

6 MittBayNot

Begründet 1864

November/Dezember 2005 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar in Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,
Notar in Passau

Schriftleitung:

Andrea Lichtenwimmer,
Notarassessorin

Dr. Martin T. Schwab,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Rapp: Wohnungseigentümergeinschaft oder Verein der Wohnungseigentümer? 449

Bohrer: Identität und Identifikation 460

Wälzholz: Vorsicht Falle: Leistungen an Erfüllung statt als ertragsteuerliche Veräußerung 465

Franzmann: Der europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen – Hinweise für die notarielle Praxis 470

Morvilius: Versteigerungsrechtliche Auswirkungen von Rangvorbehalt und Rangrücktritt auf die Eigentumsvermerkung 477

Schubert: Durchlaufende Posten in der notariellen Kostenrechnung 481

Tagungsbericht

Der notarielle Kaufvertrag: Eine Bestandsaufnahme der Schuldrechtsreform und der europäischen Einflüsse – Bericht über das fünfte Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg am 24. 6. 2005 (*Eckert*) 483

Rechtsprechung

Sicherungsumfang einer MaBV-Bürgschaft bei Vertragsaufhebung

(BGH, Urteil vom 5. 4. 2005, XI ZR 294/03) 492

mit Anmerkung *Riemenschneider* 493

Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (BGH, Beschluss vom 2. 6. 2005, V ZB 32/05) 495

Eintragung der Gestattung des Selbstkontrahierens bei Zweigniederlassung einer Limited unzulässig (OLG München, Beschluss vom 17. 8. 2005, 31 Wx 049/05) 512

Belehrung des Notars über den Anfall von Schenkungsteuer (Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 6. 5. 2004, 11 U 103/02) 516

mit Anmerkung *Stelzer* 517

Keine Grunderwerbsteuer für Auflassung bei Erfüllung des Eigentumsverschaffungsanspruchs

(BFH, Beschluss vom 10. 2. 05, II B 115/04) 523

mit Anmerkung *Gottwald* 524

Inhalt

Aufsätze

- Rapp*: Wohnungseigentümergeinschaft oder Verein der Wohnungseigentümer? **449**
- Bohrer*: Identität und Identifikation **460**
- Wälzholz*: Vorsicht Falle: Leistungen an Erfüllung statt als ertragsteuerliche Veräußerung **465**
- Franzmann*: Der europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen – Hinweise für die notarielle Praxis **470**
- Morvilius*: Versteigerungsrechtliche Auswirkungen von Rangvorbehalt und Rangrücktritt auf die Eigentumsvermerkung **477**
- Schubert*: Durchlaufende Posten in der notariellen Kostenrechnung **481**

Tagungsbericht

Der notarielle Kaufvertrag: Eine Bestandsaufnahme der Schuldrechtsreform und der europäischen Einflüsse – Bericht über das fünfte Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg am 24.6.2005 (*Eckert*) **483**

Buchbesprechungen

- Lettke (Hrsg.): Erben und Vererben (*Erber-Faller*) **486**
- Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis (*Albrecht*) **488**
- Eigner: Die Beschränkung der persönlichen Gesellschafterhaftung bei GbR und Partnerschaft (*Fembacher*) **489**
- Rauscher: Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen (*Franzmann*) **490**
- Busse/Dimberger/Pröbstl/Schmid: Die neue Umweltprüfung in der Bauleitplanung (*Grziwotz*) **490**
- Holzer: Die Richtigstellung des Grundbuchs (*Dümig*) **491**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Sicherungsumfang einer MaBV-Bürgschaft bei Vertragsaufhebung (BGH, Urteil vom 5.4.2005, XI ZR 294/03) **492**
mit Anm. *Riemenschneider* **493**
2. Vermutung für das Vorliegen einer gemischten Schenkung (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 21.2.2005, 16 U 71/04) **495**

Inhalt (Fortsetzung)

Sachen- und Grundbuchrecht

3. Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft, Vertretungskompetenz des Verwalters, Einzelwirtschaftsplan als unverzichtbarer Bestandteil des Wirtschaftsplans (BGH, Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05) **495**

Familienrecht

4. Rechtliches Gehör des Minderjährigen wird durch Bestellung eines Verfahrenspflegers gewahrt (BayObLG, Beschluss vom 30.11.2004, 3Z BR 125/04) **504**

Erbrecht

5. Alleinerbe als Testamentsvollstrecker (BGH, Urteil vom 26.1.2005, IV ZR 296/03) **507**
6. Keine Zustimmung des Ersatznacherben bei Übertragung eines zur Vorerbschaft gehörenden Gegenstandes auf den Vorerben (BayObLG, Beschluss vom 1.3.2005, 2Z BR 231/04) **508**
7. Rücknahme eines notariellen Testaments aus der amtlichen Verwahrung (BayObLG, Beschluss vom 9.3.2005, 1Z BR 108/04) **510**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

8. Mietweise Überlassung eines Grundstücks an eine GmbH als eigenkapitalersetzende Leistung; Ausgleichspflicht des Gesellschafters bei Nutzungsentziehung durch Zwangsverwaltung (*nur Leitsatz*) (BGH, Urteil vom 31.1.2005, II ZR 240/02) **511**
9. Eintragung der Gestattung des Selbstkontrahierens bei Zweigniederlassung einer Limited unzulässig (OLG München, Beschluss vom 17.8.2005, 31 Wx 049/05) **512**
10. Verpflichtungswirkung eines Stimmbindungsvertrags (*nur Leitsatz*) (OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.1.2005, 7 U 181/03) **512**
11. Keine Mitwirkung des neu bestellten Prokuristen bei Registeranmeldung (OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.2.2005, 20 W 451/04) **513**
12. Notwendiger Inhalt der Einladung zur HV bei Beschluss über Zustimmung zu einem Unternehmenskaufvertrag (*nur Leitsatz*) (LG Frankfurt am Main, Urteil vom 11.1.2005, 3-05 O 106/04) **513**

Beurkundungs- und Notarrecht

13. Hinweispflicht des Notars bei Veräußerung eines Erbbaurechts (BGH, Urteil vom 2.6.2005, III ZR 306/04) **514**
14. Belehrung des Notars über den Anfall von Schenkungsteuer (Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 6.5.2004, 11 U 103/02) **516** mit Anmerkung *Stelzer* **517**

Inhalt (Fortsetzung)

Steuerrecht

15. Einbringung eines Einzelunternehmens in KG gegen Verzicht auf private Verbindlichkeit (BFH, Urteil vom 16.12.2004, III R 38/00) **519**
16. Keine Grunderwerbsteuer für Auflassung bei Erfüllung des Eigentumsverschaffungsanspruchs (BFH, Beschluss vom 10.2.2005, II B 115/04) **523**
mit Anmerkung *Gottwald* **524**

Hinweise für die Praxis

1. Grunderwerbsteuer: Anwendung der §§ 3 und 6 GrEStG in Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG (FMS vom 2.6.2005, 36 – S 4505 – 012 – 22011/05) **525**
2. Erbschaft- und Schenkungsteuer: Übertragung treuhänderisch gehaltener Vermögensgegenstände (FMS vom 14.6.2005, 34 – S 3811 – 035 – 25199/05) **525**

Standesnachrichten **527**

Sonstiges **III**

6 | MittBayNot

Begründet 1864

Nov./Dez. 2005 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Andrea Lichtenwimmer,
Dr. Martin T. Schwab
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Wohnungseigentümergeinschaft oder Verein der Wohnungseigentümer?

– zugleich Besprechung des Beschlusses des BGH vom 2.6.2005, V ZB 32/05* –

Von Notar Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

In seiner Entscheidung zur umfassenden Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) hat der II. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 29.1.2001¹ als einen entscheidenden Vorteil seiner neuen Rechtserkenntnis herausgestellt, dass ein Wechsel im Mitgliederbestand der GbR keinen Einfluss auf von ihr begründete Vertragsverhältnisse hat. Vertragspartner sei allein die rechtsfähige GbR, nicht der einzelne Gesellschafter. Es war abzusehen, dass diese Rechtsfortbildung durch den BGH Auswirkungen auf das Recht der Wohnungseigentümergeinschaft haben wird. Tatsächlich wurde durch sie eine von *Bärmann*² begründete und von *Junker*³ fortgeführte Diskussion über eine (Teil-)Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft neu entfacht.⁴ Genauso wie im Recht der GbR besteht auch bei der Wohnungseigentümergeinschaft ein „Theoriedefizit“⁵ bei der Erklärung der Rechtsnachfolge im Wohnungseigentum. Dabei geht es einerseits um die Frage des Eintritts oder Nichteintritts eines Erwerbers von Wohnungseigentum in Vertragsverhältnisse⁶, die die Gemeinschaft vor dem Erwerbszeitpunkt abgeschlossen hat und andererseits um das Problem, ob und wie der Anteil des Veräußerers am sogenannten Verwaltungsvermögen der Wohnungseigentümergeinschaft auf den Rechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers übergeht⁷. Es ist geradezu verführerisch, die vom II. Zivilsenat entwickelten Grundsätze über die Rechtsfähigkeit der GbR auf die Wohnungseigentümergeinschaft zu übertragen. Die Rechtsnachfolgeprobleme bei Wohnungseigentum lösen sich alsdann von selbst: Wenn die Wohnungseigentümergeinschaft rechtsfähig ist, hat ein Wechsel in der Person eines Wohnungseigentümers keinen Einfluss auf die von der rechtsfähigen Gemeinschaft abgeschlossenen Vertragsverhältnisse; an dem Verwaltungsvermögen hat jeder Wohnungseigentümer einen (als gesellschaftsähnlich zu denkenden) Anteil, der akzessorisch zu dem sachenrechtlichen Bestand des Wohnungseigentums auf einen Rechtsnachfolger übergeht. In seinem unerwarteten und inhaltlich als sensationell zu bezeichnenden Beschluss vom 2.6.2005 hat der V. Zivilsenat des BGH die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer insoweit als rechtsfähig anerkannt, als sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt. Er hat weiter in diesem Beschluss die Auswirkungen dargestellt, die sich aus der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft für die (Nicht-)Haftung des einzelnen Wohnungseigentümers ergeben und ferner Hinweise dafür gegeben, wie dem Gläubigerschutz bei Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft Rechnung getragen werden kann. Sollte sich die Auffassung des V. Zivilsenats des BGH nachhaltig durchsetzen, so ist das Recht des Wohnungseigentums über weite Strecken neu zu schreiben.

A. Die Vorgeschichte

Der vom BGH mit Beschluss vom 2.6.2005 entschiedene Fall spielt im „Olympiadorf München“. In dem dort bestehenden großen Wohnpark gibt es grundstücksübergreifende Infrastruktureinrichtungen, die der Erschließung und Benutzung einer

Vielzahl von Grundstücken, darunter auch Grundstücken von Wohnungseigentümern, dienen. Die Einrichtungen können sinnvollerweise nur einheitlich für alle beteiligten Eigentümer der verschiedenen Grundstücke verwaltet werden. Es besteht

* MittBayNot 2005, 495 (in diesem Heft).

¹ BGH, MittBayNot 2001, 192 [Gründe A.I. 2. b)].

² DNotZ 1985, 295; *ders.*, NJW 1989, 1057.

³ Die Gesellschaft nach dem WEG, 1993.

⁴ *Raiser*, ZWE 2001, 173; *Bub*, ZWE 2002, 103; *Derleder*, ZWE 2002, 193 u. 250; *Renner*, Die Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtsverkehr, 2005, S. 74 ff.

⁵ *Häublein*, FS Wenzel, 2005, S. 175.

⁶ Vgl. z. B. BayObLGZ 1995, 107; 1984, 206.

⁷ *Wicke*, ZfIR 2005, 301; *Rapp*, ZWE 2002, 557.

deshalb im Olympiadorf München eine rechtsfähige Verwaltungsgesellschaft. Diese hat mit den einzelnen Grundstückseigentümern, darunter auch mit einer Wohnungseigentümergeinschaft, im Jahre 1976 sogenannte „Individualverträge“ über die Verwaltung, insbesondere auch über die Kostentragung, abgeschlossen. Die Wohnungseigentümergeinschaft hatte demgemäß nach einem festgelegten Schlüssel die Betriebs- und Instandhaltungskosten der übergreifenden Einrichtungen zu tragen.

I. Der Rechtsstreit im Außenverhältnis

Ab dem Jahre 1999 weigerte sich die später verklagte Wohnungseigentümergeinschaft, die Verpflichtungen aus dem Individualvertrag zu erfüllen. Die rechtsfähige Verwaltungsgesellschaft verklagte deshalb die Wohnungseigentümergeinschaft in ihrer Zusammensetzung gemäß dem Zeitpunkt der Klageerhebung auf Zahlung der Beträge gemäß dem Vertrag aus dem Jahre 1976. In der Revisionsinstanz hob der II. Zivilsenat des BGH mit Urteil vom 9.2.2004⁸ die klageabweisende Entscheidung der Vorinstanz auf und wies den Rechtsstreit an einen anderen Zivilsenat des OLG München zurück. Der BGH ging dabei davon aus, dass *Vertragspartner* die Wohnungseigentümer in ihrer *damaligen personellen Zusammensetzung des Jahres 1976* gewesen seien. Eine Klage gegen die Wohnungseigentümer in ihrer Zusammensetzung im Jahre 2002 könne daher nur dann erfolgreich sein, soweit eine Personenidentität zwischen den Wohnungseigentümern der Jahre 1976/2002 bestehe oder ein Sonderrechtsnachfolger eines seit 1976 ausgeschiedenen Wohnungseigentümers in die dementsprechenden vertraglichen Verpflichtungen eingetreten sei. Dies zu prüfen wurde dem Gericht, an das zurückverwiesen wurde, aufgetragen.

Der II. Zivilsenat des BGH hat die von ihm entwickelten Grundsätze zur Rechtsfähigkeit der GbR in der „Olympiadorf“-Entscheidung überhaupt nicht erwähnt. Dabei wäre bei Übertragung der Rechtsfähigkeit der GbR auf die Wohnungseigentümergeinschaft der Rechtsstreit mit einem klaren Ergebnis zu entscheiden gewesen: Wenn die Wohnungseigentümergeinschaft – so wie die GbR – rechtsfähig ist, dann kommt es auf einen Mitgliederwechsel zwischen den Jahren 1976 und 2002 nicht an. Verpflichtet ist dann die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft mit der Folge, dass der Klage (jedenfalls dem Grunde nach) stattgegeben hätte werden müssen. Weshalb der II. Zivilsenat diesen Lösungsweg nicht angedacht hat, bleibt sein Geheimnis.⁹ Denkbar ist natürlich auch, dass er die Frage der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft überhaupt nicht für diskussionsbedürftig gehalten hat, weil er sie verneint.

II. Der interne Rechtsstreit

Die im Falle des II. Zivilsenats des BGH¹⁰ verklagte Wohnungseigentümergeinschaft hatte wegen der eingeklagten Forderung der Verwaltungsgesellschaft auch interne Probleme. In ihrer Eigentümerversammlung wurde mit Mehrheit beschlossen, die (strittige) Zahlungsverpflichtung gegenüber der Verwaltungsgesellschaft in die Wirtschaftspläne 2000 und 2001 aufzunehmen. Hiergegen wandte sich im Wege der Beschlussanfechtung (§ 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG) die überstimmte Minderheit. Nach unterschiedlichen Entscheidungen der

Vorinstanzen war das BayObLG mit der Angelegenheit befasst. Dieses wollte der Beschlussanfechtung stattgeben, weil der Wirtschaftsplan, in dem die strittige Forderung aufgenommen war, nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprach. Dieser Wirtschaftsplan enthielt nämlich (entsprechend einem früher gefassten Beschluss der Eigentümerversammlung) lediglich die Gesamtkosten der Wohnungseigentümergeinschaft, es fehlte aber, entgegen § 28 Abs. 1 Nr. 2 WEG, ein Ausweis der anteilmäßigen Verpflichtung der einzelnen Wohnungseigentümer zur Kostentragung. Nachdem das KG¹¹ einen solchen Wirtschaftsplan gleichwohl als ausreichende Basis für die Zahlung von Vorschüssen (§ 28 Abs. 2 WEG) angesehen hatte, legte das BayObLG mit Beschluss vom 29.12.2004¹² gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem BGH die Sache zur Entscheidung vor. Die Vorlagefrage betraf also den notwendigen Inhalt des Wirtschaftsplanes einer Wohnungseigentümergeinschaft.

