die insoweit vom Notar zu entfaltende Tätigkeit weg, könnte die Erfüllung der in der Urkunde übernommenen Leistungspflicht (lastenfreie Eigentumsübertragung) nicht eintreten. Damit gehört auch dieser Fall zu § 146 KostO (Wudy, NotBZ 2007, 381, 389; a. A. Tiedtke, MittBayNot 2008, 23, 26; ders., ZNotP 2007, 363, 369; Heinze, NotBZ 2008, 19, 22). Daneben kann eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für dieselbe Tätigkeit wegen des Auffangcharakters der Norm nicht entstehen (OLG Hamm, ZNotP 2003, 39; OLG Hamm, JurBüro 1990, 221; OLG Frankfurt, Beschluss vom 21.10.2003, 20 W 356/02 [n. v.]; LG Münster, Beschluss vom 10.12.2007, 5 T 90/04 [n. v.]).

Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich auch nicht daraus, dass durch die Einholung und Verwendung einer Löschungsbewilligung mit Treuhandaufgabe nicht nur das Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien, sondern auch Interessen der Grundpfandrechtsgläubiger berührt werden. Wie der BGH bereits in seiner Entscheidung vom 13.7.2006 (MittBayNot 2007, 71) ausführt, ist dieser Aspekt allein maßgeblich, wenn der Notar mit den Beteiligten erst verhandeln muss (Wudy, NotBZ 2007, 381, 389; Klein, RNotZ 2007, 558, 560). Beschränkt sich der Notar jedoch – wie hier – auf die Anforderung der Löschungsbewilligung und wird diese – wenn auch verbunden mit einer Treuhandaufgabe, aber ohne vorherige Verhandlung – übersandt, zielt die Tätigkeit allein auf die vereinfachte lastenfreie Übertragung des Grundeigentums und damit auch den Vollzug des Urkundengeschäfts.

cc) Gleiches gilt, soweit der Beteiligte zu 5 darauf verweist, dass wegen der Treuhandaufgabe zusätzliche Überwachungstätigkeiten durchzuführen seien. Denn die hier vertretene Rechtsauffassung erweist sich jedenfalls vor dem Hintergrund der weiteren abgerechneten Gebühren – insbesondere für die Fälligkeitsmitteilung und die Vorlageprüfung – als interessengerecht. Insoweit bedarf keiner Entscheidung, inwieweit die im Zusammenhang mit Löschungsbewilligung und Treuhandaufgabe entfalteten Bemühungen möglicherweise mit den wegen diesen Tätigkeiten angefallenen Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO abgegolten werden (vgl. OLG Oldenburg, ZNotP 2007, 279; Wudy, NotBZ 2007, 381, 389), da sie – wie ausgeführt – bereits vom Anwendungsbereich des § 146 KostO erfasst werden. Sowohl bei der Fälligkeitsmitteilung als auch bei der Überwachung der Kaufpreiszahlung ist jedoch die Zahlung eines Kaufpreisteils an den Grundpfandrechtsgläubiger zu berücksichtigen. Auch deshalb erscheint es nicht gerechtfertigt, dem Notar insoweit noch eine weitere Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zuzubilligen (Filzek, BWNotZ 2007, 162, 163).

dd) Entgegen der Sicht des Beteiligten zu 5 widerspricht diese Beurteilung des Sachverhaltes auch nicht dem Wortlaut des § 146 Abs. 1 Satz 1 KostO, wonach nur Tätigkeiten „auf Verlangen der Beteiligten“ durch die Vollzugsgebühr abgegolten werden. Wie der ausdrückliche Wortlaut des Kaufvertrages erhellt, wurde der Beteiligte zu 5 von den Vertragsparteien beauftragt und bevollmächtigt, die für die Lastenfreistellung notwendigen Handlungen vorzunehmen. Dabei ist der Fall, dass hierfür zunächst – wie im Folgenden in der Tat von der Grundpfandrechtsgläubigerin gefordert – ein Teil des Kaufpreises überwiesen werden muss, ausdrücklich im Vertragstext angesprochen. Die entsprechenden Anweisungen an den Beteiligten zu 5 sind mithin vom Willen beider Vertragsparteien getragen. Allein der Umstand, dass die Betragshöhe von einem Dritten bestimmt wurde, hindert hiernach nicht, das Tatbestandsmerkmal „auf Verlangen der Beteiligten“ als erfüllt anzusehen.

Hiervon abgesehen eröffnet auch die vom Beteiligten zu 5 herangezogene Norm des § 147 Abs. 2 KostO einen Vergütungsanspruch nur bei Tätigkeiten „im Auftrag eines Beteiligten“. Die enge Betrachtungsweise des Beteiligten zu 5 wäre dann auch insoweit nicht zielführend, wenn die Beachtung der Treuhandaufgabe allein als Verlangen eines Dritten angesehen wird.

c) Der Senat darf die Last der Entscheidung nicht auf den BGH verlagern. Die dazu nach § 28 Abs. 2 Satz 1 FGG (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO) nötigen Voraussetzungen liegen nicht vor.

Dabei kann dahinstehen, ob der BGH in seiner Entscheidung vom 12.7.2007 (MittBayNot 2008, 71) nicht bereits über die vorliegende Fallkonstellation – und zwar im hier vertretenen Sinne – entschieden hat (so *Schmidt*, JurBüro 2007, 510, 512; *Rohs*, KostO, § 146 Rdnr. 45 a). Auch im dortigen Sachverhalt war die Löschungsbewilligung mit der Anweisung verbunden, von ihr nur Gebrauch zu machen, wenn dem Grundpfandrechtsgläubiger ein Teil des Kaufpreises überwiesen wird. Für eine solche Sichtweise könnte auch sprechen, dass diese – bei Grundstücksgeschäften im Zusammenhang mit Löschungsbewilligungen äußerst typische – Fallkonstellation jedenfalls auch einem Teil der vom BGH in Bezug genommenen Entscheidungen zugrundelag (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.10.2003, 20 W 356/02 [n. v.]; OLG Hamm, OLGR 2002, 146).

Jedenfalls wird vorliegend nicht von einer Entscheidung eines anderen OLG oder gar des BGH abgewichen. Die vom Beteiligten zu 5 angeführte Entscheidung des OLG Köln (RNotZ 2003, 401) betrifft nur die Frage, ob neben zwei Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO für Fälligkeitsmitteilung und Kaufpreisüberwachung auch eine weitere Gebühr auf selber Rechtsgrundlage für die Beachtung der Treuhandaufgabe verlangt werden kann. Da eine Vollzugsgebühr überhaupt nicht abgerechnet war, steht eine abweichende Beurteilung des Anwendungsbereiches von § 146 Abs. 1 KostO – wie sie § 28 Abs. 2 FGG voraussetzt – nicht im Raum. Entsprechendes gilt für den weiteren vom Beteiligten zu 5 in Bezug genommenen Beschluss des KG vom 16.7.2007 (JurBüro 2007, 600). Es ist bereits fraglich, ob der Entscheidung ein vergleichbarer Sachverhalt zugrundelag, da es dort um den Vollzug einer für eine Auflassungsvormerkung erteilten Löschungsbewilligung ging, die für den Fall des Scheiterns des Kaufvertrages erteilt worden war. Jedenfalls war auch in diesem Fall der Anwendungsbereich des § 146 KostO nicht relevant; es wurde lediglich erwogen, ob die Überwachung der Löschungsbewilligung von der Beurkundungsgebühr mit abgegolten wird.

Anmerkung:

Der Senat meint, der Notar vollziehe den Kaufvertrag, wenn er die Treuhandaufgabe einer abzulösenden Grundpfandrechtsgläubigerin beachtet, von Löschungsunterlagen erst nach Eingang des Darlehensrestes Gebrauch zu machen. § 146 KostO regelt Vollzugstätigkeiten gebührenrechtlich abschließend; Betreuungskosten nach § 147 Abs. 2 KostO fielen daneben nicht an. Richtig ist hingegen: Treuhandaufträge sind Betreuungsleistungen, die nach § 147 Abs. 2 KostO neben Vollzugstätigkeiten kostenpflichtig sind.

1. Mit Beschluss vom 12.7.2007 hat der BGH¹ Grundsätze zur Abgrenzung von Vollzugs- und Betreuungstätigkeiten festgelegt: Trotz des im Ansatz weiten Vollzugsbegriffs bewertet er nicht jede Tätigkeit des Notars bei der Vorbereitung

einer vertragsgemäßen Eigentumsumschreibung als Vollzugstätigkeit, sondern nur solche, die die Ausführung des Geschäfts erst ermöglichen.² Nicht dazu gehörten die Fälligkeitsmitteilung und die Überwachung der Kaufpreiszahlung; anders lag es bei der Beschaffung der Unterlagen für die Löschung nicht zu übernehmender Rechte.

2. Vollzug und Betreuung sinnvoll abzugrenzen, fällt trotz dieser Vorgaben im Grenzbereich nicht leicht. Es ist ein besonderes Verdienst der Expertenkommission „Reform der Notarkosten“, im am 10.2.2009 vorgelegten Entwurf diesen wichtigen Bereich der notariellen Tätigkeit einer klaren Lösung zugeführt zu haben. Die hier relevante Detailfrage wurde in Nr. 22.201 KostO-E i. V. m. § 66 Abs. 2 KostO-E im Sinne einer Gebührenpflicht neben Vollzugs- und sonstiger Betreuungsgebühr entschieden.³

3. De lege lata darf man nicht anders entscheiden. Der Notar kann für eine Tätigkeit Kosten nach § 147 Abs. 2 KostO nur erheben, wenn sie in der Kostenordnung mit keiner Gebühr bedacht ist und sich auch nicht ergibt, dass dem Notar dafür keine gesonderte Gebühr erwachsen soll.⁴ Die geltende Kostenordnung sieht jedenfalls keine expliziten Ablösetreuhandgebühren vor; ob sich aus der Vollzugsgebühr nach § 146 KostO insofern eine Abgeltungswirkung ergibt, wird unterschiedlich bewertet.

a) § 147 Abs. 2 KostO ist der notwendige Auffangtatbestand im geltenden notariellen Kostenrecht, weil die arbeitsaufwändigen und haftungsträchtigen Tätigkeiten im Bereich des Vollzugs und der Betreuung gebührenrechtlich kaum geregelt sind. Auch § 146 KostO ist insoweit nicht abschließend, was der BGH völlig zu Recht betont, als nicht jede Tätigkeit zur Herbeiführung der Eigentumsumschreibung erfasst wird – zu umfangreich ist das notarielle Aufgabenspektrum, zu unvollständig die Kostenregelung.

Dessen eingedenk sind nur solche Vollzugstätigkeiten ausschließlich nach § 146 KostO zu bewerten, die „die Ausführung des Geschäfts erst ermöglichen“, und zwar im Sinne einer Unmittelbarkeit und Alternativlosigkeit hinsichtlich der Herbeiführung der Vollzugsreife eines zustande gekommenen Rechtsgeschäftes. Das Einholen der Löschungsbewilligung als unmittelbare Anschlussstätigkeit an die Beurkundung gehört dazu. Darüber hinaus reichende Hilfestellungen, von deren Anbieten der Vollzug nicht abhängt, sind als Betreuungsleistungen nach § 147 Abs. 2 KostO zu bewerten. In diese Kategorie gehören nicht nur die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit und die Überwachung der Kaufpreiszahlung, sondern auch die Annahme eines Ablösetreuhandauftrags einer Grundpfandrechtsgläubigerin.

b) Der BGH⁵ hatte in anderem Zusammenhang bereits ausgeführt, dass zur Vollzugstätigkeit nur die bloße Anforderung der erforderlichen Erklärung zu sehen sei. Darüber geht die mit Treuhandaufgaben verbundene Lastenfreistellung in zweifacher Hinsicht hinaus:

Erstens muss der Notar mit der Gläubigerin über die Erteilung der Bewilligung verhandeln, denn die Übernahme einer Treuhandaufgabe setzt einen Konsens zwischen Gläubigerin und

² MittBayNot 2008, 71, 72.

³ Dazu auch *Tiedtke/Diehn*, ZNotP 2009, 170, 175.

⁴ Vgl. nur BGH, Beschluss vom 2.4.2009, V ZB 70/08, Rz. 6 (n. v.); BGH, MittBayNot 2008, 71.

⁵ MittBayNot 2007, 71. Dort hat der Senat von einer näheren Definition der notariellen Vollzugstätigkeit ausdrücklich abgesehen, deren Beziehung zum Hauptgeschäft aber mit „ausschließlich“ und „notwendigerweise“ erkennbar eng gefasst.

¹ MittBayNot 2008, 71.

Notar, etwa über Abwicklungsmodalitäten, voraus.⁶ Diesen herbeizuführen geht über die unmittelbare Vollzugstätigkeit klar hinaus; darin liegt eine typische Betreuungsleistung. Der Sichtweise des OLG Dresden entgegen hat der BGH das notarielle „Verhandeln“ funktional zur Abgrenzung von Vollzugstätigkeiten gebraucht und damit jede über die bloße Anforderung einer Erklärung hinausgehende Interaktion des Notars mit am zu vollziehenden Rechtsverhältnis Unbeteiligten gemeint⁷. Da mit der Annahme eines Treuhandauftrags ein Rechtsverhältnis zwischen Notar und Gläubigerin entsteht, wurde sogar qualifiziert, nämlich erfolgreich verhandelt.