Nachdem jedoch bei einer Divergenzvorlage gemäß § 28 Abs. 2 FGG der BGH gemäß § 28 Abs. 3 FGG über die weitere Beschwerde entscheidet, war dieser nicht darauf beschränkt, lediglich die Vorlagefrage zu beantworten. Er hatte vielmehr die Möglichkeit, alle Rechtsfragen, die der Rechtsstreit aufwarf, zu entscheiden. Davon hat der BGH Gebrauch gemacht. Seine Ausgangsüberlegung zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft war dabei folgende: Die Frage, ob die strittige Forderung in den Wirtschaftsplan einzustellen ist, stellt sich überhaupt nur, wenn entweder die Wohnungseigentümergeinschaft rechtsfähig ist, weil dann ein Wechsel im Personenbestand seit Vertragsabschluss unerheblich ist, oder wenn die aktuellen Wohnungseigentümer aus vertragsrechtlichen Gründen gebunden sind. Der BGH entschied sich für den ersten Lösungsweg, weshalb als Vorfrage zur Entscheidung der Vorlagefrage des BayObLG die Thematik der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft entschieden werden musste.¹³ Der V. Zivilsenat des BGH beantwortet diese Vorfrage der Beschlussanfechtung – die von den Vorinstanzen offensichtlich gar nicht thematisiert wurde – mit der Aussage, aus dem Vertrag von 1976 ergebe sich für die aktuelle Wohnungseigentümergeinschaft eine „Verwaltungsschuld ..., für welche die Wohnungseigentümergeinschaft unabhängig von ihrem Personenbestand einzustehen hat“ (Abschnitt III.1 a. E. der Beschlussgründe).

Dabei war der V. Zivilsenat nicht verpflichtet, die Rechtsfrage gemäß § 132 Abs. 2 GVG dem Großen Senat für Zivilsachen vorzulegen, obwohl er in derselben Sache ein anderes rechtliches Ergebnis als der II. Zivilsenat gefunden hat. Die Vorlagepflicht bestand nicht, da in den tragenden Gründen der Entscheidung des II. Zivilsenats die Frage der Rechtsfähigkeit keine Rolle spielte.¹⁴ Beachtlich ist jedoch, dass sich der V. Zivilsenat gegenüber der Entscheidung des II. Zivilsenats quasi blind erwies, da diese in den ausführlichen Beschlussgründen mit keiner Silbe erwähnt wird.

B. Die Begründung der Rechtsfähigkeit durch den BGH – kritische Anmerkungen hierzu –

Der BGH referiert zunächst die herrschende Meinung, die sich gegen eine Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft ausspricht und davon ausgeht, dass bei einem

⁸ ZfIR 2004, 594 m. Anm. Rapp, ZfIR 2004, 596.

⁹ S. hierzu Drasdo, NJW 2004, 1988; Rapp, ZfIR 2004, 596.

¹⁰ ZfIR 2004, 594.

¹¹ NJW-RR 1991, 726.

¹² BayObLGZ 2004, 374.

¹³ Die Kritik von Lücke, ZfIR 2005, 516 und Bork, ZIP 2005, 1205, die Ausführungen zur Rechtsfähigkeit seien ein obiter dictum, trifft deshalb nicht zu.

¹⁴ MünchKommZPO/Wolf, 2. Aufl., § 132 GVG Rdnr. 8.

rechtsgeschäftlichen Handeln der Wohnungseigentümergeinschaft auf deren Seite lediglich eine Mehrheit von Berechtigten oder Verpflichteten (§§ 420 ff. BGB) gegeben ist (I.). Alsdann erwähnt der Senat die schon immer abweichende Meinung von *Bärmann* und diejenigen Stimmen, die sich im Anschluss an die Rechtsprechung des II. Zivilsenats zur Rechtsfähigkeit der GbR für eine solche der Wohnungseigentümergeinschaft ausgesprochen haben.¹⁵ Dieser Meinung schließt er sich an und entwickelt hierzu zwei unterschiedliche Begründungslinien (II.).

I. Die Auffassung von der fehlenden Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft

1. Darstellung des Meinungsstandes

Der BGH führt zunächst unter Zitierung von sechs eigenen Judikaten – darunter zwei des erkennenden V. Zivilsenats¹⁶ – aus, dass er selbst in ständiger Rechtsprechung von der fehlenden Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft ausgegangen sei. Dem hat sich die gesamte übrige Rechtsprechung und der allergrößte Teil der Literatur angeschlossen. Die Begründung hierfür wurde überwiegend in einer Wortauslegung des Gesetzes gefunden (Überschrift des II. Abschnittes „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer“; § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG: „Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander“; § 27 Abs. 2 WEG: „Handeln im Namen aller Wohnungseigentümer“). Zitiert wird auch die Auffassung, die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer beruhe lediglich auf der Bruchteilsgemeinschaft in Ansehung des gemeinschaftlichen Eigentums.

2. Keine gesetzlichen Vorgaben zur Rechtsfähigkeit

Der BGH hält alsdann fest, dass das WEG keine ausdrückliche Regelung zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft enthalte, schließe eine solche aber auch nicht aus (Beschluss III.4.). Das Fehlen von Vorgaben für die Rechtsfähigkeit sei ähnlich wie im Falle der GbR zu beurteilen, bei der hieraus ebenfalls nicht gefolgert worden sei, dass dies der Rechtsfähigkeit entgegenstehe [III.4.b) der Gründe]. Hierzu ist jedoch kritisch anzumerken, dass der II. Zivilsenat die Rechtsfähigkeit der GbR maßgeblich daraus abgeleitet hat, dass diese gemäß § 718–720 BGB über ein vom Vermögen des einzelnen Gesellschafters *abgesondertes Gesamthandsvermögen* verfügt [Gründe A.I.2.a)]. Der V. Zivilsenat führt weiter aus, dass die sachenrechtliche Bruchteilsgemeinschaft bezüglich des einzelnen Wohnungseigentums das Bestehen eines überindividuellen Personenverbandes in Bezug auf die Teilnahme am Rechtsverkehr bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nicht ausschließe [III.4.c) der Gründe].

Methodisch ist anzumerken, dass der BGH zur Frage der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft eine Lücke im Gesetz konstatiert, die auszufüllen er im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung berechtigt ist. Rechtsmethodische Überlegungen fehlen jedoch in diesem Zusammenhang der Beschlussgründe. So kann mit guten Gründen bezweifelt werden, ob überhaupt eine Lücke im Gesetz vorliegt und – selbst wenn dies bejaht wird – ob die Voraussetzungen für eine richterliche Rechtsfortbildung vorliegen (siehe hierzu unten IV.).

¹⁵ Siehe die in Fn. 1 bis 4 Genannten.

¹⁶ BGHZ 142, 290, 294 = DNotZ 2000, 198 ff.; inzident auch BGH, NJW 1989, 2535.

II. Begründungslinien des BGH

Für die Annahme der Rechtsfähigkeit entwickelt der BGH zwei Begründungslinien: Er sieht zum einen eine körperchaftlich organisierte Struktur der Wohnungseigentümergeinschaft (1.), zum anderen verweist er auf die Entstehungsgeschichte und den Regelungszusammenhang der §§ 27, 28 WEG (2.).

1. Die organisatorische Struktur der Wohnungseigentümergeinschaft

Nach Auffassung des Senats spricht zunächst die organisatorische Struktur der Wohnungseigentümergeinschaft für deren Teilrechtsfähigkeit.

a) Wohnungseigentümergeinschaft und Satzung

Dabei verweist er als Erstes darauf, dass die *Wohnungseigentümergeinschaft über eine eigene Satzung verfüge* (§ 10 Abs. 1 Satz 2 WEG), was über die bloße Gemeinschaft nach den §§ 741 ff. BGB hinausgehe und die Wohnungseigentümergeinschaft dem Verein annähere. Dies ist, jedenfalls in dieser Verallgemeinerung nicht zutreffend. Die Wohnungseigentümergeinschaft entsteht durch Abschluss eines dinglichen Vertrages gemäß §§ 3, 4 WEG oder durch einseitige Teilung gemäß § 8 WEG und – in beiden Fällen – durch Eintragung in das Grundbuch. Die Feststellung einer Satzung, wie bei Körperschaften, ist für die Entstehung einer Wohnungseigentümergeinschaft nicht konstitutiv. Das Rechtsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und die Regelungen über die Verwaltung bestimmen sich nach den gesetzlichen Vorschriften der §§ 10 ff., 20 ff. WEG. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist danach ein gesetzlich geregeltes Rechtsverhältnis, das ohne weiteres mit Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft wirksam wird. Man spricht dann von einem Wohnungseigentum mit gesetzlichem Inhalt.¹⁷

Allerdings haben die Wohnungseigentümer die Möglichkeit, „von den Vorschriften dieses Gesetzes abweichende Vereinbarungen zu treffen, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist“ (§ 10 Abs. 1 Satz 2 WEG). Der Abschluss abweichender Vereinbarungen ist danach keinesfalls zwingend, sondern fakultativ. Wünschen die Wohnungseigentümer, dass Sondernachfolger an die Vereinbarungen gebunden sind, haben sie darüber hinaus die Möglichkeit, diese „als Inhalt des Sondereigentums“ in das Grundbuch eintragen zu lassen (§§ 10 Abs. 2, 5 Abs. 4, 8 Abs. 2 WEG). Auch diese Eintragung in das Grundbuch ist nicht zwingend; die Vereinbarungen sind auch ohne Eintragung gültig, verbleiben dann jedoch in der schuldrechtlichen Ebene. Nur mit Eintragung wird die dingliche Wirkung gegenüber jedem Sondernachfolger bewirkt und damit der rechtliche Status erreicht, den der BGH als „eigene Satzung“, nämlich die Gemeinschaftsordnung, qualifiziert.

Auch im Recht der Bruchteilsgemeinschaft gemäß §§ 741 ff. BGB besteht die Möglichkeit, die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung zu regeln, was bei einem Grundstück mit entsprechender Grundbucheintragung auch gegenüber Sondernachfolgern wirksam ist (§§ 745 Abs. 2, 746, 1010 Abs. 1 BGB). Es ist zwar rechtstatsächlich so, dass die große Mehrzahl aller Wohnungseigentümergeinschaften über im Grundbuch eingetragene Vereinbarungen verfügt, dem gesetzlichen Grundtypus entspricht dies jedoch nicht.

¹⁷ BGH, NJW 2002, 2713.

b) Wohnungseigentümergeinschaft und Mehrheitsentscheidung

Der BGH verweist zur Darstellung der körperschaftlichen Struktur der Wohnungseigentümergeinschaft auf § 25 Abs. 1 WEG, wonach die Angelegenheiten der Wohnungseigentümergeinschaft durch Mehrheitsbeschluss entschieden werden. Darin sieht er „ein typisches Merkmal rechtsfähiger Verbände“ [Beschlussgründe III.5. b)].

Auch dieser Aussage kann, jedenfalls in ihrer Verallgemeinerung, nicht beigetreten werden. Gesetzlich angeordnete oder zugelassene Mehrheitsentscheidungen finden sich sowohl bei rechtsfähigen wie auch bei nicht rechtsfähigen Organisationen. Mehrheitsentscheidungen gibt es beim rechtsfähigen Verein (§ 32 Abs. 1 Satz 3 BGB), aber auch beim nicht rechtsfähigen Verein, bei der nicht rechtsfähigen Bruchteilsgemeinschaft (§ 745 Abs. 1 BGB) und der nicht rechtsfähigen Erbengemeinschaft (§§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 1 BGB). Die Beschlussfassung mit Mehrheit ist danach ein demokratisches Organisationsprinzip, das mit der Rechtsfähigkeit nicht zusammenhängt. Organisationsfragen muss der Gesetzgeber sowohl für rechtsfähige als auch für nicht rechtsfähige Personenmehrheiten regeln. Aus ihrem Vorhandensein kann deshalb kein Rückschluss auf die Rechtsfähigkeit gezogen werden.

c) Organe der Wohnungseigentümergeinschaft

Im Rahmen der Darstellung der körperschaftlichen Struktur der Wohnungseigentümergeinschaft beschreibt der Senat alsdann deren Organe, nämlich die Eigentümerversammlung, den Verwalter und – fakultativ – den Verwaltungsbeirat. Den Verwalter bezeichnet er „nach § 26 Abs. 1 Satz 4 WEG als unabdingbares Organ der Wohnungseigentümergeinschaft“. Abgesehen davon, dass es sich bei der Berufung auf § 26 Abs. 1 Satz 4 WEG um ein offensichtliches Fehlzitat handelt, stimmt die Aussage nicht, dass der Verwalter unabdingbar sei. Zwingend vorgeschrieben ist lediglich, dass seine Bestellung nicht ausgeschlossen werden kann (§ 20 Abs. 2 WEG). Kennzeichen aller körperschaftlich verfassten rechtsfähigen Organisationen ist jedoch, dass sie einen gesetzlichen Vertreter haben müssen (§ 26 Abs. 1 BGB, §§ 23 Abs. 2 Nr. 6, Abs. 3, 76 Abs. 1 AktG, § 35 Abs. 1 GmbHG; Art. 38 BayGO). Eine rechtsfähige Einheit ohne gesetzlichen Vertreter ist nicht denkbar¹⁸, da sie im Rechtsverkehr nicht handlungsfähig wäre und sie auch nicht jederzeit verklagt werden könnte (weil niemand da wäre, der sie im Rechtsstreit vertritt). Der Verwalter ist jedoch unbestritten nach § 27 WEG kein gesetzlicher Vertreter mit einer umfassenden gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretungsbefugnis. Dies ergibt sich gerade auch aus der vom BGH zitierten Entstehungsgeschichte des Gesetzes, bei der dem Verwalter die in ausländischen Rechtsordnungen bekannte Rolle eines gesetzlichen Vertreters gerade nicht beigemessen werden sollte. Auch der *Eigentümerversammlung* kommt keine Rolle als gesetzlicher Vertreter zu. Sie dient, wie die §§ 23 ff. WEG zeigen, ausschließlich der internen Willensbildung. Eine Vertretung gegenüber Dritten kommt, wie sich aus § 27 i. V. m. § 10 Abs. 4 WEG ergibt, nur durch den Verwalter oder durch die Mehrheit der Wohnungseigentümer gegenüber der Minderheit derselben in Betracht. Das Fehlen eines gesetzlichen Vertretungsorgans spricht jedoch zwingend gegen die Rechtsfähigkeit.

Gegen die Organ-Qualifikation des Verwalters ist auch einzuwenden, dass die gesetzlichen Vertreter rechtsfähiger Einheiten des Privatrechts in einem öffentlichen Register, dem

zumindest negative Publizität zukommt, eingetragen sein müssen (§ 68 BGB, § 15 HGB). Ein solches existiert für den Verwalter von Wohnungseigentum nicht; dabei wäre es ein Leichtes gewesen, ihn in das Grundbuch eintragen zu lassen. Dem kann auch das Publizitätsdefizit der GbR nicht entgegengehalten werden: Bei der GbR besteht das Prinzip der Selbstorganschaft, bei der eine Vertretung nur durch einen Gesellschafter möglich ist. Sicher ist jedenfalls, dass der Nachweis der Verwaltereigenschaft in der Form des § 26 Abs. 4 WEG nicht die Wirkung der registergerichtlichen Publizität hat. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Verwaltereigenschaft im Falle des § 26 Abs. 4 WEG nur im Bedarfsfalle nachzuweisen ist (das ist im Regelfalle bei einer Grundbucheintragung). Das Grundbuchamt hat jedoch keinerlei registergerichtliche Funktion für die Wohnungseigentümergeinschaft.¹⁹ Weil der Verwalter kein gesetzlicher Vertreter ist, hat er nach § 27 Abs. 5 WEG ein Recht, von den Wohnungseigentümern die Ausstellung einer „Vollmachtsurkunde“ zu verlangen, aus der der Umfang seiner Vertretungsmacht ersichtlich ist.²⁰

d) Unauflöslichkeit der Wohnungseigentümergeinschaft

Zum Abschluss seiner ersten Argumentationslinie weist der BGH auf die Unauflöslichkeit der Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 11 WEG hin. Wegen der hierdurch begründeten Dauerhaftigkeit stehe „die Wohnungseigentümergeinschaft einer juristischen Person näher als der einfachen Bruchteilsgemeinschaft“. Auch hiermit kann die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nicht bewiesen werden. Dies zeigt sich schon daran, dass alle rechtsgeschäftlich begründeten juristischen Personen mit entsprechenden Mehrheiten ihrer Mitglieder wieder aufgelöst werden können. Die juristische Person weist also insoweit eine Parallellität zu der nicht rechtsfähigen allgemeinen Bruchteilsgemeinschaft auf. Die Unauflöslichkeit der Wohnungseigentümergeinschaft gemäß § 11 WEG hat einen ganz anderen Zweck: Sie ist Ausdruck der *Eigentumsqualität des Sondereigentums*, das gerade nicht zur Disposition einer Mehrheit stehen soll und das deshalb (grundsätzlich) nur durch Vertrag *aller* Miteigentümer wieder aufgehoben werden kann. Als Ausgleich für die Unauflöslichkeit gibt es deshalb gemäß § 18 WEG die Möglichkeit des Ausschlusses eines Wohnungseigentümers aus der Gemeinschaft, wenn das Zusammenleben mit ihm unzumutbar geworden ist.

2. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes

In seiner zweiten Begründungslinie, die der BGH selbst als „entscheidend für die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft“ bezeichnet, wendet er sich zunächst der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu. Zum richtigen Verständnis der folgenden Ausführungen ist zunächst auf das Zitat des BGH aus den Gesetzesmaterialien zu verweisen.²¹

Aus dem letzten Satz dieses Auszugs aus der Gesetzesbegründung („[die gesamtschuldnerische Haftung aller Eigenwohner] ist auch entbehrlich, da der Verwalter nötigenfalls die Zahlung von Vorschüssen verlangen kann, wenn er seine Auslagen nicht aus vorhandenen Beständen zu decken vermag“) leitet der BGH eine rechtliche Verselbständigung des Verwal-

¹⁹ Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl., § 26 Rdnr. 45; Staudinger/Bub, WEG, § 26 Rdnr. 524.

²⁰ Weitnauer/Lüke, § 27 Rdnr. 34.

²¹ MittBayNot 2005, 495, 498 unter III. 5. e) der Gründe (in diesem Heft).

tungsvermögens gegenüber den einzelnen Wohnungseigentümern ab. Die Anerkennung eines teilrechtsfähigen Subjektes sei daher nur die rechtliche Konsequenz des vom Gesetzgeber „geäußerten Willens“. Das eigenständige Finanz- und Rechnungswesen versetze den Verwalter in die Lage, die erforderlichen Zahlungen der Gemeinschaft aus angesammelten oder einzufordernden Mitteln herbeizuführen. Der Verwalter sei dazu verpflichtet, die Wohnungseigentümer von einer persönlichen Inanspruchnahme freizuhalten.

Hierzu ist anzumerken, dass der Text der Gesetzesmaterialien bei unbefangener Betrachtung für eine gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer spricht. Nur eine solche lag in den Vorstellungsmöglichkeiten des historischen Gesetzgebers. Dieser wollte jedoch aus sozialpolitischen Gründen eine solche existenzgefährdende Haftung, die quantitativ weit über die Haftung bei einem Einfamilienhaus hinausgehen kann, soweit als möglich ausschließen.²² Deshalb ist die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Verwalters weitgehend eingeschränkt.²³ Dieser Risikoabschluss oder jedenfalls diese Risikominderung wird dadurch erreicht, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die laufenden Betriebsmittel in Form von Vorschussleistungen der einzelnen Wohnungseigentümer stets verfügbar hat und für außerordentliche Aufwendungen, insbesondere größere Instandhaltungs- bzw. Instandsetzungsmaßnahmen, Kapital angesammelt wird. Die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Verwalters ist deshalb (grundsätzlich) auf die Durchführung von Beschlüssen der Wohnungseigentümer (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG) beschränkt. Eine gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer, die tatsächlich bei fehlender Rechtsfähigkeit zu bejahen ist, ist diesen jedoch dann zumutbar, wenn sie eine Maßnahme selbst beschlossen haben.²⁴ In diesem Falle haben es nämlich die Wohnungseigentümer in der Hand, Beschlüsse, deren Ausführung zur gesamtschuldnerischen Haftung führt, nur dann zu fassen, wenn die erforderlichen Mittel vorhanden sind, womit über den Freistellungsanspruch des § 16 Abs. 2 WEG die gesamtschuldnerische Haftung sich nicht realisieren kann.

Die vom BGH angewandte historische Auslegung ist überdies methodisch fraglich, da der Gesetzgeber des Jahres 1950 die Rechtsfähigkeit von Personenverbänden, wie diese heute verstanden wird, noch gar nicht kannte. Der historische Gesetzgeber des WEG kannte als rechtsfähige Subjekte nur die natürliche Person und die juristische Person. Die Auffassung von der beschränkten Rechtssubjektivität eines Gesamthandsverbands wurde erst 1972 von *Flume*²⁵ in die Diskussion eingeführt und hat sich letztendlich mit der BGH-Entscheidung²⁶ über die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR durchgesetzt. Ein in Richtung „Rechtsfähigkeit“ zu verstehender Wille des historischen Gesetzgebers des WEG ist deshalb nicht nachweisbar. Bei der Gesetzesauslegung anhand der historischen Methode ist jedoch von den Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers vor dem Hintergrund der damaligen Lehre und Rechtsprechung und der vom damali-

gen Gesetzgeber vorgefundenen Normsituation auszugehen.²⁷ Im Jahre 1950 gab es aber die heutige Rechtsfähigkeit von Verbänden, angesiedelt zwischen der natürlichen Person und der juristischen Person, noch nicht. Bei der historischen Auslegungsmethode ist es unzulässig, die damaligen Texte anhand des heutigen Normverständnisses zu objektivieren.

3. Der Regelungszusammenhang des Gesetzes

Ebenfalls in der zweiten Begründungslinie des BGH und gleichwertig mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes be ruft sich der V. Senat zur Begründung der Rechtsfähigkeit auf den Regelungszusammenhang des Gesetzes, indem er die §§ 27, 28 WEG analysiert. Dabei stellt das Gericht zutreffend das eigenständige Finanz- und Rechnungswesen der Wohnungseigentümergeinschaft dar. Es ist dadurch gekennzeichnet, dass unabhängig von einem konkreten Verpflichtungsanlass eine „Kapitalbevorratung“ besteht, mit deren Hilfe Verpflichtungen erfüllt werden. Damit wird der Betrieb der Wohnanlage, deren Instandhaltung und Instandsetzung permanent gewährleistet. Die Wohnungseigentümer leisten hierzu von ihnen selbst beschlossene Beiträge in die gemeinschaftliche Finanzmasse, was die Zahlungsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft sicherstellt. Ein solches Finanzierungssystem kennt die Bruchteilsgemeinschaft gemäß §§ 741 ff. BGB nicht. Aus dem Finanzierungssystem der Wohnungseigentümergeinschaft kann jedoch nicht auf deren Rechtsfähigkeit geschlossen werden. Es besagt nämlich nichts darüber, ob mit seiner Hilfe Verbindlichkeiten einer rechtsfähigen Gemeinschaft getilgt werden oder ob – bei fehlender Rechtsfähigkeit derselben – die im Außenverhältnis direkt verpflichteten einzelnen Wohnungseigentümer von der gesamtschuldnerischen Haftung lediglich freigestellt werden. Beide Lösungen sind denkbar. Bei Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft kommt eine (primäre) Haftung des einzelnen Wohnungseigentümers nicht in Betracht; fehlt die Rechtsfähigkeit, liegt eine Mehrheit von Berechtigten und Verpflichteten vor, mit der Konsequenz, dass für Verpflichtungen die einzelnen Wohnungseigentümer (im Regelfalle) als Gesamtschuldner gemäß § 427 BGB haften.

Zum Regelungszusammenhang des Finanz- und Rechnungswesens der Wohnungseigentümergeinschaft (§§ 27, 28 WEG) gehört deshalb auch die Frage, ob es aus dem WEG Anhaltspunkte für eine unmittelbare Außenhaftung des einzelnen Wohnungseigentümers für rechtsgeschäftliche Verpflichtungen gibt oder nicht. Haften nämlich die einzelnen Wohnungseigentümer persönlich und gesamtschuldnerisch, so schließt dies die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft aus. An dieser Stelle der Argumentationskette des BGH fällt auf, dass § 10 Abs. 4 WEG nicht einbezogen wurde.²⁸ Nach dieser Vorschrift wirken Rechtshandlungen, die aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses ausgeführt werden, „auch für und gegen die Wohnungseigentümer, die gegen den Beschluss gestimmt oder an der Beschlussfassung nicht mitgewirkt haben“. Zur Auslegung des § 10 Abs. 4 WEG ist es lohnenswert aus dem allgemeinen Gemeinschaftsrecht § 745 Abs. 1 BGB zu betrachten. Danach kann durch „Stimmenmehrheit“ eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende, ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Der Vorschrift kommt nicht nur Innenwirkung sondern auch Außenwirkung zu. Der Mehrheitsbeschluss verleiht der

²² KG, NJW 2002, 3482, 3483; MünchKommBGB/Schmidt, §§ 744, 745 Rdnr. 31; *Schnorr*, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen, 2004, 240: die teilschuldnerische Haftung – § 748 BGB – solle nicht durch eine gesamtschuldnerische – § 427 BGB – ersetzt werden.

²³ BGHZ 67, 232, 240; BGH, NJW 2005, 2063.

²⁴ *Armbrüster*, FS Wenzel, S. 95 f.; *Hagen*, MittBayNot 1985, 61.

²⁵ ZHR (136) 1972, 177; siehe geschichtliche Darstellung bei BGH, MittBayNot 2001, 192 ff.

²⁶ MittBayNot 2001, 192.

²⁷ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 151; *Staudinger/Coing/Honsell*, BGB, 2004, Einl. Rdnr. 161.

²⁸ *Bork*, ZIP 2005, 1205, 1208.

Mehrheit Vertretungsmacht gegenüber der Minderheit.²⁹ Die Rechtsgeschäfte in Ausführung eines Mehrheitsbeschlusses gemäß § 745 Abs. 1 BGB werden danach im Namen aller Bruchteilseigentümer abgeschlossen. Sie berechtigen und verpflichten alle Bruchteilseigentümer, auch die unterlegene Minderheit, unmittelbar. Eine identische Wirkung ordnet § 10 Abs. 4 WEG für die nicht zustimmenden Wohnungseigentümer an. Der Mehrheitsbeschluss bindet danach nicht nur die überstimmte Minderheit im Innenverhältnis, was § 10 Abs. 3 WEG anordnet, sondern auch im Außenverhältnis. Die überstimmten Wohnungseigentümer werden durch Ausführungsgeschäften, die im Rahmen der Beschlusskompetenz³⁰ vorgenommen werden, unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Sie werden denjenigen Wohnungseigentümern, die der Mehrheit angehören, gleichgestellt. Während jedoch die Mehrheit selbst handelt (oder den Verwalter in ihrem Namen handelt lässt), wird die Minderheit in Verwaltungsangelegenheiten durch die Mehrheit dominiert.

§ 10 Abs. 4 WEG setzt deshalb eine unmittelbare und persönliche Außenhaftung eines jeden einzelnen Wohnungseigentümers voraus. Bei Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft besteht eine solche Haftung, wie der BGH zu Recht ausführt, nicht. Dann wäre jedoch die Vorschrift des § 10 Abs. 4 WEG ohne jede Bedeutung. Der Blick auf diesen Regelungszusammenhang fehlt bei der Begründung des BGH. Der Regelungszusammenhang spricht deshalb gegen eine Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft.

4. Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft und Rechtspraxis

Die vorstehend beschriebenen Begründungslinien des BGH für seine Rechtsansicht über die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft werden von diesem unterstützt durch die Beschreibung „praxisrelevanter Rechtsprobleme“, die nur bei Rechtsfähigkeit schlüssig zu lösen seien.

a) Forderungen der Wohnungseigentümergeinschaft

Der BGH wendet sich zunächst dem Schicksal gemeinschaftlicher Forderungen bei einem Eigentümerwechsel zu. Mit den gemeinschaftlichen Forderungen meint er solche, die der Wohnungseigentümergeinschaft zustehen; dies betrifft vor allem Bankguthaben, auf denen Mittel für die laufenden Betriebskosten sowie Rücklagenbeträge gebucht sind. Hier sieht der Senat die Frage, wem diese Mittel nach einem Eigentümerwechsel bei einer Eigentumswohnung zustehen. Er möchte auf jeden Fall vermeiden, dass es zu einem Auseinanderfallen zwischen dem gemeinschaftlichen Eigentum im Sinne von § 1 Abs. 5 WEG und der Berechtigung am Verwaltungsvermögen, insbesondere an den Forderungen der Gemeinschaft kommt. Die Frage ist unbestritten im Sinne des gewünschten Ergebnisses gelöst, wenn man die gemeinschaftlichen Forderungen einer rechtsfähigen Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zuordnet. In diesem Falle ist Träger des Verwaltungsvermögens die rechtsfähige Gemeinschaft mit der Folge, dass ein „Mitgliederwechsel“ auf die Rechtsinhaberschaft ohne Einfluss ist. Dies ist jedoch nicht der einzig gangbare Weg:

Auch ohne Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft lässt sich eine Lösung finden, die zu einem Gleichlauf des Verwaltungsvermögens, insbesondere der gemeinschaftlichen Forderungen, mit dem Wohnungseigentum führt: § 16 Abs. 2 WEG verpflichtet jeden Wohnungseigentümer gegenüber den anderen Wohnungseigentümern, die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils zu tragen. Der Verpflichtung eines jeden Wohnungseigentümers entspricht die Berechtigung der anderen Wohnungseigentümer, von einer persönlichen Inanspruchnahme freigestellt zu werden. Um die Freistellung zu gewährleisten, ist jeder Wohnungseigentümer gemäß § 28 Abs. 2, 5 WEG verpflichtet, Vorschussleistungen und Abschlussleistungen auf diese Kosten und Lasten zu erbringen. Die Zahlungen eines jeden Wohnungseigentümers an die Gemeinschaft stellen sich danach als Sicherheitsleistung eines jeden Wohnungseigentümers gegenüber allen anderen Wohnungseigentümern für den Zweck dar, die Inanspruchnahme aus einer gesamtschuldnerischen Haftung eines jeden Wohnungseigentümers im Außenverhältnis auszuschließen. Abgesichert wird die Freistellungsverpflichtung eines jeden Wohnungseigentümers gegenüber allen anderen. Sie ist eine gesetzliche Verpflichtung, die sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis ergibt (§ 16 Abs. 2 WEG) und die auch, wie sich aus § 748 BGB ergibt, dem allgemeinen Gemeinschaftsrecht entspricht.³¹ Der Unterschied zwischen dem allgemeinen Gemeinschaftsrecht nach §§ 741 ff. BGB und der Wohnungseigentümergeinschaft besteht darin, dass bei ersterem Fall der gesetzliche schuldrechtliche Freistellungsanspruch (§ 748 BGB) ungesichert ist, weil § 748 BGB für sich alleine keine Rechtsgrundlage für eine Rücklagenbildung darstellt,³² während die §§ 16 Abs. 2, 28 Abs. 5 WEG diesem Freistellungsanspruch eine dingliche Sicherheit verschaffen. Die Instandhaltungsrücklage ist danach ein zweckgebundenes Verwaltungsvermögen, bei dem bereits de lege lata die Pflicht des bisherigen Wohnungseigentümers besteht, die Umbuchung der anteiligen Forderungen zugunsten eines jeden Erwerbers – auch eines Erstehers in der Zwangsversteigerung – zu dulden.³³ Der Freistellungsanspruch steht gemäß § 16 Abs. 2 WEG dem jeweiligen Wohnungseigentümer zu; er ist danach gesetzlicher Inhalt des Wohnungseigentums.

Sicherungsrechte gehen jedoch, wie sich aus §§ 401 Abs. 1, 1153 und 1250 BGB ergeben, akzessorisch mit demjenigen Anspruch auf den neuen Berechtigten über, zu dessen Sicherung sie bestellt sind. Mit dem Eigentümerwechsel bezüglich eines Wohnungseigentums geht der Anspruch der verbleibenden Wohnungseigentümer auf Befreiung von der gesamtschuldnerischen Haftung im Außenverhältnis zwar nicht auf den neuen Wohnungseigentümer über; da dieser Anspruch jedoch nach dem Ausscheiden des bisherigen Wohnungseigentümers aus der Gemeinschaft – möglicherweise – schwieriger zu realisieren ist, benötigt diese hierfür eine Sicherheit. Sie besteht im Übergang der vom ausgeschiedenen Wohnungseigentümer geleisteten anteiligen Sicherheit auf den neuen Wohnungseigentümer. Der neue Wohnungseigentümer leistet somit Sicherheit für die Freistellungsverpflichtung des ausgeschiedenen Wohnungseigentümers. Dies ist der Inhalt des § 16 Abs. 2 i. V. m. mit §§ 28 Abs. 2, 5 WEG. Damit besteht zwischen dem Wohnungseigentum und dem Verwaltungsvermögen eine Akzessorität wie zwischen Forderung

²⁹ BGHZ 56, 49; die Mehrheitsbefugnisse sind in Einzelheiten unstritten, vgl. MünchKommBGB/Schmidt, 4. Aufl., § 745 Rdnr. 31; Staudinger/Langhein, § 745 BGB Rdnr. 33 ff.; Schnorr (Fn. 22), S. 238 ff.