Zweitens muss der Notar die Treuhandaufgabe beachten: Er muss organisatorisch sicherstellen, dass zunächst von der Löschungsbewilligung kein Gebrauch gemacht wird. Nach Umsetzung der Auflage wird er regelmäßig seine ausdrückliche Entlassung aus dem Treuhandverhältnis erwirken und prüfen. Das hat mit der Fälligkeitsmitteilung entgegen der Senatsauffassung nichts zu tun und geht über die Überwachung der Kaufpreiszahlung hinaus.

c) Bei der Übernahme einer Ablösetreuhand fehlt es nicht nur an der erforderlichen Unmittelbarkeit der Vollzugstätigkeit, sie ist auch nicht alternativlos: Beispielsweise könnte der Verkäufer die Ablöse im Vorfeld des Vollzugs selbst bewirken. Auch wäre eine Abwicklung des Kaufvertrags über Anderkonto möglich; für die Auszahlung des Ablösebetrags fiele dann die Hebegebühr nach § 149 Abs. 1 KostO an.

4. Den Ablöseprozess zur Lastenfreistellung eines Grundstücks beim Direktzahlungsmodell zu organisieren, ist eine Betreuungsleistung im Kernbereich des notariellen Dienstleistungsspektrums. Der damit verbundene Aufwand wird nach der geltenden Kostenordnung angemessen über eine Nebengebühr nach § 147 Abs. 2 KostO vergütet – ein mit den tatsächlichen Gegebenheiten, der derzeitigen Rechtslage und der zukünftigen Rechtsentwicklung im Einklang stehendes Ergebnis.

Appelle⁸, dem OLG Dresden die Gefolgschaft nicht zu versagen, erscheinen daher unangebracht.

Notarassessor Dr. *Thomas Diehn*, LL. M. (Harvard), Berlin

⁶ *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 17. Aufl., § 146 Rdnr. 30 a. ⁷ Das verkennt auch der 15. Zivilsenat des OLG Hamm mit Beschluss vom 15.7.2009, I-15 Wx 350/08; „weitergehende Tätigkeiten“ sind gerade nicht erforderlich. Insbesondere setzt § 147 Abs. 2 KostO nicht voraus, dass die Gläubigerin zunächst mit dem Vertrag unvereinbare Treuhandaufgaben machte. Dem wirkt der Notar bereits im Vorfeld entgegen.

⁸ *Wudy*, NotBZ 2009, 191, 192.

Öffentliches Recht

19. BauGB § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 (*Nichtiger Städtebaulicher Vertrag wegen fehlender Kausalität*)

Ein städtebaulicher Vertrag mit dem Ziel der Erhöhung der baurechtlich zulässigen Gewerbenutzung gegen Kostenübernahme für die Anbindung des Gewerbegebiets an einen Autobahnzubringer ist nichtig, wenn die Straßenbaumaßnahme dem Bauvorhaben nicht konkret und real zugeordnet werden kann. Dies ist der Fall, wenn der Autobahnzubringer vorrangig dem Ziel dient, eine bereits bestehende Überlastung des Verkehrs zu beseitigen. Bereits erbrachte Leistungen des Bauwilligen sind auch dann zurückzuzahlen, wenn dieser das begehrte Baurecht erhalten hat. (Leitsatz der Schriftleitung)

BayVGH, Urteil vom 18.12.2008, 4 BV 07.3067

Aus den Gründen:

Der Grundstücksveräußerungs- und städtebauliche Vertrag ist nichtig.

Die Rechtmäßigkeit des städtebaulichen Vertrages (Teil II des Vertrages) bemisst sich nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und Abs. 2 BauGB. Diese Vorschrift eröffnet den Gemeinden die Möglichkeit, in einem Vertrag mit einem Bauwilligen die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind, zu vereinbaren. Die vereinbarten Leistungen müssen den genannten Umständen nach angemessen sein. Die Vereinbarung einer vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung ist unzulässig, wenn er auch ohne sie einen Anspruch auf die Gegenleistung hätte. Der städtebauliche Vertrag ist ein öffentlichrechtlicher Vertrag, der nach der Rechtsprechung des BVerwG der Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) unterliegt (BVerwGE 42, 331, 334; *Scharmer*, NVwZ 1995, 219, 221). Für die Gemeinde gilt hiernach nicht das Prinzip der Vertragsfreiheit, sondern die Verpflichtung zu einer Vertragsgestaltung, die sich an den gesetzlichen Vorgaben und den verfassungsrechtlichen Grundsätzen als Zulässigkeitsschranke auszurichten hat (*Grziwotz*, NVwZ 1996, 637). Neben den Vorgaben des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und Abs. 2 BauGB sind die Bestimmungen der Art. 54 ff. BayVwVfG ergänzend heranzuziehen. Der Umstand, dass die Änderung des Bebauungsplans, die der Klägerin weiteres Baurecht einräumen würde, nicht als Gegenleistung ausdrücklich vereinbart worden ist – dies wäre mit Blick auf § 1 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 2 Abs. 3 BauGB rechtlich unzulässig –, sondern nur als „Bedingung“ und „Geschäftsgrundlage“ angesprochen wird, ohne dass der Klägerin ein entsprechender Rechtsanspruch vermittelt werden sollte (sog. hinkendes Austauschverhältnis) steht der Anwendung der Art. 54 ff. BayVwVfG nicht entgegen (BVerwG, Urteil vom 16.5.2000, 4 C 4/99, Rdnr. 24 m. v. N. [n. v.]; *Bonk* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 56 Rdnr. 20). (...)

2. Der städtebauliche Vertrag ist jedoch nichtig, weil es zum einen an der erforderlichen Kausalität zwischen dem Vorhaben der ... AG und der vertraglich auferlegten Kostenbeteiligung an der Straßenbaumaßnahme fehlt und zum anderen der Kostenbeitrag der Klägerin gegen das Gebot der Angemessenheit verstößt.

Gegenstand des Vertrages sind die Kosten, die der Beklagten für den Bau der Verbindungsstraße zwischen dem Gewerbegebiet ... und dessen Anbindung an die A 92 entstanden sind. Hierbei handelt es sich um Aufwendungen für eine städtebauliche Maßnahme i. S. v. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB, denn sie zielen auf eine Verbesserung der örtlichen Verkehrssituation ab und sind der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung i. S. v. § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB zuzuordnen (vgl. § 1 Abs. 6 Nr. 9, § 9 Abs. 1 Nr. 11 BauGB, § 17 b Abs. 2 FStrG).

Die Aufwendungen stellen auch Folgekosten in dem Sinne dar, dass sie der Beklagten jenseits der beitragsfähigen Erschließung für Anlagen und Einrichtungen entstehen, die sie „an sich“ zu tragen hat (BVerwGE 42, 331, 336 f.). Es handelt sich dabei um Kosten für Maßnahmen, die der Allgemeinheit dienen und für die abgabenrechtlich keine bestimmte Kostenverteilung oder Kostentragung zwingend vorgeschrieben ist (*Reidt* in *Gelzer/Bracher/Reidt*, Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2004, Rdnr. 1000). (...) Die Straßenbaumaßnahmen sind Erschließungsmaßnahmen im weiteren Sinne, die nicht erschließungsbeitragsfähig sind. Weder das Straßen- und We-

gegesetzt (siehe für Baden-Württemberg VGH Mannheim, NVwZ 1997, 1021) noch das Kommunalabgabengesetz schließen die Überwälzung der bei der Gemeinde für die verbesserte Verkehrserschließung angefallenen Kosten auf Private aus (BayVGH, BayVBl 1980, 717, 720); sie können mithin Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages sein.

a) Es fehlt jedoch an der erforderlichen Kausalität zwischen der städtebaulichen Maßnahme und dem Vorhaben der ... AG. Die Folgekosten können nur dann auf Private überwält werden, wenn die städtebauliche Maßnahme „Voraussetzung oder Folge“ für das von dem Privaten geplante Bauvorhaben ist. Mit diesem in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB ausdrücklich geregelten Erfordernis knüpft die Regelung an Art. 56 Abs. 1 Satz 1 und 2 BayVwVfG an, wonach die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck vereinbart und als Ausprägung des sog. Koppelungsverbots in einem sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Gemeinde stehen muss (*Krautzberger* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 11 Rdnr. 164). Da hoheitliche Entscheidungen nicht von zusätzlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden dürfen, muss es sich um Aufwendungsersatz in dem Sinne handeln, dass an Folgekosten durch Vertrag allenfalls das abgewälzt werden darf, was von einem bestimmten Bauvorhaben ausgelöst wird. Für die Ursächlichkeit, wie sie die Zulässigkeit eines Folgekostenvertrags verlangt, reicht es nicht aus, dass sich die Aufwendungen einem Vorhaben zurechnen lassen (BVerwG, Urteil vom 21.6.2005, 4 B 32/05, Rdnr. 6 [n. v.]; BVerwGE 90, 310, 311 ff.; 42, 331, 343). Erforderlich ist vielmehr, dass aus Anlass eines bestimmten Vorhabens etwas geschieht und nicht nur auf einen aufgelaufenen Bedarf reagiert wird (BVerwGE 90, 310, 313 f.); ein Abstellen auf die kommunale Gesamtplanung ist nicht zulässig (BVerwG, BauR 2005, 1600; *Reidt* in Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rdnr. 1001).

Das Erfordernis der Ursächlichkeit bedeutet also nicht tatsächliche Kausalität, sondern wertende – und zwar konkret-reale unmittelbare – Zurechnung der Folgekostenmaßnahme zum einzelnen Vorhaben oder Bebauungsplan; die mittelbar rechnerische Zuordnung über ein Gesamtkonzept reicht nicht aus (OVG Lüneburg, NZBau 2008, 49).

Die von der Rechtsprechung für das Erfordernis der Ursächlichkeit entwickelten Grundsätze betrafen die „klassische“ Fallgestaltung, dass aus Anlass eines konkreten Bauvorhabens (häufig größere Ansiedlungsprojekte) vor deren Zulassung ermittelt wurde, welche Auswirkungen das Bauvorhaben auf die Einrichtung neuer oder Erweiterung bestehender Infrastruktureinrichtungen erwarten lassen, also „Folge“ des Vorhabens sind (vgl. BVerwG, NZBau 2006, 432). Bei dieser Fallgestaltung lässt sich die Kausalität zwischen Bauvorhaben und den von ihm ausgelösten Bedarf in der Regel leichter feststellen als bei der hier zu beurteilenden Konstellation, dass die städtebauliche Maßnahme bei Vertragsschluss bereits verwirklicht ist, also dass nicht erst aus Anlass dieses konkreten Vorhabens etwas geschieht.

Die vom Gesetzgeber geforderte Kausalität ist vorliegend nicht gegeben.

Mit der Straßenbaumaßnahme verfolgte die Beklagte zwei Ziele: Zum einen sollten die im Laufe der Zeit angewachsenen erheblichen Verkehrsprobleme im Gewerbegebiet ... beseitigt werden; insoweit handelt es sich also um eine Reaktion auf bereits entstandenen Bedarf an einer Verbesserung der Verkehrsinfrastruktur. Zudem sollte die Verwirklichung neuer gewerblicher Bauvorhaben ermöglicht werden. (...) Dies zeigt deutlich, dass das Verkehrsaufkommen auf dem geplanten Zubringer nach der damaligen Prognose ganz überwie-

gend, nämlich zu knapp $\frac{3}{4}$ von den bereits ansässigen Gewerbebetrieben verursacht wird und sich die Steigerung bei voller Ausnutzung des Baurechts auf „nur“ 4200 Fahrzeuge pro Tag beläuft. Angesichts dieser zahlenmäßigen Verteilung besteht kein objektiver Anhaltspunkt dafür, dass der neue Autobahnzubringer primär deshalb gebaut wurde, um die von den „Neunutzern“ ausgelöste künftige Verkehrsbelastung auffangen zu können (so Schriftsatz der Beklagten vom 28.11.2008). Tatsächlich sollte mit der städtebaulichen Maßnahme jedenfalls in einem nicht unerheblichen Umfang die bereits bestehende Überlastung des innerörtlichen Straßennetzes mit den offensichtlichen negativen Auswirkungen auf die A 9 – teilweise beachtlicher Rückstau auf die Autobahn im Bereich der Anschlussstelle ... – beseitigt werden. (...)

Die bereits verwirklichte Straßenbaumaßnahme kann damit nicht in einem feststellbaren Umfang dem Bebauungsplan, der die Voraussetzung für das Bauvorhaben der Firma ... schaffen soll, konkret und real zugeordnet werden. Dies führt zur Nichtigkeit des städtebaulichen Vertrages (Art. 59 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG).

b) Die vertragliche Überwälzung der Kosten für den Autobahnzubringer allein auf die Klägerin und die übrigen Neunutzer widerspricht zugleich dem Angemessenheitsgebot und dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

Nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB, Art. 56 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG müssen die vereinbarten Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein. Das Gebot der Angemessenheit verlangt, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung des Vertragspartners der Behörde nicht außer Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der von der Behörde zu erbringenden Leistung stehen darf und dass auch sonst keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass die Gegenleistung eine unzumutbare Belastung bedeutet (BVerwG, NZBau 2006, 432; BVerwGE 42, 331, 345). Das Angemessenheitsgebot umfasst hiernach objektive und subjektive Gesichtspunkte (vgl. *Löhr* in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 10. Aufl. 2007, § 11 Rdnr. 21; *Quaas*, NVwZ 1995, 840, 844; *Krautzberger* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 11 Rdnr. 167). Objektiv angemessen sind Maßnahmen und deren Kosten, wenn sie kausal auf das Vorhaben zurückzuführen sind. (...)

Daher ist der auf die Neunutzer entfallende Anteil und darauf basierend der Anteil der Klägerin objektiv unangemessen und stellt zugleich eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dar (vgl. *Birk*, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2002, Rdnr. 522 f.). Die objektive Unangemessenheit kann auch nicht dadurch beseitigt werden, dass die Klägerin ihren Kostenbeitrag in § 6 StV als angemessen anerkannt hat (sog. Angstklausel), da die subjektive Beurteilung der Vertragsparteien eine objektiv bestehende Unausgewogenheit nicht beseitigen kann (*Krautzberger* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 11 Rdnr. 167). Der Verstoß gegen das Gebot der Angemessenheit nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB, Art. 56 Abs. 2 Satz 2 BayVwVfG führt gemäß Art. 59 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG ebenfalls zur Nichtigkeit des städtebaulichen Vertrages.

3. Die Nichtigkeit des städtebaulichen Vertrages erstreckt sich auch auf den Grundstücksveräußerungsvertrag. Nach Art. 59 Abs. 3 BayVwVfG hat die Nichtigkeit eines Teil des Vertrages nur dann die Nichtigkeit des gesamten Vertrages zur Folge, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Diese Rechtsvorschrift greift den Rechtsgedanken des § 139 BGB auf (BVerwG, NZBau 2006, 432 m. w. N.; *Bonk* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 59 Rdnr. 61). Soweit – wie hier –

keine ausdrückliche Regelung darüber getroffen ist, dass die Nichtigkeit einzelner Bestimmungen oder Vertragsteile die Gültigkeit anderer Bestimmungen oder Vertragsteile unberührt lässt, ist auf den mutmaßlichen Parteiwillen abzustellen. Insoweit kommt es darauf an, ob die Vertragspartner bei objektiver Bewertung den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil vernünftigerweise abgeschlossen hätten (BVerwG, NZBau 2006, 432 m. w. N.).

Nach dem mutmaßlichen Willen der Parteien ist vorliegend davon auszugehen, dass der Grundstücksveräußerungsvertrag nicht ohne den städtebaulichen Vertrag abgeschlossen worden wäre. Dafür spricht, dass sich Teil III § 2 wiederholt auf die Wirksamkeit „des Vertrages“ bezieht, ohne zwischen Grundstücksveräußerungs- und städtebaulichem Vertrag zu differenzieren. Dies spricht für den Willen der Parteien, dass beide Verträge untrennbar verbunden werden sollten. Darüber hinaus ist auch nach der Interessenlage der Vertragsparteien davon auszugehen, dass der Grundstücksveräußerungsvertrag ohne den städtebaulichen Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Der in Teil I § 3 geregelte Grundstückstausch wurde vorgenommen, um das Straßennetz im Gewerbegebiet effizienter zu gestalten und bessere Voraussetzungen für die Fa. ... in Bezug auf die Zufahrt zum Autobahnzubringer zu schaffen. Hätte die Klägerin nicht den städtebaulichen Vertrag abgeschlossen, hätte die Beklagte wohl kaum den Grundstücksveräußerungsvertrag mit der Klägerin geschlossen, um ihr eine bessere verkehrliche Anbindung zu ermöglichen.

II.

Infolge der Nichtigkeit des Vertrages hat die Beklagte den vertraglich vereinbarten Kostenbeitrag i. H.v. 738.400 € rechtsgrundlos erhalten, so dass der Klägerin ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch in dieser Höhe zusteht. (...)

2. Dem Anspruch der Klägerin auf Erstattung ihres Kostenbeitrags i. H.v. 738.400 € steht auch nicht der in § 814 BGB enthaltene Rechtsgedanke entgegen, wonach das zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war (zur Anwendbarkeit des § 814 BGB auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch siehe BVerwG, NVwZ-RR 2003, 874; OVG Lüneburg, NZBau 2008, 49; OVG Koblenz, NVwZ 1992, 796, 797 f.; VGH Mannheim, NVwZ 1991, 583, 587; VGH Kassel, NJW 1991, 510). Der Regelung liegt der Rechtsgedanke zugrunde, dass widersprüchliches Verhalten die Rückforderung ausschließen soll. Der Senat neigt der Rechtsauffassung zu, wonach die Gesetzesbindung der öffentlichen Verwaltung einer analogen Anwendung des § 814 BGB grundsätzlich nicht entgegen stehen dürfte, weil jedenfalls bei freiwilliger Leistung nicht ersichtlich ist, warum der Bürger davon profitieren soll, dass er sein widersprüchliches Verhalten gerade gegenüber der öffentlichen Verwaltung an den Tag legt. Vorliegend bedarf es keiner Vertiefung dieser Rechtsfrage, da bereits die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Der Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 814 BGB setzt nämlich voraus, dass der Leistende positive Kenntnis von der fehlenden Leistungsverpflichtung hatte, bloße Zweifel reichen nicht aus (MünchKommBGB/Lieb, 5. Aufl., § 814 Rdnr. 10; Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl., § 814 Rdnr. 3). Selbst bei positiver Kenntnis der nicht bestehenden Leistungspflicht ist die Rückforderung nicht ausgeschlossen, wenn sich der Leistende die Rückforderung ausdrücklich vorbehalten hat (MünchKommBGB/Lieb, § 814 Rdnr. 11; Palandt/Sprau, § 814 Rdnr. 5). Zum Zeitpunkt der Zahlung des Kostenbeitrags hatte die Klägerin keine positive Kenntnis von der Nichtigkeit des städtebaulichen Vertrags. Im Übrigen

hat die Klägerin die Zahlung ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Wirksamkeit des Vertrages erbracht, so dass ihrem Rückerstattungsbegehren nicht widersprüchliches Verhalten i. S. d. § 814 BGB entgegen gehalten werden kann.

3. Der Erstattungsanspruch der Klägerin ist auch nicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, der zu den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts zählt (BVerwG, Urteil vom 16.5.2000, 4 C 4/99, Rdnr. 31 m. w. N. [n. v.]), ausgeschlossen. Allein der Umstand, dass die Beklagte mit der 9. Änderung des Bebauungsplans Nr. 3 die Voraussetzungen für die Verwirklichung des Bauvorhabens der ... AG geschaffen hat, dieses Bauvorhaben zwischenzeitlich verwirklicht ist und daher die „Gegenleistung“ der Gemeinde aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, schließt das Erstattungsbegehren wegen der Unvereinbarkeit mit Treu und Glauben nicht aus. Ist ein Vertrag nach Art. 59 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG nichtig, weil der Gesetzgeber die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung missbilligt, so würde, wie das BVerwG betont, die Behörde einen Vermögensvorteil erlangen, für den sie das Instrument des städtebaulichen Vertrages nicht hätte einsetzen dürfen. Die eingetretene Rechtsgrundlosigkeit löst daher den Erstattungsanspruch des Bürgers aus. Dieser Erstattungsanspruch ist in der Nichtigkeitsfolge des Art. 59 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG bereits angelegt (BVerwG, Urteil vom 16.5.2000, 4 C 4/99, Rdnr. 36 [n. v.]; BVerwG, NVwZ-RR 2003, 874). Dementsprechend steht der Grundsatz von Treu und Glauben der einseitigen Rückabwicklung eines nichtigen Austauschvertrages nicht entgegen, vielmehr müssen besondere Umstände im Verhalten des Erstattungsberechtigten hinzutreten, um eine unzulässige Rechtsausübung zu begründen. Allein die Tatsache, dass die Klägerin erst nach Realisierung ihres Vorhabens die Rückabwicklung des Vertrages betrieben hat, begründet kein treuwidriges Erstattungsverlangen (BVerwG, Urteil vom 16.5.2000, 4 C 4/99, Rdnr. 37 [n. v.]). Die Treuwidrigkeit des Verhaltens der Klägerin lässt sich nicht darauf stützen, dass sie zwar den Kostenbeitrag gezahlt, zugleich aber beabsichtigt hat, sich später zu bemühen, diesen zurückzubekommen. Die Zahlung diente damit primär dem Zweck, sich die mit dem städtebaulichen Vertrag verbundenen Vorteile zu sichern, um möglichst schnell das Vorhaben der ... AG zu realisieren; zugleich sollte eine Klage der Gemeinde auf Leistung des Kostenbeitrags vermieden werden. Die Klägerin hat ihre Leistung ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Wirksamkeit des Vertrages erbracht, so dass für die Beklagte erkennbar war, dass die Klägerin sich ggf. um die Rückzahlung des Betrages bemühen werde. Bei Vertragsschluss und auch bei Zahlung des vereinbarten Kostenbeitrags stand weder fest, welche Auswirkungen das noch nicht rechtskräftige Normenkontrollurteil vom 23.8.2002 auf die Wirksamkeit des städtebaulichen Vertrages haben würde noch ob der Vertrag aus sonstigen Gründen unwirksam sein könnte. Vor diesem Hintergrund entsprach der Vorbehalt der Klägerin der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Das später rechtskräftig gemachte Erstattungsbegehren erweist sich daher nicht als unzulässige Rechtsausübung.

Steuerrecht

20. GrEStG §§ 1 Abs. 3 Nr. 3, 8 Abs. 2 Nr. 2, 10 Abs. 1, 18, 19 (*Anzeige eines Erwerbsvorgangs bei der Körperschaftsteuerstelle*)

Genügen weder die Vertragsparteien eines Grundstücksgeschäfts noch der Notar ihrer Anzeigepflicht gegenüber dem Finanzamt, hat dies eine dreijährige Anlaufhemmung bei der Festsetzung der Grunderwerbsteuer zur Folge. Die Mitteilung eines Erwerbsvorgangs durch Übersendung der erwerbsrelevanten Vertragsunterlagen an die Körperschaftsteuerstelle anstatt an die Grunderwerbsteuerstelle des Finanzamts reicht zur Erfüllung der Anzeigepflicht nicht aus. Es kann auch nicht angenommen werden, das Finanzamt habe auf andere Weise als durch eine Anzeige ausreichende Kenntnis von dem Erwerbsvorgang erlangt. (Leitsatz der Schriftleitung)

BFH, Urteil vom 11.6.2008, II R 55/06

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in BFH/NV 2008, 1876.

21. UmwStG §§ 2, 18 Abs. 4 (*Gewerbsteuer bei Formwechsel einer GmbH in eine Personengesellschaft*)

Die zwischen dem vereinbarten Rückwirkungsstichtag einer Umwandlung und einer Eintragung der Umwandlung vorgenommene Veräußerung von Anteilen an der übertragenden, formwechselnden GmbH durch den Altgesellschafter stellt sich infolge der Rückwirkung nicht als Veräußerung von Anteilen an der übernehmenden KG (Rechtsträger neuer Rechtsform) dar. Soweit die Übertragung sämtliche Anteile an der übertragenden GmbH betrifft, tritt in einem solchen Fall die Rückwirkung gegenüber dem ausscheidenden Gesellschafter nicht mehr ein, mit der Folge, dass er seinen GmbH-Anteil und nicht den Anteil an der übernehmenden Personengesellschaft veräußert.

BFH, Beschluss vom 18.9.2008, IV B 51/08

Die Beteiligten streiten in der Hauptsache über die Frage, ob ein Formwechsel einer GmbH in eine Personengesellschaft (§ 14 UmwStG 1995) einen Vermögensübergang i. S. d. § 18 Abs. 4 UmwStG 1995 darstellt und ob die Veräußerung von Anteilen an der formwechselnden GmbH im steuerlichen Rückwirkungszeitraum bereits als Veräußerung von Anteilen an der aufnehmenden Personengesellschaft anzusehen ist.

Die Antragstellerin ist Rechtsnachfolgerin der A-Gesellschaft (A-KG), welche ihrerseits aus einer formwechselnden Umwandlung der A-GmbH hervorgegangen ist. Die Umwandlung der A-GmbH wurde am 15.8.1996 beschlossen und am 15.3.1997 in das Handelsregister eingetragen. Steuerlicher Umwandlungsstichtag war der 31.12.1995. Die A-GmbH war alleinige Gesellschafterin zweier Tochtergesellschaften mbH. Beide Tochtergesellschaften wurden analog zur A-GmbH auf den steuerlichen Übertragungsstichtag 31.12.1995 formwechselnd in Kommanditgesellschaften umgewandelt.