³⁰ BGH, DNotZ 2000, 854.

³¹ MünchKommBGB/Schmidt, § 748 Rdnr. 11.

³² MünchKommBGB/Schmidt, § 748 Rdnr. 6 m. w. N. in Fn. 19; Schnorr (Fn. 22), S. 274.

³³ Armbrüster, DNotZ 2003, 512; Wicke, ZfIR 2005, 301, 304.

einerseits und Hypothek/Pfandrecht andererseits (§§ 1153 Abs. 2, 1250 Abs. 1 BGB). Diese Regelung erhält die Funktionsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft unter dem Gesichtspunkt der Sicherung ihrer Zahlungsfähigkeit. Der Übergang des Anteils an den gemeinschaftlichen Geldern vollzieht sich beim rechtsgeschäftlichen Erwerb und beim Erwerb in der Zwangsversteigerung in identischer Weise.³⁴ Auch bei einem gesetzlichen Eigentumsübergang durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung geht der Anteil an den gemeinschaftlichen Geldern als Sicherheitsleistung auf den Ersteher über. Das Verwaltungsvermögen ist dabei als wert erhöhende Sicherheit bei der Feststellung des Verkehrswertes gemäß § 74 a Abs. 5 ZVG zu berücksichtigen.

b) Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft und Haftungsverfassung

Als „entscheidende Konzeptionsschwäche“ der Auffassung von der fehlenden Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft bezeichnet der BGH deren Haftungssystem. Hierbei geht es um die Frage, wer bei Dauerschuldverhältnissen, in deren Verlauf sich ein Eigentumswechsel ereignet, im Außenverhältnis verpflichtet ist.

Als „Paradefall“ kann hier das „Olympiadorf“ Außenverhältnis³⁵ herangezogen werden: Eine Wohnungseigentümergeinschaft hat im Jahr 1976 einen Vertrag betreffend Betrieb von Infrastruktureinrichtungen abgeschlossen. Im Jahre 2000 werden von dieser Gemeinschaft die Zahlungen auf diesen Vertrag eingestellt (siehe oben A. I.). Wer haftet für die Erfüllung dieses Vertrages? Die Wohnungseigentümer des Jahres 1976? Auch diejenigen Wohnungseigentümer des Jahres 1976, die ihr Wohnungseigentum zwischenzeitlich veräußert haben? Die Wohnungseigentümer des Jahres 2000? Die Wohnungseigentümer des Jahres 1976 und alle Wohnungseigentümer des Jahres 2000? Sicher ist, dass die Wohnungseigentümer des Jahres 2000 die – für sie unabdingbar notwendigen – Einrichtungen genau so nutzen, wie diejenigen aus dem Jahre 1976.

Der BGH verwirft hier die Lösung über eine vorab mit dem Gläubiger vereinbarte befreiende Schuldübernahme. Diese Lösung nimmt an, dass der Vertragspartner einer Wohnungseigentümergeinschaft einer Auswechslung von Eigentümern auf deren Seite im Voraus zustimme. Im Vertrag zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber des Wohnungseigentums trete der letztere deshalb zumindest konkludent (und mit Zustimmung des Vertragspartners) in die Dauerschuldverhältnisse ein. Der BGH hält dies für eine Fiktion, um das gewünschte Ergebnis zu erreichen [Beschlussgründe III. 6. d) aa)].

Dem kann nicht gefolgt werden. Bei großen Eigentümergemeinschaften besteht wegen der Vielzahl der gesamtschuldnerisch³⁶ haftenden Wohnungseigentümer nicht das besondere Interesse des Vertragspartners daran, sich den anderen Vertragsteil auszusuchen, da das Erfüllungsinteresse durch die Vielzahl der Schuldner faktisch gewährleistet ist. Je größer die Zahl der Schuldner für ein und dieselbe Verbindlichkeit, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Verbindlichkeit erfüllt wird. Werden deshalb in einem Vertrag die Wohnungseigentümer nicht namentlich als Vertragsschließende aufgezählt, sondern werden sie unter einer Sammelbezeich-

nung genannt, wie beispielsweise die Wohnungseigentümergeinschaft X-Straße Nr. ... oder Eigentumswohnungsanlage Y-Straße Nr. ..., so ist aufgrund der Verkehrssitte gemäß § 157 BGB anzunehmen, dass der Gläubiger der Auswechslung des Vertragspartners von vornherein³⁷ zustimmt. Auf diese Weise abgeschlossene Verträge haben zur Folge, dass bei Veräußerung eines Wohnungseigentums der bisherige Wohnungseigentümer aus dem Vertragsverhältnis entlassen und der neue Wohnungseigentümer als Vertragspartner mit schuldbefreiender Wirkung für den bisherigen Wohnungseigentümer akzeptiert ist. Dies ist keine Fiktion, sondern Ergebnis einer Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB. Jedes andere Verhalten eines Wohnungseigentümers wäre in sich widersprüchlich. Der dem anderen Vertragsteil erkennbare Bindungswille eines jeden Wohnungseigentümers ist auf seine Eigentumszeit begrenzt. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass gemäß § 16 Abs. 2 WEG die Verpflichtung zur Lasten- und Kostentragung nicht davon abhängt, dass ein Wohnungseigentümer gemeinschaftliche Einrichtungen tatsächlich benutzt; es genügt, dass er sie benutzen kann. Auch dies führt zur Annahme des hier gefundenen Auslegungsergebnisses: Es wäre schlicht widersprüchlich anzunehmen, dass ein Wohnungseigentümer im Innenverhältnis zur Lasten- und Kostentragung verpflichtet ist, er aber gleichwohl im Außenverhältnis den Eintritt in einen Versorgungs- und/oder Wartungsvertrag o. Ä. abgelehnt habe.

Schließlich ist es auch kein „dem Willen des Gesetzgebers widerstrebendes Ergebnis, dass der ausgeschiedene Wohnungseigentümer Dritten noch als Gesamtschuldner für das Entgelt haftet, während die Leistungen dem Erwerber zugute kommen“ (Beschlussgründe III. 6. a. E.). So wie der ausgeschiedene Wohnungseigentümer für rückständige Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft, die zur Zeit seines Eigentums entstanden sind, weiter haftet, steht ihm auch weiterhin der Freistellungsanspruch gegenüber der Gemeinschaft zu, wofür er auch die entsprechenden Leistungen – Sicherheiten – erbracht hat. Im Übrigen vereinbart er mit seinem Vertragspartner – dem Erwerber –, ob und ggf. wie die noch von dem Dritten zu erbringenden Leistungen zu vergüten sind und ob er ggf. auch im Außenverhältnis vom Erwerber hierfür freigestellt wird.

c) Erwerb von Wohnungseigentum und Risikoverteilung

Wer Wohnungseigentum erwirbt, erwirbt in erster Linie sachenrechtliches Eigentum. Da es sich jedoch bezüglich der Komponente „gemeinschaftliches Eigentum“ um ein Rechtsverhältnis mit den anderen Wohnungseigentümern handelt, tritt der Erwerber von Wohnungseigentum kraft Gesetzes auch in alle Rechte und Verpflichtungen, die sich aus der Eigentümergemeinschaft ergeben, ein. Hierzu gehören sowohl die Rechte und Verpflichtungen gegenüber den anderen Wohnungseigentümern, also das Innenverhältnis wie auch, nach entsprechenden Vertragseintritten, solche im Außenverhältnis. Dies ist die zwingende Konsequenz davon, dass es sich bei Wohnungseigentum nicht um Alleineigentum handelt. Weil der Erwerber in schwebende Rechtsverhältnisse eintritt, ist deren wirtschaftliches Ergebnis bei Vertragsabschluss nicht immer absehbar. Dies ist die tiefere Ursache dafür, weshalb *Häublein* von einem „Theoriedefizit“ bei der Überleitung von Rechtsverhältnissen auf einen Rechtsnachfolger spricht und was der BGH als „praxisrelevante Rechtsprobleme“ bezeichnet, die

³⁴ Zu Recht die Forderung von *Häublein*, FS Wenzel, S. 175, 185.

³⁵ BGH, ZfIR 2004, 594.

³⁶ *Armbrüster*, FS Merle, S. 15; *Briesemeister*, FS Merle, S. 113.

³⁷ Zu Vertragseintritten im Recht des Wohnungseigentums aufgrund „konkludenter Zustimmung“ s. *Hügel*, FS Wenzel, S. 226 ff.

sich daraus ergäben, wenn man die Wohnungseigentümergeinschaft als nicht rechtsfähig annehme. Es ist dem BGH darin zuzustimmen, dass diese Fragen bei Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nicht auftreten. Berechtigt und verpflichtet ist dann ausschließlich die rechtsfähige Gemeinschaft; Überleitungsprobleme bei einem Eigentumswechsel treten nicht auf. Allerdings führt die Annahme der Rechtsfähigkeit zu einem Systembruch mit dem geltenden Recht und zu nicht akzeptablen rechtlichen Konsequenzen (s. Abschnitt III.).

In der Kautelarjurisprudenz ist der Rechtserwerb unter gleichzeitigem Eintritt in diverse Rechtsverhältnisse jedoch nichts Ungewöhnliches. Zu denken ist insbesondere an den Unternehmenskauf in der Form des asset deals. Auch hier erwirbt der Käufer sachenrechtliches Eigentum oder Miteigentum unter gleichzeitigem Eintritt in eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen (Arbeitsverhältnisse, noch nicht abgewickelte Einzelverträge etc.). Hinzu kommen latente privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Ansprüche (z. B. Gewährleistungsverpflichtungen, Nachforderung öffentlicher Abgaben). Auch unerwartete positive Zuflüsse bei einem Unternehmenskauf sind denkbar (z. B. Rückvergütung öffentlicher Abgaben, Zahlung auf eine Insolvenzquote).

Der Erwerb von Wohnungseigentum stellt sich als „kleiner Unternehmenskauf“ dar. Die finanziellen Auswirkungen für beide Vertragsteile können zwischen diesen im Rahmen der Vertragsfreiheit festgelegt werden.³⁸ Dies entspricht auch der tagtäglichen Wirklichkeit der notariellen Praxis. So ist es zwar richtig, dass die Belastung mit dem Jahresabschlusssaldo einer Wohnungseigentümergeinschaft denjenigen Wohnungseigentümer trifft, der Eigentümer im Zeitpunkt der Beschlussfassung ist, auch wenn er die Leistungen, für die er herangezogen wird, gar nicht verbraucht hat, weil sie nämlich vor seiner Eigentümerzeit an den Voreigentümer erbracht wurden. Die wirtschaftliche Seite hierzu lässt sich auf zweierlei Weise regeln: Entweder es wird im Erwerbsvertrag vereinbart, dass der Erwerber den Abschlussaldo trägt, dementsprechend wird er seine Gegenleistung für den Erwerb bemessen. Es lässt sich auch vereinbaren, dass der Abschlussaldo vom Veräußerer getragen wird und dieser den Erwerber von einer wohnungseigentumsrechtlichen Zahlungsverpflichtung freizustellen hat. Gleichgültig wie die Vertragsteile dies regeln, stellt sich das Ergebnis, wenn eine der eingegangenen Verpflichtungen nicht erfüllt wird: Es handelt sich dann nicht um ein spezifisch wohnungseigentumsrechtliches Problem, sondern um ein allgemeines Problem einer Leistungsstörung. Auf diese Weise lassen sich die Fragen der Rechtsnachfolge in Wohnungseigentum problemlos in das allgemeine Zivilrechtssystem einordnen. Es bedarf nicht der Annahme einer Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft.

III. Rechtsfolgen bei Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft

Die entscheidenden Konsequenzen einer Annahme der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft liegen im Haftungssystem derselben. Während bei einer Annahme der Nichtrechtsfähigkeit für die Rechtsbeziehungen der Gemeinschaft im Außenverhältnis die §§ 420 ff. BGB anwendbar sind, also eine Mehrheit von Berechtigten und Verpflichteten vorhanden ist, hat die Annahme der Rechtsfähigkeit zur Folge, dass nicht mehr die einzelnen Wohnungseigentümer

berechtigt und verpflichtet sind, sondern ausschließlich die rechtsfähige Gemeinschaft selbst. Sie ist kraft Rechtsfähigkeit ein eigenes Rechtssubjekt.

1. Die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtsverkehr

Der BGH führt die von ihm anerkannte Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft konsequent durch. Für ihr rechtsgeschäftliches Handeln haftet ausschließlich die Gemeinschaft selbst; eine akzessorische Haftung – analog §§ 128, 130 HGB – ist im Gesetz nicht vorgesehen und scheidet deshalb, auch zum Schutze der Wohnungseigentümer, aus. Der Senat bleibt hier allerdings eine Antwort auf die Frage schuldig, weshalb bei der GbR, bei der eine akzessorische Haftung ebenfalls nicht vorgesehen ist, eine Analogie zur Haftung bei der Offenen Handelsgesellschaft geboten sei. Was rechtfertigt es aus Sicht eines Gläubigers (Handwerker, Lieferant), dass die Gesellschafter einer GbR unbeschränkt und akzessorisch haften, Wohnungseigentümer jedoch nicht? Damit nimmt ein Rechtssubjekt am Rechtsverkehr teil, das nicht über ein gesetzliches Mindestkapital verfügt, für dessen Aufbringung und Erhaltung gesetzliche Regeln bestehen³⁹ und bei dem dieses Manko auch nicht durch eine akzessorische unbeschränkte Haftung seiner Mitglieder kompensiert wird. Der rechtsfähige eingetragene Verein ist hierzu nur scheinbar eine Parallele: Er ist ein *Idealverein*, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 21 BGB). Der „Betrieb“ einer Eigentumswohnungsanlage wäre jedoch ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb⁴⁰, der nicht in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins vorgenommen werden könnte. Die Kreditwürdigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft wird deshalb gegen null tendieren; sie wird die „Limited des Sachenrechts“.

Hieran ändert auch der Hinweis des BGH auf die Pfändung der Beitragsansprüche der Gemeinschaft gegenüber den einzelnen Wohnungseigentümern nichts. Dieser Weg ist äußerst mühsam und riskant; die einzelnen Wohnungseigentümer haften lediglich auf ihre eigene Beitragsquote, nicht gesamtschuldnerisch. Sie können ferner gegenüber einem Pfändungsgläubiger alle Einreden und Einwendungen geltend machen, die sie gegenüber dem Hauptgläubiger, der Wohnungseigentümergeinschaft, erheben können. Der Pfändungsgläubiger wird sich also beispielsweise mit folgenden Einwendungen gegenüber gepfändeten Beitragsforderungen auseinandersetzen müssen: Dem Wohnungseigentümer stehe gegenüber der Gemeinschaft ein Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 21 Abs. 2 WEG zu oder ein Minderungsanspruch wegen schlecht erbrachter Leistungen der Gemeinschaft (Heizung hat nicht die vereinbarte Temperatur!). Die Pfändung eines Schadensersatzanspruches der Gemeinschaft gegenüber denjenigen Wohnungseigentümern, die eine der ordnungsmäßigen Verwaltung entsprechende Beschlussfassung verweigern, ist ebenfalls kein Ausweg. Die Pfändung eines solchen Anspruchs durch Dritte (Gläubiger der Gemeinschaft) ist rein faktisch dadurch erschwert, dass die verantwortlichen Wohnungseigentümer überhaupt erst einmal ermittelt werden müssen.⁴¹ Der Gläubiger hat keinen Einblick in die Abläufe

³⁹ *Armbrüster*, FS Wenzel, S. 98; *Häublein*, FS Wenzel, S. 175, 199; *Derleder*, ZWE 2002, 193, 196.

⁴⁰ *K. Schmitt*, AcP 1982, 1, 17: Unternehmerische Tätigkeit in einem Binnenmarkt.

⁴¹ Auf das Informationsproblem weist auch *Lüke*, ZfIR 2005, 516, 518 hin; zur vergleichbaren Frage bei der GbR siehe *Ann*, MittBay-Not 2001, 198.