Gesellschafter der A-GmbH waren ursprünglich die B-GmbH zu 80 % und Herr C zu 20 %. Mit Vertrag vom 24.6.1996 veräußerte die B-GmbH 70 % der Anteile an der A-GmbH an die C GmbH und Co. KG (C-KG); zudem legte Herr C die von ihm gehaltenen Anteile an der A-GmbH in die C-KG ein. Im Zeitpunkt der Umwandlung waren somit die C-KG zu 90 % und die B-GmbH zu 10 % an der A-GmbH beteiligt.

Die C-KG und die B-GmbH veräußerten ihre aus dem Formwechsel hervorgegangenen Kommanditbeteiligungen an der A-KG mit Vertrag vom 4.7.1997 an die X-GmbH. Den hierbei erzielten Veräußerungsgewinn unterwarf der Antragsgegner (das FA) nach § 18 Abs. 4 UmwStG 1995 der Gewerbesteuer und setzte den Gewerbesteuermessbetrag nach dem Gewerbeertrag für das Streitjahr 1997 i. H. v. ... DM fest.

Gegen die Heranziehung des Veräußerungsgewinns zur Gewerbeertragsteuer legte die Antragstellerin Einspruch ein. Sie machte in erster Linie geltend, § 18 Abs. 4 UmwStG 1995 in der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung ordne die Gewerbesteuerbarkeit der Veräußerung eines Anteils an der durch Umwandlung entstandenen Personengesellschaft nur für den Fall eines Vermögensübergangs, nicht jedoch für den Fall des Formwechsels an. Außerdem stünden mehrere Besonderheiten des Streitfalls der gewerbesteuerlichen Erfassung des streitigen Veräußerungsgewinns entgegen. Der Einspruch hatte keinen Erfolg.

Mit der am 4.12.2007 erhobenen Klage verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren weiter. Über die Klage ist noch nicht entschieden.

Nach Klageerhebung und nach Ablehnung der Aussetzung der Vollziehung durch das FA hat die Antragstellerin beim FG einen gerichtlichen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gestellt. Das FG hat dem Antrag zunächst teilweise stattgegeben. Es hatte insoweit ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Gewerbesteuermessbescheides, als seiner Ansicht nach das FA bei der Veräußerungsgewinnermittlung die Buchwertaufstockung gemäß § 4 Abs. 6 UmwStG 1995 in der Ergänzungsbilanz der C-KG nicht berücksichtigt hatte. Gegen diesen Beschluss legten sowohl die Antragstellerin als auch das FA die vom FG zugelassene Beschwerde ein. Auf die mit der Vorlage weiterer Unterlagen verbundene Beschwerde des FA wies das FG den Aussetzungsantrag in vollem Umfang zurück. Der Beschwerde der Antragstellerin hat es dagegen nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet.

Es bestehen keine ernstlichen Zweifel i. S. d. § 69 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 FGO an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Gewerbesteuermessbescheides.

1. Durch die Rechtsprechung des BFH ist hinlänglich geklärt, dass § 18 Abs. 4 UmwStG 1995 auch in der bis zur Änderung durch das StEntG 1999/2000/2002 geltenden Fassung auf Fälle der formwechselnden Umwandlung anzuwenden ist. Der Senat verweist insoweit auf seine Urteile vom 26.6.2007, IV R 58/06 (BFHE 217, 162 = BStBl II 2008, S. 73) und vom 30.8.2007, IV R 22/06 (BFH/NV 2008, 109). Die Einwendungen, die die Antragstellerin gegen die Gründe dieser Entscheidungen geltend macht, greifen nicht durch.

Der Senat hat in seinem Urteil in BFHE 217, 162 = BStBl II 2008, S. 73 insbesondere hervorgehoben, der (auch von der Antragstellerin vertretenen) Gegenmeinung könne nur dann gefolgt werden, wenn es irgendeinen Grund gäbe, die Veräußerung nach einem Formwechsel anders zu behandeln als nach einem Vermögensübergang. Es ist kein Anhaltspunkt dafür zu sehen, dass diese Äußerung – wie die Antragstellerin meint – in sich widersprüchlich wäre oder dass der Senat das Fehlen einer Gewerbesteuerbelastung bei der Veräußerung im Privatvermögen gehaltener GmbH-Anteile übersehen hätte (vgl. hierzu bereits BFHE 197, 425 = BStBl II 2004, S. 474, unter II. 2. b der Gründe).

Offenbar meint die Antragstellerin, § 18 Abs. 4 UmwStG 1995 dürfe, da er Veräußerungen von Anteilen an Personengesellschaften auch in den Fällen der Gewerbesteuer unterwerfe, in denen die Veräußerung der Anteile an der umgewandelten GmbH nicht der Gewerbesteuer unterlegen hätten und somit über das Ziel hinausschieße, nicht auf die Fälle der Umwandlung durch Formwechsel erstreckt werden.

Der Vorwurf, über das Ziel hinauszuschießen, würde indessen – wenn er zuträfe – die Vorschrift des § 18 Abs. 4 UmwStG 1995 auch insoweit treffen, als sie auf Umwandlungen angewandt wird, die auf einem Vermögensübergang und nicht auf Formwechsel beruhen.

Demgegenüber hat der Senat in seinem Urteil in BFHE 217, 162 = BStBl II 2008, S. 73 deutlich gemacht, dass es sich bei § 18 Abs. 4 UmwStG 1995 um eine generalisierende Vorschrift zur Missbrauchsverhütung handelt, die – ungeachtet rechtspolitischer Einwände – vom gesetzgeberischen Ermessen gedeckt ist. Die vom Gesetzgeber befürchtete Umgehung könnte, wenn es § 18 Abs. 4 UmwStG 1995 nicht gäbe, ebenso gut durch einen Formwechsel wie durch eine Umwandlung mit Vermögensübergang herbeigeführt werden.

2. Der Senat kann der Antragstellerin auch nicht folgen, wenn sie geltend macht, die Anwendung des § 18 Abs. 4 UmwStG 1995 „in der vom Wortlaut der Vorschrift abweichenden Auslegung des BFH“ könne – wenn überhaupt – aus Gründen des Vertrauensschutzes nur für Umwandlungen in Frage kommen, die nach Veröffentlichung des Umwandlungssteuererlasses, also nach dem 25.3.1998, beschlossen worden seien. Es muss nicht auf die Frage eingegangen werden, ob es überhaupt den von der Antragstellerin postulierten Rechtssatz gibt, demzufolge der Steuerpflichtige bei Fehlen einer einschlägigen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis darauf vertrauen darf, gemäß des (vermeintlich) eindeutigen Gesetzeswortlauts veranlagt zu werden. Denn nach der mehrfach dargelegten Rechtsauffassung des BFH (vgl. zuletzt BFHE 217, 162 = BStBl II 2008, S. 73, m. w. N.) ist der Wortlaut des § 18 Abs. 4 UmwStG auch in der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung infolge der in § 14 UmwStG enthaltenen Fiktion, mit der der Formwechsel dem Vermögensübergang gleichgestellt wird, nicht eindeutig. Diese Ansicht wurde bereits 1996 in der Literatur z. B. von *Dehmer* (Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 2. Aufl., § 18 Rdnr. 37) vertreten.

3. Die Besonderheiten des Streitfalls rechtfertigen kein anderes Ergebnis.

a) Bei der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Betrachtung vermag sich der Senat nicht der Auffassung anzuschließen, die zwischen dem vereinbarten Rückwirkungsstichtag (§ 2 UmwStG) und der Eintragung der Umwandlung vorgenommene Veräußerung von Anteilen an der übertragenden (formwechselnden) GmbH stelle sich infolge der Rückwirkung als Veräußerung von Anteilen an der übernehmenden KG (Rechtsträger neuer Rechtsform) dar. Soweit die Übertragung sämtliche Anteile an der übertragenden GmbH betrifft, steht die wohl einhellige Meinung in Schrifttum und Verwaltung auf dem Standpunkt, dass in einem solchen Fall die Rückwirkung gegenüber dem ausscheidenden Gesellschafter nicht mehr eintritt, mit der Folge, dass er seinen GmbH-Anteil und nicht den Anteil an der übernehmenden Personengesellschaft veräußert (*Dötsch* in *Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock*, Umwandlungssteuerrecht, 6. Aufl., § 2 Rdnr. 28; *van Lishaut* in *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut*, UmwStG, § 2 Rdnr. 89; *Widmann* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 2 UmwStG Rdnr. 49; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 4. Aufl., § 2 Rdnr. 131; *Slabon* in *Haritz/Benkert*, Umwandlungssteuergesetz, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 37; *Blümich/Klingberg*, § 2 UmwStG Rdnr. 28; BMF-Schreiben vom 25.3.1998, BStBl I 1998, S. 268 Tz. 02.09; siehe auch BFH/NV 2008, 1452 unter II.2. b der Gründe).

Umstritten ist, wie es sich verhält, wenn ein Gesellschafter in der Interimsphase nur einen Teil seiner GmbH-Anteile ver-

äußert. Soweit sich die steuerrechtliche Literatur hierzu ausdrücklich äußert, vertritt sie mehrheitlich die Auffassung, dass der Veräußerer auch in diesem Fall eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft und nicht einen Mitunternehmeranteil veräußert. Nur mit seiner verbleibenden Beteiligung wird er Mitunternehmer (*Dötsch* in *Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock*, Umwandlungssteuerrecht, § 2 Rdnr. 28; *van Lishaut* in *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut*, UmwStG, § 2 Rdnr. 89; *Dehmer*, Umwandlungssteuererlass 1998, S. 47). Dieselbe Auffassung vertritt die Finanzverwaltung (BMF-Schreiben in BStBl I 1998, S. 268 Tz. 02.09). Demgegenüber steht *Widmann* auf dem Standpunkt, dass im Falle des teilweisen Ausscheidens eines Gesellschafters die Rückbeziehungsvorschrift des § 2 UmwStG 1995 Anwendung findet. Eine Aufteilung sei nicht möglich (in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 2 Rdnr. 55).

Bei summarischer Betrachtung sieht der Senat die Schwierigkeiten einer Aufteilung nicht als so gravierend an, dass sie eine unterschiedliche Behandlung gegenüber der der Übertragung der gesamten Beteiligung im Interimszeitraum rechtfertigen könnten. Dass für Vergütungen für Tätigkeiten im Dienste der Gesellschaft die Rückwirkung in vollem Umfang gilt (BMF-Schreiben in BStBl I 1998, S. 268 Tz. 02.39), liegt auf der Hand, da die Höhe einer solchen Vergütung nicht vom Umfang der Beteiligung, sondern von dem der erbrachten Leistung abhängt. Es bestehen bei summarischer Prüfung auch keine Bedenken dagegen, im Rückwirkungszeitraum ausgeschüttete Gewinne nach Maßgabe des Verhältnisses der Nennwerte der veräußerten und der nicht veräußerten Anteile aufzuteilen (BMF-Schreiben in BStBl I 1998, S. 268 Tz. 02.31).

Entgegen dem Vortrag der Antragstellerin betrifft das Senatsurteil in BFH/NV 2008, 109 keinen Fall mit Rückwirkungsproblematik.

b) Soweit sich die Antragstellerin darauf beruft, dass bereits bei der Veräußerung von 70 % der Anteile der B-GmbH an der A-GmbH an die C-KG stille Reserven der A-GmbH der Gewerbesteuer unterlegen hätten, so dass dem Fiskus insoweit kein Gewerbesteuersubstrat entzogen worden sei, hat schon das FG darauf hingewiesen, dass die C-KG die an die B-GmbH vergüteten stillen Reserven in einer Ergänzungsbilanz aktiviert und von dem von der X-GmbH erhaltenen Kaufpreis abgezogen habe. Der danach verbliebene – hier streitige – Veräußerungsgewinn könne nur die bis dahin noch nicht erfassten stillen Reserven betroffen haben. Die Antragstellerin hat im Beschwerdeverfahren insoweit nichts vorgebracht, was gegen diese Feststellung des FG sprechen könnte, sondern lediglich ihr bisheriges Vorbringen wörtlich wiederholt.

c) Das Gleiche gilt für das nicht näher erläuterte Vorbringen der Antragstellerin, die seinerzeit von der A-KG gehaltenen Anteile an den Tochtergesellschaften dürften nicht in die Bemessungsgrundlage nach § 18 Abs. 4 UmwStG 1995 eingehen.

Anmerkung:

I. Bedeutung

Die BFH-Entscheidung *scheint* auf den ersten Blick unbedeutend zu sein. Einerseits handelt es sich um eine gewerbesteuerrechtliche Entscheidung, die die notarielle Praxis in der Regel nicht bewegt.¹ Andererseits ist es nur eine „B“-Ent-

¹ Dies zu Unrecht, da die Gewerbesteuer ca. 14 % ausmacht, die Körperschaftsteuer bei der GmbH hingegen auch „nur“ 15 %. Und bei der GmbH handelt es sich um eine Definitivbesteuerung.

scheidung, die nicht zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen und im Eilverfahren der Aussetzung der Vollziehung ergangen ist.

Der erste Eindruck täuscht jedoch. Die Entscheidung öffnet den Blick auf ein klassisches Problem der steuerlichen Gestaltungspraxis, die der Notar gesellschaftsrechtlich umzusetzen hat. Dazu ist das Verständnis der zugrundeliegenden steuerrechtlichen Probleme sinnvoll und hilfreich. Die überzeugende Entscheidung soll hier keiner Kritik unterzogen, sondern in den steuerlichen Kontext der Beratungssituation eingeordnet werden.

II. Interesse von Käufer und Verkäufer

Der Kauf einer GmbH ist für den Käufer mit dem Nachteil verbunden, dass er seine Anschaffungskosten auf die gekauften Geschäftsanteile nicht steuerlich absetzen kann. Eine reguläre Absetzung für Abnutzung gibt es für GmbH-Anteile nicht. Gleiches gilt für Aktien. Die früher praktizierten Gestaltungsmodelle² zur Umwandlung der Anschaffungskosten der Anteile in abschreibbare Anschaffungskosten der Wirtschaftsgüter sind durch den Gesetzgeber abgeschafft worden.³ Die sofortige Abschreibung der Aufwendungen ist hingegen für die betriebswirtschaftliche Liquiditätsplanung entscheidend und damit überlebenswichtig. Die dabei zu berücksichtigenden Interessen von Verkäufer und Erwerber eines Unternehmens lassen sich dabei wie folgt gegenüberstellen:⁴

Interessen des Verkäufers	Interessen des Erwerbers
Niedriger Steuersatz und niedrige Bemessungsgrundlage	Buchwertaufstockung zur Erhöhung des Abschreibungspotentials
Hohe Freibeträge	Steuerliche Berücksichtigung von Finanzierungskosten des Erwerbs
Gewerbesteuerfreiheit der Gewinne aus dem Unternehmenskauf	Fortführung eventueller Verlustvorträge
Optimale Verlustverwertung	

Je mehr sich die Interessen der beiden Vertragsparteien gleichzeitig realisieren lassen, desto einfacher wird die Verhandlung und desto höher wird im Regelfall der Kaufpreis sein. Aus diesem Grunde wird von Käuferseite immer wieder zur Vorbereitung des Verkaufs die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine GmbH & Co. KG gewünscht. Die Anschaffungskosten auf die in der Gesellschaft befindlichen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter können so

² Vgl. dazu *Maiterth/Müller/Semmler*, DStR 2003, 1313; *Roos/Annuss*, DStR 2000, 954; *Seibt*, DStR 2000, 2061, 2073; *Blumers/Beinert/Witt*, DStR 2001, 233.

³ Siehe zur Abschaffung *Blumers/Beinert/Witt*, DStR 2001, 233; *Dieterlen/Schaden*, BB 2000, 2552; *Förster*, Wpg 2001, 1234; *Pluskat*, DB 2001, 2216; *Weigl*, BB 2001, 2188, 2199; abweichend nur *Maiterth/Müller*, BB 2002, 598; *Maiterth/Müller/Semmler*, DStR 2003, 1313.

⁴ Vgl. auch *Winkeljohann/Stegemann*, DStR 2004, 544 – mit der Empfehlung, erst eine Mitunternehmerschaft zu kaufen und anschließend sogleich in eine Kapitalgesellschaft formwechselnd umzuwandeln, da dann die Anschaffungskosten für die Beteiligung fixiert werden, § 25 Satz 1 UmwStG i. V. m. § 20 Abs. 3 Satz 1 UmwStG. Dies wirke sich bei einem geplanten Weiterverkauf günstig aus. Die Bestimmungen des UmwStG werden in der aktuellen Fassung des SEStEG zitiert.

abgeschrieben und die Finanzierungskosten steuerrechtlich vom Käufer voll genutzt werden.⁵ So oder so ähnlich muss sich der Entscheidungsfall des BFH abgespielt haben. Zunächst wurde ein Formwechsel im August rückwirkend auf den vorangegangenen 31.12. von einer GmbH in eine KG durchgeführt. Bereits im Juni, also im Rückwirkungszeitraum, waren die GmbH-Anteile veräußert worden und ein Jahr später erneut vom Erstkäufer verkauft. Beides löst steuerliche Probleme aus, wie die BFH-Entscheidung belegt.

III. Wege in die Personengesellschaft

Die Transformation vom Kapitalgesellschaftssystem (KStG) zum mitunternehmerischen EStG-System kann entweder im Wege der Ausgliederung in eine Tochter-GmbH & Co. KG zur Aufnahme erfolgen,⁶ durch Verschmelzung der GmbH auf eine neu zugründende oder bereits existente GmbH & Co. KG oder durch einen Formwechsel.

Die Ausgliederung richtet sich umwandlungssteuerrechtlich nach § 24 UmwStG⁷ und kann ertragsteuerneutral gestaltet werden. Der Formwechsel der Gesellschaft und die Verschmelzung werden hingegen nach §§ 3 ff. (i. V. m. § 9) UmwStG besteuert und sollte zumindest in allen Fällen unterlassen werden, in denen die Anschaffungskosten auf die Kapitalgesellschaftsanteile beim Verkäufer höher sind als der bilanzmäßig ausgewiesene Eigenkapitalbuchwert des Vermögens der Kapitalgesellschaft.⁸ Denn dies führt zu einer Verneinung von Anschaffungskosten (dazu IV. 2.). Ferner ist stets an den Untergang von Verlustvorträgen zu denken,⁹ § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG.

IV. Steuerliche Stolpersteine

Bei entsprechenden verkaufsvorbereitenden Gestaltungen sind folgende Stolpersteine zu vermeiden,¹⁰ die sich teilweise in der BFH-Entscheidung realisiert haben.

1. Kein Verkauf vor Eintragung des Formwechsels

Die Rückwirkungsfiktion hinsichtlich des Formwechsels oder einer Verschmelzung von einer Kapitalgesellschaft auf eine GmbH & Co. KG gilt nach § 2 UmwStG¹¹ nur für solche Gesellschafter, die nicht zwischen dem steuerlichen Übertragungsstichtag und dem Zeitpunkt der Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister ausgeschieden sind. Wird also die Beteiligung (maßgeblich ist der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums) bereits vor Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister auf einen Käufer übertragen, so werden Verkäufer und Käufer steuerlich so behandelt, als wenn Kapitalgesellschaftsanteile veräußert bzw. angeschafft

⁵ Bei der Kapitalgesellschaft hingegen entweder gar nicht (Abgeltungsteuer) oder nur zu 60 % (Teileinkünfteverfahren).

⁶ Dann wird die Tochtergesellschaft anschließend verkauft.

⁷ Siehe *Korn*, NWB 2007, Fach 18, 4417; *Förstner/Felchner*, DB 2006, 1072.

⁸ Maßgeblich ist insoweit das buchmäßig in der Regel rechts oben in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital.

⁹ Dieser Effekt kann nur bedingt durch Buchwertaufstockung beim übertragenden Rechtsträger vermieden werden.

¹⁰ Siehe *Winkeljohann/Stegemann*, DStR 2004, 544; *Lemaitre/Schönherr*, GmbH 2007, 173; *Bogenschütz/Hierl*, DStR 2003, 1097 und 1147 (auch zum umgekehrten Weg).

¹¹ Siehe auch Tz. 2.9 des Umwandlungssteuererlasses vom 25.3.1998, BStBl I 1998, S. 268; *van Lishaut* in Rödter/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 2008, § 2 Rdnr. 89.

worden sind.¹² Dies bestätigt der BFH in seinem hier besprochenen Beschluss. In der *Gestaltungspraxis* lässt sich dieses Problem vermeiden, indem der Übertragungsvorgang zwar beurkundet, zeitlich aber hinsichtlich der wirtschaftlichen Wirksamkeit nach hinten auf einen Zeitpunkt *nach* der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister verschoben wird.

2. Vernichtung von Anschaffungskosten

Hatte der jetzige Verkäufer seine Kapitalgesellschaftsanteile entgeltlich zu hohen Anschaffungskosten erworben und ist das Buchvermögen (Eigenkapital) der Kapitalgesellschaft gering, so entsteht ein Umwandlungsverlust, der nach § 4 Abs. 6 Satz 1 UmwStG außer Ansatz bleibt, also völlig verfällt. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn der jetzige Verkäufer die Anteile an der GmbH zu 1 Mio. € gekauft hatte, das bilanzielle Eigenkapital der GmbH jedoch nur 100.000 € beträgt. Der Umwandlungsverlust ergibt sich vereinfacht aus der Differenz; er beträgt also 900.000 € und verfällt so. Würde der Verkäufer seine GmbH-Anteile zu 1 Mio. € verkaufen, so würde er keinen Gewinn erzielen, weil er genau seine eigenen Anschaffungskosten wieder erhält. Nach der Umwandlung entsprechen seine maßgeblichen Anschaffungskosten hingegen dem buchmäßigen Eigenkapital. Der steuerpflichtige Gewinn des Verkäufers erhöht sich in einem solchen Fall um 900.000 €. In derartigen Fällen sind entsprechende Umwandlungen zur Vorbereitung des Verkaufs daher zu vermeiden.

3. Versteuerung offener Rücklagen

Offene Rücklagen, also bilanziell bereits realisierte, bisher aber nicht ausgeschüttete Gewinne der Kapitalgesellschaft sind auf Anlass der Umwandlung wie bei einer Gewinnausschüttung zu versteuern – entweder nach Maßgabe der Abgeltungsteuer (§ 32 d EStG mit 25 %) oder des Teileinkünfteverfahrens, § 3 Nr. 40 EStG. Bei einem Erwerb der Kapitalgesellschaftsanteile innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Umwandlungsstichtag gilt dies sogar dann, wenn sich im Übrigen ein Umwandlungsverlust ergibt, § 4 Abs. 6 Satz 6 UmwStG. Handelt es sich bei dem Gesellschafter der Kapitalgesellschaft selbst um eine Kapitalgesellschaft, so wird die 5 %ige Pauschalversteuerung auf den Übernahmegewinn durchgeführt, § 4 Abs. 7 Satz 1 UmwStG.

4. Gewerbesteuerliche Nachversteuerung, § 18 Abs. 3 UmwStG

Grundsätzlich unterliegt der Verkauf eines Betriebes, Teilbetriebes oder Mitunternehmeranteils nicht der Gewerbesteuer nach § 7 GewStG.¹³ Veräußert hingegen der Gesellschafter innerhalb von fünf Jahren nach der Umwandlung den aus der Umwandlung hervorgegangenen Betrieb oder Mitunternehmeranteil, so ist der dabei entstehende Gewinn ausnahmsweise nach § 18 Abs. 3 UmwStG gewerbesteuerpflichtig, wie der BFH auch in seiner vorstehenden Entscheidung bestätigt. § 35 EStG¹⁴ kann nicht angewandt werden, da der Gesetzgeber fingiert, der Betrieb wäre durch die Kapitalgesellschaft selbst veräußert worden.

Auf 100.000 € Veräußerungsgewinn entfällt damit eine zusätzliche, nicht anrechenbare Steuer von 14.000 € (bei 400 %

Hebesatz). Eine Kapitalgesellschaft hat die Gewerbesteuer als Definitivbelastung ohne Anrechnungsmöglichkeit zu tragen. Dabei ist zu beachten, dass die Gewerbesteuer von der Mitunternehmerschaft, also von der Gesellschaft, geschuldet ist – und zwar auch dann, wenn ein Gesellschafter diese Steuerbelastung durch den Verkauf seines Gesellschaftsanteils auslöst! Bei der Zustimmung zur jeweiligen Veräußerung zwischen fremden Gesellschaftern sollte daher die Zustimmung zur Veräußerung ggf. von der Tragung der Gewerbesteuer durch den auslösenden Gesellschafter abhängig gemacht werden. Im Übrigen werden mit der Gewerbesteuer auf diese Weise auch diejenigen Gesellschafter belastet, die ihren Anteil nicht veräußern. Lediglich wenn die Veräußerung der Mitunternehmeranteile zu einem Wechsel aller Gesellschafter führt, wird die Identität des Steuerschuldners ausgetauscht; es ergeht ein gesonderter Gewerbesteuermessbescheid, den ausschließlich die veräußernde Mitunternehmerschaft zu tragen hat. Diese Gewerbesteuerbelastung ist jeweils bei den Preisverhandlungen im Rahmen des Verkaufs zu beachten. Stille Reserven, die sich zwischen dem Formwechsel und der Veräußerung gebildet haben, unterliegen ebenfalls der Steuerpflicht nach § 18 Abs. 3 UmwStG. Stille Reserven von Betriebsvermögen, das bereits vor der Verschmelzung vorhanden war, unterliegt seit dem JStG 2008 ebenfalls der GewSt.¹⁵ Der Gesetzgeber hat damit das entgegenstehende BFH-Urteil¹⁶ korrigiert.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

¹⁵ Siehe *Fuhrmann/Strahl*, DStR 2008, 125, 130; BT-Drucks. 16/6981.