³⁸ So der ausdrückliche Hinweis in BGHZ 87, 144; ebenso *Weitnauer/Gottschalg*, WEG, 9. Aufl. 2004, § 16 Rdnr. 52 ff.; *Bork*, ZIP 2005, 1205, 1209 Fn. 30.

der Wohnungseigentümersammlung; „schlaue“ Gemeinschaften können Abstimmungen geheim durchführen mit der Konsequenz, dass ein „Schuldiger“ nicht ermittelt werden kann. Der Rechtsverkehr wird sich deshalb darauf einstellen, dass Wohnungseigentümergeinschaften entweder für vertragliche Leistungen Sicherheit zu leisten haben oder in Vorleistung gehen müssen. Die fehlende Kreditwürdigkeit erschwert die Teilnahme von Wohnungseigentümergeinschaften am Rechtsverkehr und fördert deshalb nicht die Verbreitung des Wohnungseigentums; sie läuft deshalb dem Zweck des WEG zuwider.⁴²

Besondere Probleme werden sich ergeben, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft *Werkleistungen* in Auftrag gibt. Ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 Abs. 1 Satz 1 BGB wird zu verneinen sein.⁴³ Besteller ist die rechtsfähige Gemeinschaft, Leistungsempfänger sind die einzelnen Wohnungseigentümer. Der Werkvertrag stellt sich danach als Vertrag zugunsten eines Dritten dar. Das Sondereigentum und das Gemeinschaftseigentum als echtes Eigentum sind nicht Teil des Vermögens des rechtsfähigen Verbandes und stehen deshalb für dessen Verbindlichkeiten nicht als Haftungsmasse zur Verfügung (BGH, Beschlussgründe, III. 10.). Der Werkunternehmer hat auch keinen Vergütungsanspruch nach bereicherungsrechtlichen Gesichtspunkten gemäß §§ 951 Abs. 1, 946 BGB; zwar erleidet er einen Rechtsverlust bei Einbau beweglicher Sachen in das Grundstück der Wohnungseigentümer, jedoch besteht hierfür ein Rechtsgrund, nämlich der Vertrag mit der rechtsfähigen Gemeinschaft.⁴⁴

2. Deliktische Haftung der Wohnungseigentümer

Der BGH anerkennt die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nur bei ihrer Teilnahme am Rechtsverkehr. Bei deliktischem Handeln der Wohnungseigentümer (z. B. Verletzung der Verkehrssicherungspflicht) bleibt es danach bei der gesamtschuldnerischen Haftung aller Wohnungseigentümer, § 840 BGB. Daneben stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des § 31 BGB auf die Wohnungseigentümergeinschaft bezüglich des Handelns des Verwalters. Sie wurde bisher verneint.⁴⁵ Nachdem jedoch die Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft bejaht ist und dem Verwalter Organeigenschaft beigelegt wird, ist auch die Organhaftung gemäß § 31 BGB zwingend. Hierfür spricht auch die Rechtsprechung des BGH zur Haftung der GbR entsprechend § 31 BGB.⁴⁶ Der II. Zivilsenat des BGH hat diese Haftung mit der körperschaftlichen Organisation der GbR und mit der sich hieraus ergebenden Rechtsfähigkeit derselben begründet. Die Ausdehnung der Haftung der Gesellschaft auf gesetzliche Verbindlichkeiten entspreche dem Gläubigerschutz. Anders als bei einer rechtsgeschäftlichen Haftungsbegründung könne sich der Gläubiger einer gesetzlichen Verbindlichkeit seinen Schuldner nicht aussuchen. Die Haftung aus § 31 BGB sei auch zumutbar, weil die Gesellschaft und ihre Gesellschafter in aller Regel auf Auswahl und Tätigkeit der Organmitglieder entscheidenden Einfluss nehmen können.⁴⁷ Diese Gesichtspunkte passen

deckungsgleich auf die Wohnungseigentümergeinschaft, die Wohnungseigentümer und den Verwalter. Der II. Zivilsenat ging allerdings bei der Haftung der GbR aus § 31 BGB noch einen Schritt weiter: Er nimmt auch insoweit eine akzessorische und gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter der GbR an.⁴⁸ Es bleibt abzuwarten, ob die Ablehnung einer akzessorischen Haftung der Wohnungseigentümer für vertragliche Verpflichtungen der rechtsfähigen Gemeinschaft auch auf die Organhaftung gemäß § 31 BGB ausgeweitet wird.

Soweit es sich bei der Organhaftung um die Verletzung vertraglicher oder vertragsähnlicher Verpflichtungen handelt tritt hierdurch kein Unterschied zur bisherigen Rechtslage ein: Der Verwalter war insoweit bisher als Erfüllungsgehilfe für die Wohnungseigentümer tätig; ihre Haftung für ihn ergibt sich aus § 278 BGB. Anders verhält es sich dagegen bei gesetzlichen Verpflichtungen, insbesondere bei Haftungen aus Delikt und aus Gefährdung. Die Organhaftung führt gemäß § 31 BGB zu einer zwingenden Haftung der Wohnungseigentümergeinschaft. Ein Entlastungsbeweis gemäß § 831 BGB, mit dem das fehlende Verschulden der Wohnungseigentümer dargetan werden konnte, ist nicht mehr möglich. Dies führt zu einer deutlichen Verschlechterung der Position des Wohnungseigentums; es tritt eine Situation ein, wie sie der historische Gesetzgeber durch Ablehnung der Organfunktion des Verwalters gerade vermeiden wollte.

3. Insolvenzfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft?

Über das Vermögen rechtsfähiger Verbände findet das Insolvenzverfahren statt (§ 11 InsO). Es führt zur Auflösung und meistens auch zur Beendigung des Verbandes. Für die Wohnungseigentümergeinschaft muss jedoch ein Insolvenzverfahren, unabhängig davon ob man sie als „Personengesellschaft“ i. S. v. § 11 InsO betrachtet, ausgeschlossen werden. Sie braucht für ihren Fortbestand das Verwaltungsvermögen, vor allem die Betriebsmittel. Werden ihr diese durch Insolvenz entzogen, käme dies ihrer Auflösung gleich; eine solche ist jedoch nach § 11 WEG ausgeschlossen.⁴⁹

4. Rechtsverhältnis rechtsfähige Gemeinschaft/ Wohnungseigentümer

Zur rechtlichen Struktur der rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft enthält die BGH-Entscheidung keine Aussage. Es fehlt vor allem eine Festlegung dazu, ob es sich bei dem rechtsfähigen Gebilde um eine Gesamthandsgemeinschaft oder um eine Bruchteilsgemeinschaft handelt. Letztendlich kann jedoch diese Frage offen bleiben, da jedenfalls der BGH von einer Sonderrechtsunfähigkeit des Anteils an der rechtsfähigen Gemeinschaft ausgeht. Dies bedeutet, dass die Mitgliedschaft in dieser rechtsfähigen Einheit eine Zwangsmitgliedschaft ist, die mit dem Erwerb des Wohnungseigentums erworben und mit seiner Veräußerung wieder verloren wird. Das Rechtsverhältnis zwischen dem rechtsfähigen Gebilde und dem einzelnen Wohnungseigentümer ist ein gesetzliches, keinesfalls ein vertragliches. Die Leistungen, die die rechtsfähige Gemeinschaft gegenüber dem einzelnen Wohnungseigentümer erbringt, erfolgen auf gesetzlicher Grundlage, nämlich der Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung. Der Anspruch eines jeden Wohnungseigentümers auf ordnungsmäßige Verwaltung wird von der rechtsfähigen

⁴² GmS-OGB, MittBayNot 1992, 387 ff.

⁴³ Bork, ZIP 2005, 1205, 1207; Hügel, DNotZ 2005, Heft 10.

⁴⁴ BGHZ 67, 232, 241.

⁴⁵ OLG Karlsruhe, OLGZ 1985, 145; für eine Haftung analog § 31 BGB jedoch MünchKommBGB/Reuter, 4. Aufl., § 31 Rdnr. 13.

⁴⁶ BGH, NJW 2003, 1445 = DNotI-Report 2003, 100; NJW 2003, 2985.

⁴⁷ BGH, NJW 2003, 1445, 1447.

⁴⁸ BGH, NJW 2003, 1445, 1447.

⁴⁹ Zur Insolvenz *Abramenko*, ZMR 2005, 585, 589; *Lieke*, ZfIR 2005, 516, 520; Hügel, DNotZ 2005, Heft 10.

Gemeinschaft erfüllt. Für eine rechtswidrige Nichterfüllung oder Schlechterfüllung von Verpflichtungen gegenüber einzelnen Wohnungseigentümern haftet die Gemeinschaft jedoch in entsprechender Anwendung vertragsrechtlicher Gesichtspunkte.

IV. Rechtsmethodische Überlegungen

Die Erweiterung der Teilrechtsfähigkeit auf die (Außen-)GbR durch den BGH⁵⁰ erfolgte im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung.⁵¹ Wie vorstehend aufgezeigt, sprechen gewichtige Gründe des Rechtssystems gegen eine richterliche Rechtsfortbildung im WEG in Richtung auf eine Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft. Gleichwohl müsste eine dementsprechende Forderung dann erhoben werden, wenn die Anerkennung der Rechtsfähigkeit das Institut des Wohnungseigentums stärken würde und die Zwecke des Gesetzes – Schaffung von breit gestreutem Grundstückseigentum – besser verwirklicht werden könnten.

Die Zubilligung der Rechtsfähigkeit an die GbR im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung führt zu erweiterten rechtlichen Möglichkeiten für diese Gesellschaftsform. Sie kann rechtliche Positionen einnehmen, die die Rechtsfähigkeit erfordern, also beispielsweise die Position als GmbH-Gesellschafter⁵², als Aktionärin⁵³, als Mitglied einer eingetragenen Genossenschaft⁵⁴ oder als Gesellschafterin einer anderen Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁵⁵. Die richterliche Rechtsfortbildung weitet somit die Anwendungsmöglichkeiten der Gesellschaftsform aus. Dies ist jedoch bei Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung nicht zu erwarten. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist auch als Personenmehrheit rechtlich gesehen ohne weiteres in der Lage, ihre Aufgabe wahrzunehmen. Von den Befürwortern der Rechtsfähigkeit ist bisher keine rechtliche Maßnahme aufgezeigt worden, an deren Verwirklichung die nichtrechtsfähige Gemeinschaft gehindert wäre und die zu einer Verbesserung und zu einer noch breiteren Anwendung des Institutes des Wohnungseigentums führen würde. Es ist allerdings zutreffend, dass große Wohnungseigentümergeinschaften sowohl im rechtsgeschäftlichen Verkehr als auch bei Prozesshandlungen und Grundbucheintragungen zu Praktikabilitätsproblemen führen. Diese stellen jedoch keinen Grund dar, entgegen der klaren Konzeption des Gesetzes der Wohnungseigentümergeinschaft Rechtsfähigkeit beizumessen.⁵⁶ Die vom BGH gesehenen praxisrelevanten Rechtsprobleme bestehen in Wirklichkeit nicht bzw. können systemkonform bewältigt werden.

V. Auswirkungen auf die notarielle Praxis

Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft eröffnet der notariellen Praxis neue Spielräume:

⁵⁰ BGH, MittBayNot 2001, 192.

⁵¹ MünchKommBGB/Ulmer, § 705 BGB Rdnr. 301; Schemmann, DNotZ 2001, 244, 245.

⁵² BGHZ 78, 311, 313 = DNotZ 1981, 299 (Leitsatz) = NJW 1981, 682.

⁵³ BGHZ 118, 83, 99 = MittBayNot 1992, 347 (Leitsatz) = MittRh-NotK 1992, 316.

⁵⁴ BGHZ 116, 86, 88 = NJW 1992, 499.

⁵⁵ BGH, MittBayNot 1998, 115.

⁵⁶ BayObLG, BayObLGZ 1984, 198; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 247; vgl. auch Staudinger/Coing/Honsell, Einl. BGB Rdnr. 212 ff.

1. Wiederherstellung der Kreditwürdigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft

Es ist zu überlegen, ob die durch die BGH-Rechtsprechung herabgesetzte Kreditwürdigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft durch die Gemeinschaftsordnung verbessert werden könnte. Dies wäre dadurch möglich, dass die Vertretungsbefugnis des Verwalters über die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft hinaus auf die einzelnen Wohnungseigentümer ausgeweitet werden könnte. Der BGH lässt ja ausdrücklich eine separate persönliche Verpflichtung der einzelnen Wohnungseigentümer neben derjenigen der Gemeinschaft zu (Beschlussgründe IV.). Anerkannt ist auch, dass die Befugnisse des Verwalters nach § 27 Abs. 3 WEG zwar nicht eingeschränkt, jedoch erweitert werden können. Dabei sollte es jedoch – zum Schutze der Wohnungseigentümer – dabei bleiben, dass eine persönliche Verpflichtung der Wohnungseigentümer nur eingegangen werden darf, wenn zumindest ein Mehrheitsbeschluss den Verwalter hierzu ermächtigt.

Formulierungsbeispiel:

„Der Verwalter vertritt bei der Ausführung von Beschlüssen die Wohnungseigentümer auch persönlich. Die Verpflichtung des einzelnen Wohnungseigentümers darf jedoch nicht weiter reichen als diejenige der Wohnungseigentümergeinschaft. Bei Abschluss von Rechtsgeschäften, die eine gesamtschuldnerische Verpflichtung der Wohnungseigentümer zur Folge haben, darf der Verwalter das Rechtsgeschäft nur vornehmen, wenn die hierfür erforderlichen Mittel im Verwaltungsvermögen auf Bankguthaben vorhanden sind.“

Eine solche erweiterte Vollmacht des Verwalters nimmt jedoch nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil, da § 893 BGB mangels einer Verfügung über ein Recht nicht anwendbar ist.

2. Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft

Die Wohnungseigentümergeinschaft ist, nach Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit, *uneingeschränkt grundbuchfähig*. Dabei ist jedoch zu unterscheiden, ob ein Recht zugunsten der Gemeinschaft zu bestellen ist, was nur möglich ist, wenn es zum Verwaltungsvermögen derselben gehört, oder zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Wohnungseigentumsgrundstücks. Forderungen der Wohnungseigentümergeinschaft können durch Grundpfandrechte aller Art gesichert werden. Benutzungsrechte können sowohl als beschränkt persönliche Dienstbarkeit wie auch als Grunddienstbarkeit bestellt werden.

Formulierungsbeispiel:

„Die Wohnungseigentümergeinschaft von FlNr. 100 Gemarkung X ist berechtigt, das Grundstück FlNr. 101 Gemarkung X zur Anlegung von 10 PKW-Stellplätzen mitzubedenzen. Hierfür wird die Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) zur Eintragung in das Grundbuch bewilligt und beantragt.“

Persönliche Rechte zugunsten der Eigentümergemeinschaft erlöschen jedoch mit Aufhebung des Wohnungseigentums; die Fälle, in denen ein Recht nur zugunsten einer Wohnungseigentümergeinschaft bestellt werden soll, dürften selten sein.

Die Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft schließt es ein, dass diese auch als Eigentümerin von Grundstückseigentum eingetragen werden kann.⁵⁷ Eine – sonderereigentumsfähige – Hausmeisterwohnung, bei der diese

⁵⁷ Hügel, DNotZ 2005, Heft 10.

Zweckbestimmung als Gebrauchsregelung gemäß § 15 WEG vereinbart ist, kann danach auf zweierlei Weise ausgewiesen werden: Zum einen kann sie, trotz Sondereigentumsfähigkeit, im Gemeinschaftseigentum gemäß § 1 Abs. 5 WEG verbleiben. Dies gilt selbst dann, wenn sie im Aufteilungsplan als Sondereigentum ausgewiesen und die Abgeschlossenheit baubehördlich bescheinigt ist. Zum anderen kann die Einheit als Sondereigentum ausgewiesen werden mit der Eigentümerin „Wohnungseigentümergeinschaft“. Sie gehört dann zum Verwaltungsvermögen der rechtsfähigen Gemeinschaft.

Die unterschiedliche Gestaltung hat auch unterschiedliche rechtliche Wirkungen. Liegt Gemeinschaftseigentum gemäß § 1 Abs. 5 WEG vor, so ist eine Verfügung über die sonder-eigentumsfähige Einheit nur durch *alle Wohnungseigentümer* möglich, indem nachträglich Sondereigentum (und damit auch Wohnungseigentum) begründet wird. Dies erfordert eine Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen, die nicht im Beschlusswege, sondern ausschließlich durch Auflassung gemäß § 4 WEG realisiert werden kann. Liegt dagegen Verwaltungsvermögen vor, so könnte eine Veräußerung der Wohnung durch Beschlussfassung im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung herbeigeführt werden. Unterschiede zeigen sich auch bei der Zwangsvollstreckung: Die Ausweisung als gemeinschaftliches Eigentum gemäß § 1 Abs. 5 WEG führt zur Unpfändbarkeit dieses Bestandteils des gemeinschaftlichen Eigentums, da jeder Anteil am gemeinschaftlichen Eigentum untrennbar mit dem Sondereigentum verbunden ist, § 6 Abs. 1 WEG. Diese untrennbare Verbindung kann nicht durch Pfändung eines Teiles der Komponenten aufgehoben werden. Liegt dagegen Verwaltungsvermögen vor, so genügt ein Titel gegen die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft, um die Zwangsvollstreckung in deren unbewegliches Vermögen gemäß §§ 864 ff. ZPO durchzuführen.

3. Zwangsvollstreckungsunterwerfung und dingliche Sicherung von Beitragsansprüchen

Gläubiger der Beitragsansprüche ist nach dem BGH-Beschluss die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft. Dies vereinfacht die Zwangsvollstreckungsunterwerfung bezüglich der Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft. Hier bestand bisher das Problem, dass Gläubiger nach Bruchteilen die übrigen Wohnungseigentümer waren, wobei für jede einzelne Fälligkeit tagesgenau die Personen als Gläubiger auszuweisen waren, die im Fälligkeitszeitpunkt Wohnungseigentümer sind.⁵⁸ Dagegen ergibt sich bei Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft eine sinnvolle Möglichkeit, die Verpflichtung eines jeden Wohnungseigentümers, sich wegen den Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, in die Gemeinschaftsordnung aufzunehmen. Allerdings besteht dabei die Problematik, dass die Höhe der künftigen Zahlungsverpflichtungen bei Vereinbarung der Gemeinschaftsordnung (noch) nicht festliegt. Eine Verpflichtung zur Unterwerfung, die jedoch erst eingeklagt werden müsste, vereitelt jedoch die mit ihr angestrebten Zwecke.⁵⁹ Die Durchsetzbarkeit einer solchen Verpflichtung für jeden Erwerber von Wohnungseigentum lässt sich jedoch dadurch herbeiführen, dass die Veräußerung des Wohnungseigentums der Verwalterzustimmung unterstellt wird. Weigert sich ein Erwerber des Wohnungseigentums, die Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu erklären, so kann der Verwalter rechtmäßig

die Zustimmung versagen, da von diesem Erwerber ein gemeinschaftswidriges Verhalten zu besorgen ist.

Die Verpflichtung zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung kann jedoch nur durch Gemeinschaftsordnung, also durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer und entsprechende Grundbucheintragung (§ 10 Abs. 2 WEG) eingeführt werden. Für eine Einführung durch Beschluss fehlt die Beschlusskompetenz.⁶⁰ Für bereits bestehende große Wohnungseigentümergeinschaften wird deshalb eine solche Verpflichtung – mangels Zustimmung *aller* Wohnungseigentümer – kaum mehr begründet werden können. Eine Ausnahme kann nur dann angenommen werden, wenn die bestehende Gemeinschaftsordnung eine Öffnungsklausel⁶¹ enthält, nach der mit einer bestimmten qualifizierten Mehrheit eine Änderung der Gemeinschaftsordnung beschlossen werden kann, was auch in das Grundbuch eingetragen werden muss.⁶²

Die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft erleichtert auch eine dingliche Sicherung ihrer Beitragsansprüche und macht damit eine Verbesserung der Rechtsposition der Wohnungseigentümergeinschaft bei Zahlungsunfähigkeit eines Wohnungseigentümers möglich. Die Gemeinschaft kann dahingehend abgesichert werden, dass bei jedem einzelnen Wohnungseigentum bereits bei Begründung desselben eine nicht abtretbare Buchgrundschuld zugunsten der Wohnungseigentümergeinschaft in das Grundbuch eingetragen wird. Die Höhe sollte den geschätzten zwei- bis vierfachen Jahresbetrag des Beitragsvolumens umfassen. In der Gemeinschaftsordnung könnte festgelegt werden, dass durch diese Buchgrundschuld alle Forderungen der Gemeinschaft gegenüber dem einzelnen Wohnungseigentümer abgesichert werden. Die Buchgrundschuld erhält (nach Tilgung etwaiger Globallasten) erste Rangstelle in Abteilung III des Grundbuchs. Eine Erschwerung der bankmäßigen Finanzierung dürfte hierdurch nicht eintreten, da ein wirtschaftliches Funktionieren der Wohnungseigentümergeinschaft auch im Interesse der Kreditgeber liegt. Durch diese dingliche Sicherung wird lediglich ein Ergebnis herbeigeführt, das der Gesetzgeber mit einer Änderung des § 10 ZVG selbst anstrebt.⁶³

Formulierungsbeispiel:

„Zur Sicherung seiner Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft bestellt der Wohnungseigentümer für diese eine unverzinsliche, nicht abtretbare Buchgrundschuld in Höhe von € ..., – i. W. Euro ... –, deren Eintragung in das Wohnungsgrundbuch an erster, hilfsweise nächstfolgender Rangstelle bewilligt und beantragt wird (evtl. dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung).“

Denkbar wäre auch, zur Sicherung der Beitragsansprüche eine Reallast in das Grundbuch einzutragen. Allerdings treten dann dieselben Probleme auf, wie sie beim Erbbaurecht im Zusammenhang mit dem Erbbauszins bestehen. Die Möglichkeit der Kapitalisierung der Reallast in der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums führt zu einer erheblichen Vorbelastung desselben mit der Konsequenz, dass die Beleihungsfähigkeit eingeschränkt bzw. ausgeschlossen wird. Eine dinglich wirkende Vereinbarung dahingehend, dass die Reallast bestehen bleibt, auch wenn die Wohnungseigentümer-

⁵⁸ Wolfsteiner, FS Wenzel, S. 60, 63; BayObLG, MittBayNot 1995, 285.

⁵⁹ Wolfsteiner, FS Wenzel, S. 60, 66 ff.

⁶⁰ BGH, DNotZ 2000, 854.

⁶¹ BGHZ 95, 137 = DNotZ 1986, 83.

⁶² Hügel, DNotZ 2001, 191; Armbrüster, DNotZ 2003, 502; Wenzel, FS Deckert, S. 529; Rapp, Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl. 2005, A III Rdnr. 121.

⁶³ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des WEG vom 25.5.2005, BR-Drucks. 397/05 vom 27.5.2005.

gemeinschaft aus ihr die Zwangsvollstreckung betreibt, ist nicht möglich; diese Besonderheit besteht nur bezüglich des Erbbauzinses (§ 9 Abs. 3 ErbbauVO). Man müsste sich also mit schuldrechtlichen Stillhalteerklärungen begnügen.

4. **Verwaltungsvermögen und Veräußerungsvertrag**

Der bisherigen notariellen Praxis entsprach es, bei Veräußerung des Wohnungseigentums festzulegen, dass der Anteil des Veräußerers am Verwaltungsvermögen mitveräußert ist und auf den Erwerber übergeht. Dies galt insbesondere auch für den Anteil an der Instandhaltungsrücklage. Nachdem Eigentümer des Verwaltungsvermögens bei Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft diese ist, erweist sich die bisherige Formulierung als unzutreffend. Der Veräußerer kann gar nicht mehr einen Anteil am Verwaltungsvermögen veräußern, da er einen solchen nicht mehr innehat. Stattdessen geht mit dem sachenrechtlichen Bestandteil Wohnungseigentum auch die Mitgliedschaft an der rechtsfähigen Gemeinschaft akzessorisch auf den Erwerber über; besondere Übertragungsakte sind nicht mehr erforderlich.⁶⁴

VI. **Ergebnisse**

Die vom BGH angeführten Begründungen rechtfertigen die Annahme einer Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nicht. Diese benötigt weder eine Satzung noch kennzeichnet die Mehrheitsentscheidung die Rechtsfähigkeit eines Verbandes. Die historische Auslegung ergibt die Rechtsfähigkeit ebenfalls nicht, da von den Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers ausgegangen werden muss und dieser neben der natürlichen Person und der juristischen Per-

son den rechtsfähigen Personenverband nicht kannte. Dagegen folgt aus § 10 Abs. 4 WEG, dass sowohl der historische Gesetzgeber als auch der Regelungszusammenhang mit den §§ 27, 28 WEG ergeben, dass der Gesetzgeber von einer persönlichen und gesamtschuldnerischen Haftung jedes einzelnen Wohnungseigentümers für rechtsgeschäftliche Verpflichtungen im Außenverhältnis ausgegangen ist. Eine solche Haftung schließt jedoch eine rechtsfähige Gemeinschaft aus. Die Regelungsprobleme bei der Rechtsnachfolge in das Wohnungseigentum – Verwaltungsvermögen und Haftungsverfassung – lassen sich auch ohne Anerkennung der Rechtsfähigkeit befriedigend lösen. Der Erwerb von Wohnungseigentum ist diesbezüglich vergleichbar einem kleinen „Unternehmenskauf“. Die Anerkennung einer Rechtsfähigkeit führt zu erheblichen Problemen bezüglich der Kreditwürdigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft. Dies zwingt diese zu Sicherheitsleistungen und Vorleistungen im Rechtsverkehr, was ihre Position dort verschlechtert. Die Rechtsfähigkeit führt auch zu einer zwingenden Organhaftung gemäß § 31 BGB, was ebenfalls eine Verschlechterung gegenüber dem bisherigen Status bedeutet. Da sich die praxisrelevanten Rechtsprobleme, die der BGH gesehen hat, auch mit Hilfe der allgemeinen Grundsätze der Vertragsauslegung lösen lassen und die Anerkennung der Rechtsfähigkeit auch keine erweiterten Anwendungsmöglichkeiten für das Wohnungseigentum mit sich bringt, ist eine dementsprechende richterliche Rechtsfortbildung auch rechtmethodisch nicht gerechtfertigt. Die Bedenken gegen die Anerkennung einer Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft wiegen so schwer, dass auch nach dem BGH-Beschluss vom 2.6.2005 das letzte Wort diesbezüglich noch nicht gesprochen sein dürfte.

⁶⁴ Hügel, DNotZ 2005, Heft 10.

Identität und Identifikation

Von Notar Dr. *Michael Bohrer*, LL. M. (Harvard)

Abgabenordnung und Geldwäschegesetz begründen Identifizierungspflichten. Im Beurkundungsverfahren ist der Notar ebenfalls zur Identifizierung verpflichtet. Aus den unterschiedlichen Formulierungen von § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG und § 1 Abs. 5 GwG ergibt sich die Frage, wie sich diese Identifizierungspflichten zueinander verhalten. Der Geschäftsverkehr, insbesondere das Kreditwesen, macht sich notarielle Identifizierungen durch die Verwendung von „Legitimations-“ bzw. „Identitätsbescheinigungen“ nutzbar. Der Autor stellt die möglichen beurkundungsrechtlichen Formen dar und macht einen Formulierungsvorschlag für eine Identifizierungsbescheinigung nach § 154 Abs. 2 AO, § 1 Abs. 5 GwG.

1. Recht will ordnen. Eine zentrale Ordnungskategorie ist „Person“, was von der Zugehörigkeit dieses Wortes zur Alltagssprache freilich verdunkelt wird. Während der allgemeine Sprachgebrauch „Person“, „Mensch“ und „Individuum“ synonymisiert, beansprucht das Recht die Definitionskompetenz über den Begriff „Person“, mit dem es Subjekte und Objekte rechtlicher Verhältnisse bezeichnet; enumerativ bestimmt das deutsche bürgerliche Recht als „Person“

- einen Menschen, §§ 1 ff. BGB, oder
- eine Vermögensmasse und/oder eine Mehrzahl von „Personen“, welche in der Regel in einem öffentlich-rechtlich organisierten Verzeichnis gesondert und durchweg mit einer selbständigen Bezeichnung geführt werden, §§ 21 ff. BGB, § 1 Abs. 1 AktG usw., oder welche öffentlich-rechtlich verfasst sind, vgl. § 89 BGB.

Können alle Menschen „Personen“ sein (was eine uns gar nicht mehr bewusste – und doch erst im „Dritten Reich“ in Frage gestellte – Errungenschaft ist), bedarf es der Unterscheidungsmerkmale, die umso präziser sein müssen, je stärker das System Individualisierungen ermöglichen will. Das menschengespezifische Unterscheidungsmerkmal aller (?) Gesellschaften sind Abstammung und der durch Brauch und/oder (in der Regel Eltern-)Entscheidung abgeleitete Name. Dass Vaterschaft und/oder Mutterschaft dabei in unterschiedlichen kulturellen Zusammenhängen verschiedene Bedeutung gewinnen, dass „Patenschaften“, Adoptionen o. ä. seit jeher zu Fiktionen führen oder dass das Kriterium der Abstammung angesichts der modernen Reproduktionsmedizin normativ anzureichern ist, führt ins Detail; ebenso kann hier außer Acht bleiben, dass die kollektive Namensfindung, mehr aber noch die Unterscheidung der Individuen durch verbindliche Einzel-

benennung mit der sozialen und ökonomischen Entwicklung einer Gemeinschaft zusammenhängen, Individualisierung also ebenfalls ein kulturelles Datum ist. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass die persönliche Identität im gesellschaftlichen Kontext seit alters durch die Abstammung vermittelt wird und dass der (bürgerliche) Name auf ein Individuum in seiner konkreten Abstammungsidentität bezogen ist. Die historische Geburt (Datum und Ort) ist dagegen zivilisatorische Zutat, abhängig von Aufzeichnungen und Übereinkünften zu Zeit und Raum.

Die Anknüpfung des (bürgerlichen) Rechts an die archaische Abstammungsidentität und -namensgebung behaftet die Unterscheidung der „Personen“ nicht nur mit Ungewissheit, sondern ist vor allem auch verkehrsuntauglich, weil niemand seine Abstammung nach außen wenden kann und auch der Name nur in überschaubaren Verhältnissen zur Benennung der Identität taugt. Überörtlicher, aber auch ein über den Augenblick zeitlich hinausgreifender Verkehr benötigt Identifikationsbehelfe jenseits der Selbstbenennung, Hilfsmittel also, aus denen auf eine historisch konkrete, individuelle „Person“ geschlossen werden kann, ohne in jedem Einzelfall deren (Abstammungs-)Identität prüfen zu müssen.

2. Das Tagesgeschäft bedient sich einer Vielzahl informeller Identifikationsbehelfe (Wohnanschrift, Telefonnummer, Kreditkartennummer, z. B. in den USA Sozialversicherungsnummer usw.), die bisweilen durch strafrechtlichen Kontext, vielfach aber nur psychologisch zur Angabe der wahren Identität anhalten. Ähnlich wie Empfehlungsschreiben, Mitgliedschaftsbescheinigungen, „Freibriefe“ alter Zeit usw. mangelt es solchen Behelfen an konkreter Überprüfbarkeit. Sobald Selbstbenennung oder Inhaberschaft eines Schriftstücks den Verkehrsanforderungen nicht mehr genügen, entsteht ein Ausweissystem, in dem „biometrische“ Daten verkörpert und damit als Identifikationsbehelfe fungibel werden: Früher die im Ausweis dokumentierten „besonderen Merkmale“, derzeit noch die Abbildung der Unterschrift und das Lichtbild sind „biometrische“ Behelfe, anhand derer „vor Ort“ festgestellt werden kann, ob der Ausweissträger mit der ausgewiesenen „Person“ („Ausweisinhaber“) eins ist.

Verlässlich und somit verkehrstauglich ist ein Ausweissystem allerdings nur, solange es einerseits von einem vertrauenswürdigen Dritten in einem geschlossenen Kreis der Ausgabe, Einziehung und eines Fälschungs- und Missbrauchsschutzes verwaltet wird und andererseits „vor Ort“ nutzbare Abgleichungskriterien zur Verfügung stellt. Sofern es dem Verkehr auf die Identität eines Menschen ankommt, muss das System letztlich auf die Abstammungsidentität derjenigen „Person“, welcher der Ausweis erteilt ist, zurückführen. Ausweise mit biometrischen Daten, die amtlich auf die Abstammungsidentität zurückgeführt werden (ohne diese allerdings zu verlautbaren!), sind in Deutschland Pass und Personalausweis. Der Personalausweis wird erteilt, um ihn „... einer zur Prüfung der Personalien ermächtigten Behörde vorzulegen“, § 1 Abs. 1 Satz 1 Gesetz über Personalausweise¹, kann aber „... auch im nichtöffentlichen Bereich als Ausweis- und Legitimationspapier benutzt werden“, § 4 Abs. 1 Gesetz über Personalausweise. „Deutsche ..., die über eine Auslandsgrenze ... (reisen) ..., sind verpflichtet, einen gültigen Pass mitzuführen und sich damit über ihre Person auszuweisen“, § 1 Abs. 1 Satz 1 PassG.²

Die Erteilung eines Passes/Personalausweises setzt insbesondere die zweifelsfreie Feststellung der Identität des Bewerbers voraus, wozu die Behörde erkennungsdienstliche Maßnahmen veranlassen kann, § 6 Abs. 3 PassG, Art. 5 Abs. 4 und 5 AGPersPassG³. Der durch seine Seriennummer singuläre Pass/Personalausweis verbindet Lichtbild und Unterschrift des Trägers mit definierten Personenangaben, § 4 Abs. 1 PassG, § 1 Abs. 2 Gesetz über Personalausweise, deren Gesamtheit allerdings nicht die Identität der beschriebenen Person ausmacht, die in ihrer Summe vielmehr nur Behelfe zur Bezeichnung eines Individuums sind. Oder einfacher: Ich bin nicht der, den der Ausweis beschreibt, sondern das Kind meiner Eltern; der Pass/Personalausweis verlaubar nur Identifikationsbehelfe, anhand derer (und anhand des die Ausweisangaben duplizierenden Passregisters, § 21 PassG, bzw. Personalausweisregisters, § 2 a Gesetz über Personalausweise) eine von der zuständigen Behörde festgestellte Identität aufgefunden werden kann.