¹⁶ Siehe BFH, BStBl II 2004, 474; BFH/NV 2006, 693 = DStR 2006, 175.

22. AO §§ 41 Abs. 2, 42; EStG §§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (*Aufteilung von Schuldzinsen*)

1. **Nimmt der Steuerpflichtige Darlehen zur Finanzierung je unterschiedlicher Grundstücksteile auf, die eigenständige Wirtschaftsgüter bilden, scheidet der Zuordnungszusammenhang zu einzelnen Grundstücksteilen aber, weil die Valuten sämtlicher Darlehen auf ein Girokonto fließen, von dem dann der Steuerpflichtige den gesamten Kaufpreis an den Verkäufer überweist, so sind die entstandenen Schuldzinsen grundsätzlich nach dem Verhältnis der Wohn-/ Nutzflächen aufzuteilen.**
2. **Dies gilt nicht, wenn die Parteien des Kaufvertrags den Kaufpreis in anderer Weise auf die erworbenen Wirtschaftsgüter aufgeteilt haben und dieser Maßstab – weil weder zum Schein getroffen noch missbräuchlich – auch steuerrechtlich bindet. In diesem Fall ist der Kaufpreis nach dem Verhältnis des auf den vermieteten Grundstücksteil entfallenden Kaufpreises zum Gesamtkaufpreis aufzuteilen und die entstandenen Schuldzinsen in Höhe des hiernach auf den vermieteten Grundstücksteil entfallenden Anteils abzuziehen.**

BFH, Urteil vom 1.4.2009, IX R 35/08

Die Kläger sind im Streitjahr (2003) zur Einkommensteuer zusammen veranlagte Eheleute. Sie erwarben im Jahr 2002 von der Mutter des Klägers ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück. Die Mutter hatte das Grundstück zuvor in sechs Eigentumswohnungen aufgeteilt; diese Aufteilung war zum Zeitpunkt des notariell

¹² Siehe auch *Hörtnagl* in Schmidt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 5. Aufl. 2009, § 2 UmwStG Rdnr. 99 ff.

¹³ Siehe von *Twickel* in Blümich, GewStG, § 7 Rdnr. 124 ff.

¹⁴ Also die Anrechnung der Gewerbesteuerzahllast auf die Einkommensteuer.

beurkundeten Vertragsabschlusses aber noch nicht vollzogen. Der Kläger erwarb vier und die Klägerin zwei der Wohnungen. Zwei Wohnungen (ETW 2 und 3) sind selbst genutzt. Sie umfassen mit einer Wohnfläche von insgesamt 388 m² weit mehr als die Hälfte der Wohnfläche des Mehrfamilienhauses (689 m²). Der Kaufpreis – für das gesamte Grundstück 455.000 € – sollte nach § 3 des Kaufvertrages für die selbst genutzten Wohnungen 87.371 € (ETW 2) und 62.629 € (ETW 3), insgesamt also 150.000 € betragen. Die Kaufpreise für die vermieteten Wohnungen (ETW 1, 4 bis 6) entsprachen den Verkehrswerten. Die Kläger finanzierten die Anschaffung des Hauses in vollem Umfang durch Darlehen. Dabei sollte ein (bestimmtes) Darlehen über 150.000 € den selbstgenutzten Wohnungen zugeordnet werden. Mit zwei weiteren Darlehen von zusammen 305.000 € sollten die Anschaffungskosten der vermieteten Wohnungen (die ETW 1, 4 bis 6) bezahlt werden. Die Darlehensvaluten wurden auf das Girokonto des Klägers bei seiner Bank überwiesen. Sodann überwies der Kläger den Kaufpreis von insgesamt 455.000 € auf das Konto seiner Mutter.

Die Kläger erklärten im Rahmen ihrer Veranlagung zur Einkommensteuer für das Streitjahr die Schuldzinsen aus den Darlehen i. H.v. 305.000 € bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (ETW 1, 4 bis 6). Die Zinsen aus dem Darlehen von 150.000 € machten sie nicht geltend. Das beklagte FA erkannte das zunächst an, teilte im hier angefochtenen Änderungsbescheid jedoch die geltend gemachten Zinsen im Verhältnis der vermieteten Wohnflächen zur Gesamtwohnfläche auf, weil es sich bei den im Kaufvertrag ausgewiesenen Einzelkaufpreisen für die Wohnungen um willkürliche Beträge handele. Zinsaufwand sei also nur in Höhe von 301/689 als Werbungskosten abziehbar.

Die hiergegen gerichtete Klage hatte zum Teil Erfolg. In seinem in EFG 2008, 1784 veröffentlichten Urteil bezog das FG auch die Zinsen aus dem Darlehen über 150.000 € in die Aufteilung ein. Es pflichtete indes dem FA bei, die Darlehen und den daraus resultierenden Zinsaufwand nach dem Verhältnis der Wohn- und Nutzflächen aufzuteilen. Zwar sei die Zuordnungs- und Finanzierungsentscheidung des Steuerpflichtigen grundsätzlich zu respektieren, bei unangemessener Aufteilung aber zu korrigieren. Dementsprechend sei der insgesamt angefallene Zinsaufwand von 13.185,33 € im Verhältnis von 301 zu 689 als Werbungskosten abziehbar.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet.

Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und der Klage zu einem weiteren Teil stattzugeben (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Die Vorentscheidung hat den Zinsaufwand unzutreffend nach dem Verhältnis der Nutz- und Wohnflächen aufgeteilt und damit § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG verletzt.

1. Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG sind Schuldzinsen als Werbungskosten abziehbar, soweit sie mit einer bestimmten Einkunftsart in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. So verhält es sich, wenn sie für ein Darlehen geleistet worden sind, das tatsächlich dazu verwendet wurde, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen (vgl. BFHE 184, 7 = BStBl II 1998, S. 193, unter B. I. 1. und 2.).

2. Dient ein Gebäude – wie hier – nicht nur dem Erzielen von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, sondern auch der (nicht steuerbaren) Selbstnutzung, und werden die Darlehensmittel lediglich teilweise zur Einkünfterzielung verwandt, so sind auch die Darlehenszinsen nur anteilig als Werbungskosten abziehbar. Der Steuerpflichtige kann allerdings ein Darlehen mit steuerrechtlicher Wirkung gezielt einem bestimmten, der Einkünfterzielung dienenden Gebäudeteil zuordnen. Will er so vorgehen und die Zinsen aus diesem Darlehen in vollem Umfang abziehen, muss er dem jeweils vermieteten Gebäudeteil die darauf entfallenden Anschaffungskosten gesondert zuordnen und die so zugeordneten Anschaffungskosten mit Geldbeträgen aus dem dafür aufgenommenen Darlehen gesondert bezahlen (ständige Recht-

sprechung, vgl. z. B. BFHE 199, 430 = BStBl II 2003, S. 389 = RNotZ 2002, 596). An der zweiten Voraussetzung fehlt es, wenn das Darlehen zwar zunächst zur Finanzierung des vermieteten Grundstücksteils vorgesehen wird, es dann aber einem Konto gutgeschrieben wird, das auch Finanzierungsmittel für den selbst genutzten Teil umfasst und von dem der Steuerpflichtige alle Erwerbsaufwendungen bezahlt. Wird also der gesamte Kaufpreis von einem Girokonto an den Verkäufer des erworbenen Gebäudes überwiesen, sind die Darlehenszinsen nur anteilig als Werbungskosten abziehbar. Unbeschadet der Vermischung der Darlehensvaluten mit Eigenmitteln auf dem Girokonto fehlt es in diesem Fall an der nach der Rechtsprechung des BFH erforderlichen Zahlung entsprechend der Darlehenszuordnung (BFH/NV 2006, 264, m. w. N.).

a) Nach diesen Grundsätzen hat das FG im Ergebnis zutreffend alle Darlehen in die Aufteilung einbezogen und es abgelehnt, entsprechend dem Antrag der Kläger die Schuldzinsen, die aus den für die vermieteten Wohnungen aufgenommenen Darlehen von insgesamt 305.000 € herrühren, in vollem Umfang als Werbungskosten abzusetzen. Da die Valuten aller aufgenommenen Darlehen zunächst am 22.4. des Streitjahres auf dem Girokonto des Klägers eingegangen waren und dieser sodann den gesamten Kaufpreis für alle Wohnungen seiner Mutter überwiesen hatte, war der Zuordnungszusammenhang unterbrochen. Daraus folgt, dass die Schuldzinsen, die aus den auf das Girokonto geflossenen Darlehen entstammen, aufzuteilen sind. Insoweit ist der Vorentscheidung zu folgen.

b) Hieraus allein ist indes – anders als das FA in seiner Revisionserwiderung meint – nicht der Schluss zu ziehen, die Schuldzinsen seien nach der Wohnfläche aufzuteilen. Denn das würde die Zuordnung der Anschaffungskosten außer Acht lassen, welche die Kaufvertragsparteien getroffen haben (vgl. dazu insbesondere BFH/NV 2006, 1634, m. w. N.). Scheitert der Zuordnungszusammenhang, indem das Zahlungsverhalten des Steuerpflichtigen seiner zunächst getroffenen Zuordnungsentscheidung widerspricht, sagt das aber über den Aufteilungsmaßstab selbst nichts aus. Weil der Kläger den gesamten Kaufpreis durch Überweisung von seinem Girokonto beglichen hat, ist seine zunächst getroffene Zuordnungsentscheidung, mit der er Darlehen i. H.v. 305.000 € den vermieteten Wohnungen zurechnete, nicht vollzogen worden. Die Darlehen von 305.000 € stehen damit ebenso wenig in ausschließlichem Zusammenhang mit den vermieteten Wohnungen wie das Darlehen von 150.000 € mit den selbst genutzten. Daraus folgt, dass die Kläger alle Darlehen, die sie zur Finanzierung des Grundstücks aufgenommen haben, auf die in unterschiedlicher Weise genutzten Wohnungen aufzuteilen haben.

c) Der Maßstab für die Aufteilung der Darlehensschulden ergibt sich im Streitfall entgegen der Auffassung des FG aus der Zuordnung der Anschaffungskosten. Dabei kann der Senat offen lassen, in welchem Stadium die Aufteilung des Mehrfamilienhauses in Eigentumswohnungen bereits war. Denn anders als das FG-Urteil verstanden werden könnte, haben die Parteien des Kaufvertrags in § 3 keinen Kaufpreis für das gesamte Grundstück geregelt, sondern solche für jede Wohnung ausgewiesen.

aa) Handelte es sich zumindest wirtschaftlich um selbständige Wohneinheiten, liegen unterschiedliche Objekte i. S. d. § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG vor und die Aufteilung hat sich an den jeweiligen Kaufpreisen zu orientieren. Das würde erst recht dann gelten, wenn die Aufteilung zivilrechtlich bereits vollzogen worden wäre.

bb) Indessen gelten diese Grundsätze auch dann, wenn man mit dem FG von einem gemischt genutzten Grundstück aus-

geht. Denn eine von den Vertragsparteien vorgenommene Aufteilung des Kaufpreises auf einzelne Wirtschaftsgüter (hier des vermieteten und des selbst genutzten Grundstücksteils) ist grundsätzlich der Besteuerung zugrunde zu legen. Dies gilt auch in Fällen der gemischten Schenkung. Vereinbarungen der Vertragsparteien über Einzelpreise für Einzelwirtschaftsgüter binden, solange keine Anhaltspunkte dafür bestehen, der Kaufpreis sei nur zum Schein getroffen worden oder die Voraussetzungen eines Gestaltungsmissbrauchs i. S. d. § 42 AO seien gegeben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch Angehörige ihre Rechtsverhältnisse untereinander steuerlich möglichst günstig gestalten dürfen und das Motiv, Steuern zu sparen, eine steuerliche Gestaltung noch nicht unangemessen i. S. d. § 42 AO macht (so BFH/NV 2006, 1634).