Jeweils einzeln sind die Pass-/Personalausweisangaben und sonstigen -inhalte wenig brauchbare Behelfe: Zum Teil gehören diese Angaben in die Sphäre der Selbstbenennung (Name, Staatsangehörigkeit usw.), zum Teil sind sie unspezifisch (Größe, Augenfarbe usw.); die beigelegte Unterschrift ist mit mehr oder weniger Geschick immer reproduzierbar; das Lichtbild schließlich ist eine – nicht selten ungenaue⁴ – Momentaufnahme. Erst in ihrer Summe und verbunden mit der Inhaberschaft des physischen Ausweis-Dokuments erlauben sie den Wahrscheinlichkeitsschluss, dass ein Mensch mit derjenigen „Person“ identisch ist, welcher die Behörde nach Feststellung seiner (Abstammungs-)Identität den Ausweis erteilt hat.

Das „Ungewissheitsdelta“, also der Abstand zwischen Identitätswahrscheinlichkeit und deren Zweifelsfreiheit könnte sich verringern, wenn der Ausweis einzigartige, vor allem aber unveränderliche biometrische Daten (z. B. Fingerabdrücke) enthält und diese „vor Ort“ überprüfbar sind. Solange biometrische Daten nur Hilfsmittel zur Feststellung der (außer-rechtlichen) Abstammungsidentität sind, mag man die Verwendung dieser Daten allein nach polizei- und sicherheitstechnischen Erwägungen, insbes. auch unter dem Blickwinkel der Fälschungssicherheit beurteilen: Selbst in verschlüsselter Form wären solche Daten nur ein Hilfsmittel bei der Bestimmung der Abstammungsidentität, was zwar datenschutzrechtliche Fragen aufwirft, nicht aber die Gleichung Mensch = Person in Frage stellt. Aber: Läge es nicht im allgemeinen Trend der Bürokratisierung, auf die Feststellung der Abstammungsidentität zu verzichten, wenn die Biometrie zweifelsfreie Aussagen über die Individualität eines konkret-historischen Menschen machen kann? „Person“ (im Rechtssinn) wäre dann nicht mehr der Mensch als historisches und mit Namen versehenes Kind seiner Eltern, sondern dasjenige Individuum, dessen biometrische Daten die zuständige Stelle mit einem Namen verbindet. „Person“ wäre nicht mehr der Mensch in seiner lebensgeschichtlichen Dimension, sondern nur noch das amtlich registrierte Individuum, die Gleichung Mensch = Person stünde unter dem Vorbehalt amtlicher Registrierung. „Person“ wäre in der Tat nur noch das im Ausweis beschriebene Wesen.

¹ Neugefasst durch Bekanntmachung vom 21.4.1986, BGBl I, 548 (zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.3.2002, BGBl I, 1186).

² Vom 19.4.1986, BGBl I, 537 (zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.8.2002, BGBl I, 3322).

³ Bayerisches Gesetz zur Ausführung des Gesetzes über Personalausweise und des Paßgesetzes (AGPersPaßG) vom 7.3.1987, GVBl 1987, 72 (zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.7.1997, GVBl 1997, 342).

⁴ Die Anforderungen an die in deutschen Ausweisen zu verwendenden Lichtbilder sind gesetzlich normiert, vgl. etwa Anlage 3 zu § 3 PassMustV, jetzt BGBl 2005 I, 2306.

3. Was das alles mit dem Notar zu tun hat? Der Notar hat unzweideutig festzuhalten, wer (unmittelbar oder mittelbar) verfahrensbeteiligt ist, § 10 Abs. 1 BeurkG, und er hat zu protokollieren, ob er die unmittelbar Verfahrensbeteiligten „kennt oder wie er sich Gewissheit über ihre Person verschafft hat“, § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG („Identifizierungspflicht“).

In feiner sprachlicher Nuancierung verlangt das Gesetz in der zweiten Alternative der Identifizierungspflicht also nicht Zweifelsfreiheit über die Person (was Voraussetzung für die Erteilung eines Passes/Personalausweises ist und den Rückgriff auf polizeiliche Personenfeststellungsverfahren voraussetzt), sondern begnügt sich mit der Gewissheit des Notars, nimmt also ein „Ungewissheitsdelta“ (zwischen Wahrscheinlichkeit und Zweifelsfreiheit) in Kauf.

Sich mangels Kenntnis der Abstammungsidentität Gewissheit über eine Person zu verschaffen, ist eine Schlussfolgerung: Es müssen Identifikationsbehelfe herangezogen werden, welche einen Rückschluss auf die Identität erlauben, und die zu bewerten sind; aus den bewerteten Behelfen lässt sich mit Wahrscheinlichkeit folgern, ob ein Beteiligter mit demjenigen konkreten Menschen eins ist, auf den die Identifizierungsmerkmale hinweisen; wird ein Ausweis vorgelegt und scheinen dessen Merkmale den Ausweisträger zu identifizieren, kann man hieraus schließen, es mit der „Person“ zu tun zu haben, der der Ausweis erteilt ist; wird der Ausweis unter der Voraussetzung der Feststellung der Abstammungsidentität erteilt, lässt sich also aus den Identifikationsbehelfen auf die Abstammungsidentität des ausweistragenden Menschen schließen.

Wie die anderen großen Bundesverfahrensgesetze stellt auch das BeurkG die Identifikation in das verfahrensrechtliche Ermessen des Notars: Es sind alle Beweismittel zulässig („Freibeweis“) und es gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung; einer Überprüfung unterliegt das notarielle Gewissheitsurteil nur jenseits solcher Grenzen, deren Überschreitung vorinstanzliche Beweiswürdigung gerichtlich revisibel macht. Folgerichtig sind die zur Identifizierung herangezogenen Identifikationsbehelfe in der Niederschrift zu benennen.⁵ Im Übrigen bedarf weder das Gewissheitsurteil noch gar dessen Begründung, sondern nur die Verfahrens(fort-)führung bei mangelnder Gewissheit protokollarischer Dokumentation, § 10 Abs. 2 Satz 2 BeurkG.

Begnügt sich die zweite Alternative des § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG mit einem Wahrscheinlichkeitsurteil, kann „Kenntnis“ in der ersten Alternative dieser Bestimmung keine höheren Anforderungen stellen: Für diese Alternative muss der Notar also nicht die Abstammungsidentität kennen, sondern nur persönliche Kenntnis solcher Umstände haben, die den Schluss auf einen konkret-individuellen Menschen zulassen. Dies werden häufig Faktoren eines gefestigten sozialen Umfelds sein, wobei man sich im Klaren sein muss, auch in diesen Fällen durchweg nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil abzugeben: Auch wer benennbar in eine sozialen Gemeinschaft integriert ist, kann (abstammungsidentisch) ein anderer sein als der, der zu sein er sich ausgibt („Heiratsschwindler“, „Spion“ usw.). Persönlich bekannt ist ein Beteiligter aber auch, wenn ihn der Notar früher einmal (anhand von Identifikationsbehelfen) identifiziert hat – vorausgesetzt, der Notar hat noch aktuelle Kenntnis von jener Identifikation.

Ebenso wenig wie gerichtliche Verfahrensprotokolle beweisen notarielle Urkunden somit die Identität der unmittelbar

Verfahrensbeteiligten. Die vorbehaltlose Protokollierung enthält vielmehr nur die (konkludente) Aussage des Verfahrensführers, dass er zu seiner Gewissheit auf die Identität eines Beteiligten geschlossen hat. Das „Ungewissheitsdelta“ zwischen Identifikation und Identität nimmt das Verfahrensrecht hin.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, welche Rechtswirkung die verfahrensrechtliche Identifikation in zeitlich *nachfolgenden* öffentlichen-rechtlichen Verfahren hat, was weder aus dem Beurkundungsverfahren noch aus dem Urkundsbegriff abgeleitet werden kann; die Rechtswirkungen im Folgeverfahren bestimmen sich vielmehr *ausschließlich* nach dessen Verfahrensrecht. Wenn daher § 415 Abs. 1 ZPO bestimmten Urkunden die dort näher bezeichnete Beweiskraft zumisst, enthält dies eine (ZPO-)autonome Definition, die weder aus der „Natur“, noch aus dem „Wesen“, noch aus sonstigen metaphysischen Dimensionen des Urkundsbegriffs abgeleitet werden kann. (Erst) § 415 Abs. 1 ZPO bewirkt, dass ZPO-Verfahren durch die Einbeziehung qualifizierter früherer Verfahrensabschlüsse (notarielle Urkunde, gerichtliches Urteil, behördlicher Verwaltungsakt usw.) in der Weise entlastet werden, dass bestimmte Tatsachen, welche Gegenstand jener früheren Verfahren waren, nicht erneut zur Verhandlung gestellt werden können. In solchen späteren Verfahren wird die Feststellung des früheren Verfahrens zu einer (in den Grenzen des § 415 Abs. 2 ZPO) bestandskräftigen Rechtstatsache.⁶

Dies gilt auch für das Identifikationsurteil des Notars in der Beurkundungsverhandlung: Dessen Gewissheit über die Person wird dem ZPO-Verfahren als Identitätsbeweis zugrunde gelegt – und zwar *nicht*, weil dies aus § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG oder aus dem Begriff der notariellen Urkunde abzuleiten wäre, sondern *nur, ausschließlich und in dem Umfang*, weil und in dem § 415 Abs. 1 ZPO dies für ZPO-Verfahren anordnet.

4. Was für öffentlich-rechtliche Verfahren recht ist, will sich auch der Geschäftsverkehr zunutze machen, weshalb Notare insbesondere für Kreditinstitute „Legitimationsbescheinigungen“, „Identitätsbescheinigungen“ o. ä. erstellen sollen. Die Zuständigkeit für die Erstellung unspezifischer Bescheinigungen ergibt sich aus § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO, ist also auf das Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege beschränkt. Damit ist jede Bescheinigung ausgeschlossen, mit der der Notar Aussagen über die (Abstammungs-)Identität einer Person macht: Feststellung und Zeugnis der Identität ist Angelegenheit der inneren Verwaltung; dem Notar ist es – ohne Rücksicht auf seine Erkenntnismöglichkeiten – versagt, hierzu amtliche Feststellungen zu treffen.

Bei den in der Praxis erbetenen „Identitätsbescheinigungen“ handelt es sich freilich durchweg um schlampig formulierte Formulare, mit denen die Verpflichtungen nach § 154 AO und dem GwG erledigt werden sollen. Weder das GwG noch die AO verlangen einen Identitätsnachweis, sondern begründen die Verpflichtung, sich „Gewissheit über die Person ... zu verschaffen“, § 154 Abs. 2 Satz 1 AO, s. a. §§ 2 ff. GwG, grenzen die zulässigen Identifizierungsbehelfe ein und verpflichten zu deren standardisierter Dokumentation, § 1 Abs. 5 GwG.⁷ Da diese Bestimmungen keine Vorschriften darüber enthalten,

⁶ Eine ähnliche Entlastungsfunktion haben z. B. § 29 GBO, § 12 HGB; zum Ganzen *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 50 ff.

⁷ Identifizierung umfasst nach dem Wortlaut des GwG nur die Namensfeststellung; da hierzu aber nur abstammungsbasierte Ausweise zugelassen werden, ist die Qualität der Identifizierungsaussagen nach § 154 AO und GwG gleich.

⁵ Diese Angaben sind nicht Bestandteil des strafrechtlichen Urkundsbegriffs, BGH, DNotZ 2005, 213.

wer die (physische) Dokumentation erstellt, kann sie auch vom Notar angefertigt werden. Die entscheidenden Fragen in diesem Zusammenhang sind dann, in welcher Aktsform der Notar den Identifizierungsbehelf (Pass/Personalausweis) dokumentieren soll und wie der Identifizierungspflichtige diese Dokumentation mit den Geschäftsvorgängen verknüpft, welche die Identifizierungspflicht begründen, §§ 2 ff. GwG.

Völlig problemlos wäre es, die Identifikationsdokumentation im Zusammenhang mit § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG in die notarielle Urkunde aufzunehmen (Variante 1), was die zu dokumentierenden Angaben jedoch zwingend verlesungspflichtig macht, § 13 Abs. 1 BeurkG. Selbst durch diese höchst-formalisierte Dokumentation ist aber nicht beantwortet, wie die (externen) Normadressaten der §§ 2 ff. GwG die durch den Notar beurkundeten Feststellungen mit dem Sachverhalt verknüpfen, welcher ihre Identifizierungspflicht begründet (z. B. § 2 Abs. 1 Satz 1 GwG: „Begründung einer auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehung“). Eine dem § 415 ZPO entsprechende Bestimmung, die notarielle Urkunden im verfahrensrechtlich *nicht* geordneten Folgeverkehr zu bestandskräftigen Rechtstatsachen macht, gibt es nicht; dass notariellen Urkunden im allgemeinen Rechtsverkehr ein höherer Grad an Verlässlichkeit zugemessen wird, ist ein ausschließlich soziologischer Befund.⁸

Ich will hier nicht den Identifizierungspflichten nach §§ 2 ff. GwG nachgehen. Tatsache ist, dass die Praxis externe Dokumentation nutzt, wozu insbesondere das Postident-Verfahren⁹ angewendet wird, aber auch auf das Zeugnis anderer „zuverlässiger Dritter“ zurückgegriffen wird; vor dem Hintergrund des GwG etabliert sich damit ein – bislang noch informelles – System, welches im Rechtskreis des *common law* in der Funktion des *notary public* seine Ausprägung gefunden hat. Die Identifizierungspflichtigen verknüpfen die durch den „zuverlässigen Dritten“ extern dokumentierten Identifikationsmerkmale über die individuelle Unterschrift des Betroffenen mit ihrem (internen) Geschäftsvorgang; es erfolgt also ein Abgleich des (etwa im Postident-Verfahren) zugeordneten Unterschriftsbildes mit dem Unterschriftsbild, das im Zusammenhang mit demjenigen Geschäft erscheint, welches die GwG-Identifizierungspflicht auslöst. Was beim Ausweis das Foto leisten soll, leistet bei solchen externen Identifikationsdokumentationen die Unterschrift – ein lächerlicher Sicherheitsstandard im Vergleich zu dem bürokratischen Aufwand des GwG! Um die Unterschrift des Kunden mit den Angaben nach § 1 Abs. 5 GwG zu verbinden, stünde – ohne freilich den Sicherheitsstandard der Abgleichung zu erhöhen – neben der Variante 1 auch das notarielle Beglaubigungsverfahren zur Verfügung: Der Notar kann auf den Aktstyp der „Zeichnung einer Namensunterschrift“, § 39 BeurkG, zurückgreifen und in den Beglaubigungsvermerk die von § 1 Abs. 5 GwG verlangten Merkmale aufnehmen (Variante 2), § 20 Abs. 1 Satz 1 BNotO, §§ 40 Abs. 4, 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG.¹⁰

Im Hinblick auf Zuständigkeit und Beurkundungsverfahren unbedenklich ist schließlich die Erteilung einer selbständigen Bescheinigung über die zu dokumentierenden Identifikationsdaten, solange dieses Papier nicht als Identitätsbescheinigung missverstanden werden kann, § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Um die Niederschrift nicht – wie in Variante 1 – mit geschäfts-

fremden Details zu belasten, benutze ich das hier am Ende abgedruckte Formular. Es bietet sich an, eine derartige Bescheinigung (ausfertigungstechnisch wie eine Vertretungsbescheinigung) in geeigneten Fällen – vornehmlich also bei Grundschulden und (insbesondere General-!) Vollmachten – der Urschrift anzuheften, welche in ihrem verlesungspflichtigen Teil nach § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG (nur) die gängige Identifizierung des Verfahrensbeteiligten enthält (Variante 3). Tritt das Bescheinigungsbedürfnis ausnahmsweise einmal erst nach Urkundsausfertigung zutage, kann die Bescheinigung aber auch isoliert erteilt und verwendet werden, sofern die notarielle Niederschrift die Seriennummer des gem. § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG herangezogenen Passes/Personalausweises verlaubar, weil dann sowohl Bescheinigung als auch Niederschrift unzweideutig auf den (singulären!) Ausweis bezogen werden können.