Dem FG ist zwar insoweit beizupflichten, als die Vertragsparteien, indem sie den Kaufpreis im Kaufvertrag aufteilen, keinem darauf bezogenen Interessengegensatz unterliegen. Sie können überdies nur über die zivilrechtlichen Rechtsfolgen disponieren, nicht aber über deren steuerrechtliche Behandlung. Das mag zu einer Korrektur der von den Parteien getroffenen Aufteilung führen, wenn die von ihnen vorgeschlagene Aufteilung die realen Wertverhältnisse verfehlt (vgl. dazu BFHE 207, 528 = BStBl II 2006, 238, m. w. N., zur Kombirente). Der Senat muss aber im Streitfall nicht über den Umfang einer derartigen Korrektur entscheiden. Denn hier entsprachen die dem vermieteten Grundstücksteil zugewiesenen Kaufpreise nach den Feststellungen des FG, die den BFH nach § 118 Abs. 2 FGO binden, den Verkehrswerten. Dass dies bei den dem selbst genutzten Grundstücksteil zugewiesenen Kaufpreisen nicht der Fall war, macht die Verteilung ent-

gegen der Rechtsauffassung des FG nicht insgesamt unangemessen. Denn der Mutter des Klägers stand es frei, das Gebäude ohne jede Auflage oder Einschränkung entgeltlich, teilentgeltlich oder unentgeltlich zu übertragen und entsprechend Preise für die Übertragung insgesamt oder für steuerrechtlich eigenständige Gebäudeteile (Wirtschaftsgüter) in Übereinstimmung mit dem Erwerber (hier: dem Kläger) festzulegen (vgl. BFH/NV 2006, 1634; BFHE 210, 233 = BStBl II 2006, S. 9, jeweils m. w. N.). Das bedeutet: Es ist steuerrechtlich hinzunehmen, wenn der selbst genutzte Grundstücksteil teilentgeltlich (wie hier unter den Verkehrswerten) veräußert wird, während die Vertragsparteien für den vermieteten Grundstücksteil entsprechend der Verkehrswerte ein angemessenes Entgelt vereinbaren. Zutreffend weist die Revision überdies darauf hin, dass die auf die selbst genutzten, möglicherweise teilentgeltlich übertragenen Grundstücksteile entfallenden Anschaffungskosten ebenso wie die damit zusammenhängenden Schuldzinsen in den steuerrechtlich nicht bedeutsamen Vermögensbereich fallen.

cc) Daraus folgt: Da die Parteien des Kaufvertrags den Kaufpreis auf den vermieteten Grundstücksteil (die Wohnungen ETW 1 und 4 bis 6), der ein eigenständiges Wirtschaftsgut bildet, insgesamt zu 305.000 € aufteilen, ist der Maßstab zur Verteilung der Schuldzinsen also 305/455 (das Verhältnis des auf den vermieteten Grundstücksteil entfallenden Kaufpreises zum Gesamtkaufpreis) und nicht, wie vom FG zugrunde gelegt, 301/689.

3. Da das angefochtene Urteil diesen Maßstäben nicht entspricht, ist es aufzuheben. (...)

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Örtliche Zuständigkeit für die Anzeige gemäß § 18 GrEStG

Die Entscheidung des BFH vom 11.6.2008 (MittBayNot 2009, 409, in diesem Heft), wonach es zu einer dreijährigen Ablaufhemmung bei der Festsetzung der Grunderwerbsteuer gemäß § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO kommt, wenn weder der Notar noch die Beteiligten ihrer Anzeigepflicht gegenüber dem zuständigen Finanzamt – Grunderwerbsteuerstelle – nachkommen, soll zum Anlass genommen werden, die Zuständigkeitsregelungen des Grunderwerbsteuergesetzes für die Anzeige der Notare gemäß § 18 GrEStG kurz darzustellen.

Wichtiger und haftungsträchtiger als die Folge des § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO ist die Sanktion des § 16 Abs. 5 GrEStG, wonach die nicht ordnungsgemäße Anzeige eines Erwerbsvorganges eine Nichtfestsetzung, Aufhebung oder Änderung der Steuerfestsetzung gemäß § 16 GrEStG verhindert (vgl. dazu *Gottwald*, DNotZ 2006, 804, 824 f.; BFH, MittBayNot 2005, 441). Dem Notar ist somit angesichts der strengen BFH-Rechtsprechung dringend zu empfehlen, besondere Sorgfalt walten zu lassen, dass eine korrekte Anzeige innerhalb der gesetzlichen Zwei-Wochen-Frist ab der Beurkundung an das zuständige Finanzamt – Grunderwerbsteuerstelle – erfolgt.

Gemäß § 18 Abs. 5 GrEStG sind die Anzeigen an das für die Besteuerung bzw. für die gesonderte Feststellung zuständige Finanzamt zu richten. Bezüglich der örtlichen Zuständigkeit des Finanzamts sind Grundstücksveräußerungen gemäß § 1 Abs. 1 GrEStG mit Ausnahme von Umwandlungsvorgängen einerseits und die Übertragung von Gesellschaftsanteilen im weitesten Sinne und die Anteilsvereinigung gemäß § 1 Abs. 2 a und Abs. 3 GrEStG sowie Umwandlungen aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes andererseits zu unterscheiden.

Bei Grundstücksveräußerungen mit Ausnahme von Umwandlungsvorgängen ist die Anzeige gemäß §§ 18 Abs. 5, 17 Abs. 1 Satz 1 GrEStG grundsätzlich an das Finanzamt zu richten, in dessen Bezirk das Grundstück oder der wertvollste Teil des Grundstücks liegt. Liegt ein Grundstück im Bezirk von Finanzämtern verschiedener Bundesländer oder bezieht sich der Veräußerungsvorgang auf mehrere Grundstücke, die in den Bezirken verschiedener Finanzämter liegen, ist die Anzeige gemäß §§ 18 Abs. 5 Hs. 2, 17 Abs. 2 GrEStG an das Finanzamt zu richten, in dessen Bezirk der wertvollste Grundstücksteil oder der wertvollste Bestand an Grundstücksteilen oder Grundstücken liegt. Werden mehrere Grundstücke veräußert, führt das Finanzamt mit dem wertvollsten Teil allerdings nur dann eine gesonderte Feststellung durch, wenn sich ein Gesamtpreis auf mehrere Grundstücke bezieht. Wurden lediglich mehrere Grundstückskaufverträge in einer Urkunde zusammengefasst und für jedes Grundstück ein eigener Kaufpreis ausgewiesen, so ist jeder Vertrag für sich zu beurteilen, d. h. jedes Lagefinanzamt hat für seinen Anteil selbst die Grunderwerbsteuer festzusetzen, so dass gemäß

§§ 18 Abs. 5, 17 Abs. 1 Satz 1 GrEStG auch an jedes Lagefinanzamt eine Veräußerungsanzeige zu richten ist. In Zweifelsfällen ist angesichts der strengen BFH-Rechtsprechung zu empfehlen, die Anzeige an jedes als zuständig in Betracht kommende Finanzamt zu senden.

Bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen im weitesten Sinne und der Anteilsvereinigung sowie bei Umwandlungsvorgängen ist die Anzeige gemäß §§ 18 Abs. 5, 17 Abs. 3 Nr. 1 und 2 bzw. 17 Abs. 1 GrEStG stets an das Finanzamt zu richten, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung befindet, sofern der Sitz der Geschäftsleitung im Inland ist; bei Umwandlungsvorgängen ist der Ort der Geschäftsleitung des Erwerbers maßgeblich, bei der Übertragung und Vereinigung von Gesellschaftsanteilen im weitesten Sinne dagegen der Ort der Geschäftsleitung der Gesellschaft, deren Anteile veräußert bzw. vereinigt werden. Auf die Lage des Grundstücks kommt es für die Bestimmung des Finanzamts, an welches die Anzeige zu richten ist, nicht an. Ob ein Fall des § 17 Abs. 1 GrEStG oder § 17 Abs. 3 GrEStG vorliegt, hat in diesen Fällen nur für die Frage Bedeutung, ob eine gesonderte Feststellung durchzuführen ist oder nicht.

Durch die Abschaffung des § 4 a Abs. 2 GmbHG durch das MoMiG wird die Ermittlung des Orts der Geschäftsleitung deutlich erschwert. Wie bei der Frage, ob eine Gesellschaft über Grundbesitz verfügt, wird man dem Notar insoweit wohl keine besonderen Ermittlungspflichten auferlegen können; er wird sich vielmehr auf die Angaben der Beteiligten verlassen dürfen. Soweit dem Notar der Ort der Geschäftsleitung nicht genau bekannt ist, sollten zur Absicherung des Notars Angaben der Beteiligten über den Ort der Geschäftsleitung mit in die Urkunde aufgenommen werden.

Kommt es im Rahmen von Umwandlungsvorgängen gleichzeitig zu einem Gesellschafterwechsel gemäß § 1 Abs. 2 a oder Abs. 3 GrEStG, sind das Finanzamt des Sitzes der Geschäftsleitung des Erwerbers sowie das Finanzamt des Sitzes der Geschäftsleitung der betroffenen Gesellschaft nebeneinander zuständig; an beide ist eine Anzeige zu richten. Allerdings dürfte die Anzeige an ein Finanzamt genügen, um die Sanktion des § 16 Abs. 5 GrEStG zu vermeiden (vgl. *Gottwald*, DNotZ 2006, 804, 824 f.).

Sofern kein inländischer Sitz der Geschäftsleitung vorhanden ist, gelten die Zuständigkeitsregeln für Grundstücksveräußerungen, § 17 Abs. 3 Satz 2 GrEStG.

Bei der Bestimmung des örtlich zuständigen Finanzamts ist in allen Fällen abschließend zu überprüfen, ob entsprechend der Ermächtigung in § 17 Abs. 2 Satz 3 FVG eine Landesrechtsverordnung vorsieht, dass einem Finanzamt Zuständigkeiten für den Bezirk mehrerer Finanzämter übertragen wurden. Auskünfte über das im Einzelfall örtlich zuständige Finanzamt gibt der Suchdienst „Finanzamtssuche“ auf der Internetseite des Bundeszentralamts für Steuern (www.bzst.bund.de).

Notar *Jens Haßelbeck*, Hof

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Eckard Schreiber, München, verstorben am 1.6.2009

Notar a. D. JR Dr. Hermann Hammerle, Speyer, verstorben am 3.7.2009

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.2009:

Notar Alfred Kluge, Ludwigshafen

Mit Wirkung vom 1.11.2009:

Notar Udo Leitenstern, Neuburg a. d. Donau

Mit Wirkung vom 1.1.2010:

Notar Walter Bramenkamp, Landau a. d. Isar

Mit Wirkung vom 1.2.2010:

Notar Ulrich Lebert, Kelheim

Mit Wirkung vom 1.3.2010:

Notar Franz Edler von Koch, Ingolstadt

Notar Walter Zöllner, München

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.7.2009:

Rosenheim dem Notar
(in Sozietät mit Notar Tobias Aigner
Dr. Hans Düwel) (bisher in Stadtsteinach)

Greding dem Notarassessor
Christian Müller
(bisher in München
Notarstellen Kelch/Rapp)

Waldmünchen dem Notarassessor
Christian Seger
(bisher in Hammelburg
Notarstelle Dr. Kamp)

Landau dem Notar
(in Sozietät mit Notar Thomas Flörsch
Wolfgang Sties) (bisher in Kandel/Pfalz)

Mit Wirkung vom 1.8.2009:

Freyung dem Notarassessor
Josef Massinger
(bisher in Traunstein
Notarstelle Haselbeck)

Weilheim i. OB dem Notar a. D.
Christian Hertel

Prien am Chiemsee dem Notar
(in Sozietät mit Notar Bertrand Koller
Dr. Gregor Rieger) (bisher in Dingolfing)

Dachau der Notarin
Dr. Andrea Jursnik
(bisher in Neunburg vorm Wald)

München dem Notar
(in Sozietät mit Notarin Dr. Wolfram Schneeweiß
Dr. Susanne Frank) (bisher in Straubing)

Augsburg dem Notar
(in Sozietät mit Notar Daniel Siebenhaar
Oliver Portenhauser) (bisher in Bad Berneck)

Mit Wirkung vom 1.10.2009:

Trostberg dem Notarassessor
(in Sozietät mit Notar Dr. Markus Vierling
Georg Mehler) (bisher in Trostberg
Notarstellen
Lehnert/Mehler)

Bad Tölz dem Notar
(in Sozietät mit Notar Michael Leitenstorfer
Norbert Dolp) (bisher in Neumarkt i. d. OPf.)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.8.2009:

Ingo Oltmanns, Kandel/Pfalz (Notarstellen Dr. Bastian/
Dr. Kiefer)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarin Monika Pöppel, Bad Windsheim, führt seit 26.6.2009 den Namen Bauer

Die Notarstelle Nürnberg (bis 1.7.2009 Notar Markus Kühnlein), wurde mit Wirkung vom 1.7.2009 aufgehoben. Notar Hans-Hermann Weser verwahrt die Urkunden von Notar Markus Kühnlein.

Notarassessor Dr. Torsten Jäger, Pirmasens (Notarstelle Küper), ab 1.7.2009 in Frankenthal/Pfalz (Notarstellen Barth/Seiberth)

Notarassessor Alexander Haubold, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Eberl), ab 1.7.2009 in Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Notarassessor Florian Berger, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter), ab 20.7.2009 in München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Notarassessor Stefan Braun, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Mehler), ab 1.8.2009 in München (Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel)

Notarassessor Christian Schuller, Eggenfelden (Notarstelle Feller), ab 29.6.2009 in München (Notarstellen Predel/Dr. Görk)

Notarassessorin Eliane Mayr, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler), ab 1.8.2009 in München (Notarstellen Kirchner/Thiede)

Oberinspektorin i. N. Juliane Poschenrieder, München (Notarstellen Dr. Korschan/Dr. Gastroph), ab 1.7.2009 in München (Notarstelle Dr. Krauß)

Oberinspektorin i. N. Roswitha Poidinger-Kreppold, Augsburg (Notarstellen Feist/Kristic), ab 1.8.2009 in Augsburg (Notarstellen Portenhauser/Siebenhaar)

Oberinspektorin i. N. Karin Huber, Eggenfelden (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.10.2009 in Simbach (Notarstelle Dr. Mayer)

6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2009:

Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):

Heinz Emmert, Aschaffenburg (Notarstellen Klotz/Dr. Morhard)

Wilfried Streidl, München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):

Jürgen List, Wunsiedel (Notarstelle von Edlinger)

Ingrid Maier, Aichach (Notarstellen Dr. Lorenz-Czarnetzki/Riedel)

Ulrich Weber, München (Notarstellen Oberseider/Ruhland)

Zum Amtsrat i. N. (Entgeltgruppe 11):

Maria Bias, Straubing (Notarstelle Hagenbucher)

Barbara Brandmaier, Moosburg (Notarstelle Birnstiel)

Manfred Erhardt, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Mehler)

Jürgen Geipel, Würzburg (Notarstellen Dr. Sell/Öchsner)

Gudrun Kreuzer, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)

Peter Müller, Schwabmünchen (Notarstellen Dr. Weigl/Grob)

Paulina Oberfichtner, Nürnberg (Notarstelle Busse)

Klaus Ort, Lohr a. Main (Notarstelle Dr. Apfelbaum)

Brigitte Pamler, Regensburg (Notarstelle Dr. Gschoßmann)

Rainer Weichenberger, Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Walter/Dr. Riemenschneider)

Zum Amtmann i. N. (Entgeltgruppe 10):

Stefan Altenbeck, Arnstorf (Notarstelle Dr. Ringel)

Volker Bitzer, Kempten (Notarstellen Haasen/Dr. Bülow)

Marion Burger, Marktheidenfeld (Notarstellen Dr. Eckert/Dr. Grund)

Brigitte Deistler, München (Notarstellen Zöllner/Huwendiek)

Petra Furtmair, Osterhofen (Notarstelle Dr. Kappler)

Silvia Güthlein, Ludwigstadt (Notarstelle Rosendorfer)

Maria Loibl, München (Notarstelle Dr. Kreuzer)

Andreas Müller, Kirchheimbolanden (Notarstelle Dr. Schulte)

Birgit Postupka, Bamberg (Notarstelle Dr. Weiler)

Alfred Schieder, Weiden i. d. Opf. (Notarstelle Dr. Baltzer)

Tobias Schuhmacher, Annweiler a. Tr. (Notarstelle Spall)

Ulrike Suttner, Regensburg (Notarstelle Dr. Merznicht)

Rita Wenninger, Friedberg (Notarstelle Brandt)

Zum Oberinspektor i. N. (Entgeltgruppe 9):

Ilona Böhner, Bayreuth (Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber)

Daniela Cepek, Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Schwanecke)

Carola Gaschke, Rosenheim (Notarstellen Richter/Karl)

Tanja Immer, Oberviechtach (Notarstelle Hruschka)

Karin Keisel, München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)

Wolfgang Kintscher, Wertingen (Notarstelle Senft)

Andreas Ott, München (Notarstelle Dr. Schaub)

Silke Redetzki, Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Bruch)

Karin Schafflhuber, Rothalmünster (Notarstellen Meier-Kraut/Braun)

Katrin Schindler, Miesbach (Notarstellen Dr. Kirchner/Dr. Gerstner)

Gertrud Strobl, Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler)

7. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Amtmann i. N. Ludwig Hofberger, Aichach (Notarstellen Dr. Lorenz-Czarnetzki/Riedel), eigene Kündigung zum 1.10.2009

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Lindenberg i. Allgäu, Notarstelle Dr. Hipler

E-Mail: info@notariat-lindenberg.de

Homepage: www.notariat-lindenberg.de

Türkheim, Notarstelle Albrecht

E-Mail: kanzlei@notar-albrecht.de

Waldmünchen, Notarstelle Seger

E-Mail: kanzlei@notar-seger.de

Bad Windsheim, Notarstelle Bauer

E-Mail: info@notarin-bauer.de

Fortbildungsseminare für die fachkundigen Beschäftigten der Notarkasse

Termine für 2010

Sowohl die Pflichtseminare als auch die freiwilligen Seminare für Kassenbeschäftigte werden im Jahre 2010 in dem bisherigen Umfang fortgeführt. Hat ein Kassenbeschäftigter im Jahre 2009 an einem Seminar teilgenommen, ist 2010 keine Teilnahme möglich, soweit sich nachfolgend nichts anderes ergibt.

1. Pflichtseminare

Termine:

- 8.2.2010–10.2.2010
- 11.2.2010–13.2.2010
- 12.7.2010–14.7.2010
- 15.7.2010–17.7.2010

Themen:

- WEG aktuell,
- Erbrecht aktuell,
- Eintragungen in Abteilung II des Grundbuchs,
- Steuergünstige Vertragsgestaltung,
- Update Kostenrecht.

Für diese Seminare sind ab sofort Anmeldungen für diejenigen Kassenbeschäftigten möglich, die an den Seminaren zu den derzeit angebotenen Themen noch nicht teilgenommen haben. Die Zahl der Teilnehmer ist auf ca. 60 pro Seminar begrenzt.

Sollten die Seminare nicht durch eigene Anmeldungen ausgebucht sein, behält sich die Notarkasse vor, Kassenbeschäftigte, die sich nicht selbst anmelden, zu einem der genannten Termine einzuteilen.

Die Einladung zu den einzelnen Seminaren erfolgt wie in der Vergangenheit ca. sechs Wochen vor Beginn; alle Kassenbeschäftigte, die sich anmelden, erhalten jedoch zeitnah nach der Anmeldung eine Bestätigung. Es besteht Teilnahmepflicht.

Für neu übernommene Inspektorinnen und Inspektoren besteht wegen der Nähe zur Ausbildung eine zweijährige Wartefrist. 2010 können somit die Kassenbeschäftigten teilnehmen, die 2008 oder früher in den Dienst der Notarkasse übernommen worden sind.

Für Kassenbeschäftigte in Sonderurlaub oder Elternzeit besteht zwar ein Teilnahmerecht, jedoch keine Teilnahmepflicht. Die Teilnahme wird empfohlen, wenn die Wiederaufnahme der beruflichen Tätigkeit bevorsteht.

Zwei weitere Pflichtseminare sind im Jahre 2010 zu folgenden Terminen vorgesehen:

8.11.2010–10.11.2010

11.11.2010–13.11.2010.

Ob diese Termine noch für die derzeit laufenden Themen benötigt werden, ist noch nicht absehbar. Dies hängt vor allem davon ab, wie viele Kassenbeschäftigte in Sonderurlaub oder Elternzeit an den Seminaren teilnehmen wollen. Soweit diese weiteren Termine für die laufenden Seminare erforderlich sind, wird die Notarkasse hierüber rechtzeitig informieren.

2. Freiwilliges Seminar

Die Notarkasse bietet weiterhin interessierten Kassenbeschäftigten neben den Pflichtseminaren jährlich zwei 1 1/2-tägige Zusatzseminare an. Die Teilnahme ist freiwillig, jedoch wünschenswert. Für neu übernommene Inspektorinnen und Inspektoren besteht hier keine Wartefrist.

Die freiwilligen Seminare 2009 sind bereits abgeschlossen. Die Seminare waren ausgebucht und sind somit auf große Resonanz gestoßen. Aus diesem Grunde werden diese Seminare auch 2010 angeboten.

Termine:

19.–20.3.2010

11.–12.6.2010

Thema:

Gestaltungen von Liste, Geschäftsanteilsabtretung und GmbH-Satzung nach dem MoMiG einschließlich Kostenrecht.

Teilnehmerzahl: jeweils 60.

3. Anmeldungen:

Anmeldungen zur Teilnahme an einem Pflichtseminar oder an einem freiwilligen Seminar sind schriftlich, per Telefax (089 55166-164) oder per E-Mail (Fortbildung@notarkasse.de) an die Notarkasse zu richten.

4. Veranstaltungsort

Die Veranstaltungen finden wie bisher im Hotel Aurachhof, Fischbachau, statt.

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Dr. Markus Vierling

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12,50 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

- | | |
|---|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Strukturen des Unterhalts- und Zugewinnausgleichsrechts in der notariellen Praxis – nebst praktischer Umsetzung in eine Berechnung mit dem Microsoft-Programm Excel (Herrmann, Reetz)
12.9.2009 in Köln 2. GmbH-Vertragspraktikum
12.9.2009 in Kiel (Wachter)
2.10.2009 in Heusenstamm (Heckschen, Heidinger)
20.11.2009 in München (Mayer, Wachter) 3. Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis (G. Müller, Priester, Reul, Wicke, Zimmermann)
18.9.2009 in Hamburg 4. 7. Jahresarbeitstagung des Notariats
24.–26.9.2009 in Würzburg 5. Haftungsfallen im Erbrecht – Typische Fälle aus der notariellen Praxis (Ivo, G. Müller)
9.10.2009 in Stuttgart 6. Der elektronische Rechtsverkehr in der notariellen Praxis
14.10.2009 in Bochum (Sandkühler)
21.10.2009 in Heusenstamm (Mödl)
28.10.2009 in Berlin (Gassen)
4.11.2009 in Kiel (Klein, Kühnelt) 7. Intensivkurs Kostenrecht (Schmidt, Tiedtke)
16.–17.10.2009 in Heusenstamm 8. Zivil- und steuerrechtliche Schnittstellen im Immobilienrecht (Wälzholz)
16.10.2009 in Bochum 9. Zivil- und steuerrechtliche Schnittstellen im Erbrecht (Wälzholz)
17.10.2009 in Bochum | <ol style="list-style-type: none"> 10. Update Grundstückskaufvertrag (Krauß)
23.10.2009 in Bochum
24.10.2009 in Kiel 11. Das Landwirtschaftsrecht in der notariellen Praxis (Schmidt, Schulze Jochmaring, Stalbold, Witt)
23.10.2009 in Dötlingen 12. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag (Krauß)
30.10.2009 in Heusenstamm
31.10.2009 in Berlin 13. Die Stiftung im Zivil- und Steuerrecht (Hüttemann, Spiegelberger, Wachter)
31.10.2009 in München 14. Intensivkurs Gesellschaftsrecht (Heckschen, Heidinger, Kirschstein)
13.–14.11.2009 in Heusenstamm 15. Ausgewählte Fragen zum Thema Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung (G. Müller, Renner)
14.11.2009 in Kiel |
|---|---|

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.

Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Ausschreibung des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2010

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

Helmut-Schippel-Preis

in Höhe von **5.000 €** aus. Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht). Die Arbeit muss in deutscher Sprache verfasst und sollte in der Regel noch unveröffentlicht sein. Über die Vergabe entscheidet der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des Rechtsweges.

Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens **30.6.2010** bei der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, in drei Exemplaren (verbleiben bei der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung) einzureichen. Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2011 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerber vor. Nähere Informationen erhalten Sie unter www.notrv.de.

Neuerscheinungen

1. Beck'sches Handbuch der GmbH. 4. Aufl., Beck, 2009. 1 587 S., 110 €
2. Brambring/Mutter (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Erbrecht. 2. Aufl., Beck, 2009. 1 120 S., 108 € + CD-ROM
3. Bumiller/Harders: FamFG Freiwillige Gerichtsbarkeit. 9. Aufl., Beck, 2009. 1 190 S., 65 €
4. Dauner-Lieb/Simon: Kölner Kommentar zum Umwandlungsgesetz. Heymanns, 2009. 2 683 S., 248 €
5. Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche: Handbuch der Vermögensnachfolge. 7. Aufl., ESV, 2009. 975 S., 136 €
6. Gassen/Wegerhoff: Elektronische Beglaubigung und elektronische Handelsregisteranmeldung in der Praxis. 2. Aufl., ZAP, 2009. 520 S., 78 € + CD-ROM
7. Heinemann: FamFG für Notare. Heymanns, 2009. 416 S., 59 €
8. Horndasch/Viefhues: Kommentar zum Familienverfahrensrecht. ZAP, 2009. 2 000 S., 109 €
9. Lutter/Hommelhoff: GmbH-Gesetz. 17. Aufl., O. Schmidt, 2009. 1 757 S., 119 €
10. Meincke: Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz. 15. Aufl., Beck, 2009. 840 S., 79 €
11. Münch: Die Scheidungsimmoblie. ZAP, 2009. 638 S., 78 €
12. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, GmbH. 3. Aufl., Beck, 2009. 1 733 S., 148 €
13. Roth/Altmeyen: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH). 6. Aufl., Beck, 2009. 1 291 S., 78 €
14. Stöber: Zwangsversteigerungsgesetz. 19. Aufl., Beck, 2009. 1 664 S., 92 €
15. Völkers/Weinmann/Jordan: Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht. 3. Aufl., Beck, 2009. 351 S., 48 €
16. Voll/Störle: Bayerisches Stiftungsgesetz. 5. Aufl., Boorberg, 2009. 231 S., 36 €
17. Zimmermann: Die Nachlasspflegschaft. 2. Aufl., Gieseking, 2009. 506 S., 68 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F