In aller Regel überflüssig und irreführend ist die bisweilen vorgeschlagene Vornahme einer selbständigen Tatsachenbeurkundung, § 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO, mit der bezeugt werden soll, dass eine Unterschrift, welche in einer früher nach §§ 6 ff. BeurkG aufgenommenen Niederschrift enthalten ist, von einem – in der Tatsachenurkunde nunmehr im Sinne des § 1 Abs. 5 GwG identifizierten – Beteiligten stammt (Variante 4):¹¹ Die Unterschriftsechtheit ist ja bereits durch die Ausgangs-Niederschrift bezeugt und kann durch ein nachgeschobenes Tatsachenzeugnis keine höhere Verlässlichkeit erlangen. Falls jene Unterschriftsdokumentation dem Identifizierungspflichtigen nicht für dessen (Abgleichungs-)Zwecke genügt (was mit der oben ausgeklammerten Frage zusammenhängt, wie der Identifizierungspflichtige die externe Dokumentation mit seinem internen Geschäftsvorgang verknüpft), steht der als Variante 2 dargestellte Aktstyp zur Verfügung und bedarf es keiner Tatsachenbescheinigung. Falls es dem Identifizierungspflichtigen dagegen nur darauf ankommt, die in § 1 Abs. 5 GwG genannten Merkmale zu dokumentieren, reicht die in Variante 3 vorgestellte Bescheinigung.

In Variante 1 erledigt der Notar seine Identifizierungspflicht, § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG, unter Berücksichtigung des § 1 Abs. 5 GwG; dies ist keine selbständige Amtshandlung und kostenrechtlich daher ohne Belang. Variante 2 produziert (via Namenszeichnung) einen selbständigen Abgleichungsbehelf, ist beurkundungsverfahrensrechtlich ansonsten wie Variante 1 zu qualifizieren; die selbständige Darstellung des Abgleichungsbehelfs ist kostenrechtlich als nichtvermögensrechtliche Angelegenheit, § 30 Abs. 3 KostO, einzuordnen. Variante 3 ist nur eine verfahrensrechtliche Alternative zu Variante 1 und wie jene daher kostenrechtlich unbeachtlich. Ein Bedürfnis, nach Variante 4 zu verfahren, kann nur bestehen, wenn die für die Ausgangsniederschrift nach § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG vorgenommene Identifikation nicht auf einem mit seiner Seriennummer protokollierten Pass/Personalausweis beruht *und* ein Vorgehen nach Variante 2 (etwa wegen Unerreichbarkeit des Beteiligten) unzulässig ist; die Kenntnis der Kostenfolge, § 50 KostO, wird dann aber sehr schnell Identifizierungsalternativen zutage fördern.¹²

5. Das GwG enthält weder Berufsrecht noch Verfahrensrecht, gehört vielmehr zum Kreis solcher Normen, die – wie etwa das Datenschutzrecht oder das Einkommensteuerrecht – unspezifisch adressiert sind. Indem § 3 GwG neben anderen Berufs- und Gewerbetreibenden auch die Angehörigen öffentlich-rechtlich geordneter Berufe benennt (Rechtsanwalt, No-

⁸ Näher *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, Rdnr. 69, 225 ff.

⁹ Instruktive Darstellung des Postident-Verfahrens bei *Möller*, NJW 2005, 1605.

¹⁰ Die „Zeichnung einer Namensunterschrift“ ist keine Blanko-Beglaubigung i. S. d. § 40 Abs. 5 BeurkG; da sie für den Privatrechtsverkehr bestimmt ist, ist § 41 BeurkG *nicht* anwendbar.

¹¹ So etwa *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO, BeurkG, 2. Aufl. 2004, BeurkG, § 10 Rdnr. 15.

¹² Missverständlich *Bund*, NotBZ 2004, 183.

tar, Wirtschaftsprüfer usw.) schafft er keinen Pflichtenkreis, welcher die Berufsverfassung konturiert, sondern knüpft an die Berufstätigkeit nur mit dem Ziel an, die Identifizierungsfälle näher zu bezeichnen. Für den Notar bedeutet dies, dass die Einhaltung etwaiger GwG-Pflichten nicht Gegenstand der Aufsicht, §§ 92 ff. BNotO, ist und dass § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG nicht von § 1 Abs. 5 GwG derogiert wird.

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 GwG haben die dort genannten Berufsträger eine Identifizierungspflicht bei den dort genannten Geschäften, „wenn sie für ihre Mandanten an (deren) Planung oder Durchführung ... mitwirken ... oder wenn sie im Namen oder auf Rechnung ihrer Mandanten Finanz- oder Immobilientransaktionen durchführen.“ Im Rahmen seiner Amtsausübung kann ein pflichtgemäß handelnder Notar Geschäfte weder planen noch durchführen; Handeln in offener Treuhandschaft ist ihm verboten; zwischen Notar und Auftraggeber besteht kein Mandatsverhältnis. Wie man eine verfahrens- und berufsordnungsrechtlich ordnungsgemäße notarielle Amtshandlung in Anwendung allgemein anerkannter Regeln der Auslegung unter § 3 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 GwG subsumiert¹³, weiß ich nicht. Eine Begründung, ohne diese Subsumtion laufe die Erwähnung des Notars in § 3 Abs. 1 GwG ins Leere, wäre ebenso unsinnig, wie etwa die Behauptung, § 18 Abs. 1 Ziff. 1 EStG belege die Freiberuflichkeit notarieller Tätigkeit. Dass die beiden bislang erlassenen EU-Geldwäscherichtlinien überhaupt Vorgänge im Visier haben, an denen in Deutschland Notare als Amtsträger, § 1 BNotO, mitwirken, ist bereits zweifelhaft;¹⁴ die Vermeidung eines (deutschen) Defizits bei der Richtlinienumsetzung wäre aber kein valides Kriterium zur Auslegung strafbewehrter Normen!¹⁵

Wichtiger erscheint mir in diesem Zusammenhang jedoch die Beobachtung, dass die Teilnahme am Rechtsgeschäftsverkehr im Umfang der §§ 2 ff. GwG mittelbar unter den Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Registrierung gerät: Greift man durch die rechtstechnischen Regelungsmechanismen hindurch, schließt das GwG alle Menschen von den dort genannten Geschäften aus, die keinen gültigen Pass oder Personalausweis vorlegen können.¹⁶ Nicht so schlimm? Eine juristische Fachzeitschrift

¹³ So aber die einschlägigen Veröffentlichungen; Nachweise in DNotI-Report 2004, 51, 52; siehe auch Rundschreiben BNotK 48/2003 vom 19.11.2003. Im Ergebnis zutreffend BGH, NJW 2005, 2406: Der Notar hatte in dem dort berichteten Fall – amtspflichtwidrig! – aktiv an der Durchführung eines Grundstückskaufvertrages mitgewirkt.

¹⁴ § 3 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 GwG übernimmt – soweit er Notare betrifft – den Richtlinientext. Aus europäischer Sicht werden in den einzelnen Mitgliedstaaten unter der Bezeichnung Notar aber Berufsträger mit sehr unterschiedlichen Zuständigkeiten und Aufgaben adressiert. Wer die Anwendung der Richtlinien auf Amtsträger nach der BNotO behauptet, müsste belegen, dass die Richtlinie den Wortlaut „Planung oder Durchführung von Transaktionen“ autonom europarechtlich qualifiziert; selbst wenn dies gelänge, wären diese Tatbestandsmerkmale im GwG (als nationalem Recht) aber aus der deutschen Rechtssprache zu interpretieren.

¹⁵ Zu unterscheiden ist hiervon die – etwa im Bereich des Bauträgerrechts diskutierte – Frage, ob der Notar als öffentlich-rechtlicher Rechtsgestalter zu „europarechtsfreundlicher“ Rechtsanwendung verpflichtet ist. Solange das durch den Notar (öffentlich-rechtlich) gestaltete Privat-Rechtsgeschäft aber keine Bestandskraft entfaltet (näher Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rdnr. 64 ff.), ist für ein derartiges Sonderprivatrecht kein Raum.

¹⁶ Am 19.9.2005 hat der Rat in erster Lesung die Dritte Geldwäscherichtlinie angenommen, mit deren baldigem Inkrafttreten somit zu rechnen ist. Nach Art. 6, 7 des Entwurfs ist die vorgeschriebene „Identifizierung des Kunden und Überprüfung der Kundenidentität“ nunmehr „auf verlässliche, unabhängige Quelldokumente, -daten

ist vielleicht nicht der Ort, sich Geschichte zu vergegenwärtigen oder jenseits europäischer Nachbarschaft über die Grenzen zu blicken. Aber gerade das der Privatautonomie in so hohem Maße verbundene Notariat sollte aufmerken, wenn die Teilnahme am Rechtsgeschäftsverkehr aus Gründen öffentlicher Sicherheit unter dem Vorbehalt behördlicher Registrierung eines Menschen gestellt wird und die Gleichung Mensch = Person partiell außer Kraft gesetzt wird.

Mit diesen Auswirkungen muss sich auch befassen, wem solche Bemerkungen die Grenzen juristischer Schriftstellerei zu überschreiten scheinen: Nach § 11 Ziff. 1 PassG, Art. 6 Ziff. 1 AGPersPassG ist ein Pass/Personalausweis *ipso iure* ungültig (und unterliegt der Sicherstellung und Einziehung, §§ 12 f. PassG, Art. 8 AGPersPassG), „wenn er eine einwandfreie Feststellung der Identität [sic!] des Inhabers nicht zulässt“.¹⁷ Nimmt man dieses Tatbestandsmerkmal ernst und hält man sich den Augenblickscharakter der biometrischen Ausweisdaten vor Augen, wird im steten Wechsel von Haarmoden, Barttrachten und Sehhilfen kaum die Hälfte der Bevölkerung aufgrund deutscher Pässe/Personalausweise identifizierungspflichtige Geschäfte abschließen können!

Formulierungsbeispiel:

Bescheinigung

Zum Zwecke der Identifizierung gemäß § 154 Abs. 2 AO, § 1 Abs. 5 GwG bescheinige ich hiermit, dass das nachgenannte Dokument folgende Identifizierungsmerkmale aufweist:

1. Name: [...]
2. Geburtsname: [...]
3. Vorname(n): [...]
4. Geburtsdatum: [...]
5. Geburtsort: [...]
6. Staatsangehörigkeit: [...]
7. Anschrift: [...].

Die Bescheinigung erteile ich aufgrund Einsichtnahme in folgendes, mir vorgelegte Dokument, dem ich die nachgenannten Merkmale entnehme:

[Bundesrepublik Deutschland/Personalausweis oder Bundesrepublik Deutschland/Reisepass oder ...]

8. Ausstellende Behörde: [...]
9. Nummer: [...]
10. Gültig bis: [...].

[Ort], den [...]

oder -informationen“ zu stützen; ob dies zu einer Herabsetzung des in § 1 Abs. 5 GwG formulierten Standards führt, bleibt abzuwarten. Darüber hinaus sind nun aber auch risikobasierte und angemessene Maßnahmen zur Überprüfung der Identität wirtschaftlicher Eigentümer (derzeit § 8 GwG) vorzusehen, Art. 7 Abs. 1 lit. b), und muss gewährleistet werden, dass Transaktionen mit den nach der Richtlinie zu beschaffenden Kenntnissen „über den Kunden, seine Geschäftstätigkeit und sein Risikoprofil, einschließlich ggf. der Quelle der Mittel, kohärent sind“.

¹⁷ Das Personalausweiswesen ist Ländersache; ob die außer-bayerischen Rechtsgrundlagen ebenso eine *ipso iure*-Ungültigkeit vorsehen, habe ich nicht recherchiert.

Vorsicht Falle: Leistungen an Erfüllungs statt als ertragsteuerliche Veräußerung

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 16.12.2004, III R 38/00* –

Von Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Gestaltungen, in denen anstelle eines Baranspruchs Sachleistungen gewährt werden, sind in der notariellen Praxis Gang und Gäbe. Dies gilt vor allem im Erb- und Familienrecht. Die steuerlichen Auswirkungen waren bisher teilweise ungeklärt. Durch das Urteil des dritten Senates des BFH ist nunmehr – unangenehme – Klarheit geschaffen worden. Entsprechende Gestaltungen führen zur steuerpflichtigen Aufdeckung stiller Reserven, da es sich um entgeltliche Veräußerungsgeschäfte handelt. Der nachfolgende Beitrag behandelt knapp die erforderliche Kritik an der Entscheidung, die Übertragbarkeit der Entscheidung auf vergleichbare Sachverhalte und die Folgerungen für die Gestaltungspraxis.

I. Einführung

Das Urteil des BFH behandelt eine überaus praxisrelevante Problematik aus dem Grenzbereich zwischen Einkommensteuerrecht und Zivilrecht. Der BFH hatte vereinfacht folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Ein Unternehmerehepaar war an einer GmbH & Co. KG wie folgt beteiligt: Frau als Komplementärin mit einem Kapitalanteil von 800.000 DM; Mann als Kommanditist zu 50.000 DM. Die Frau verstarb und wurde vom Mann allein beerbt. Die zwei gemeinschaftlichen Kinder machten Pflichtteilsansprüche geltend, die so abgegolten wurden, dass der Vater jedem Kind 100.000 DM zur Verfügung stellte, mit denen sie sich als Kommanditisten an der GmbH & Co. KG beteiligten.

Der BFH entschied, dass durch die vorstehende Gestaltung der Vater jeweils Teile des geerbten Unternehmens entgeltlich an seine Kinder veräußert und insoweit einen laufenden, nicht nach §§ 16, 34 EStG begünstigten Gewinn erzielt hat.

Es ist folgenden Fragen nachzugehen:

- Würde das Urteil heute trotz einiger Gesetzesänderungen wieder so ergehen?
- Ist das Urteil überzeugend?
- In welchen weiteren Konstellationen begegnen dem Vertragsgestalter ähnliche Probleme, die es zu vermeiden bzw. zu lösen gilt?
- Welche Zusammenhänge bestehen mit erbschaftsteuerlichen Gestaltungsüberlegungen?
- Wie hätte der Berater den Fall damals besser gestalten können – hellseherische Fähigkeiten vorausgesetzt –, und welche Folgerungen sind für die Vertragsgestaltung heute nach Kenntnis des Urteils des BFH zu ziehen?

II. Würde das Urteil heute trotz einiger Gesetzesänderungen wieder so ergehen?

Der Urteilssachverhalt des BFH bezieht sich auf die Veranlagungszeiträume 1989/1990. Die hier einschlägigen Vorschriften haben sich seitdem mehrfach geändert. Dies gilt sowohl für § 24 UmwStG¹ als auch für die Ersetzung des alten § 7 EStDV² durch den inzwischen mindestens einmal geänder-

ten³ neuen § 6 Abs. 3 EStG. Ferner wurde auch § 16 Abs. 1 Satz 2 EStG n. F. in der Zwischenzeit ergänzt, nämlich die Tarifprivilegierung der §§ 16 Abs. 4, 34 EStG für den Fall der Veräußerung eines *Teilanteils* an einem Mitunternehmeranteil gestrichen.⁴ Diese zwischenzeitlichen Änderungen im Gesetz werfen die Frage auf, inwiefern das nun vorliegende – zeitlich rückwärtsgerichtete – Judikat überhaupt noch Bedeutung hat. Die Antwort lautet knapp: Das Urteil würde heute auf anderer rechtlicher Grundlage ebenso ausfallen, wie die nachfolgenden Ausführungen belegen.

III. Ist das Urteil überzeugend?

Das Urteil des BFH ist nicht überzeugend, gleichwohl aber nicht völlig überraschend. Bereits bisher war es von der Rechtslehre bestritten worden, in der Hingabe eines Vermögensgegenstandes oder (Teil-)Betriebes gegen einen Erlass (Verzicht) auf einen bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft zu sehen.⁵ Ebenso war der BFH in der Vergangenheit teilweise anderer Ansicht.⁶ Demgegenüber waren andere Senate des BFH und auch teilweise die Rechtslehre der Ansicht, die Leistung an Erfüllungs statt – speziell im Bereich des Zugewinnausgleichs – sei als entgeltliches Veräußerungsgeschäft zu besteuern.⁷ Dies sollte auch für die Leistung an Erfüllungs statt für Pflichtteilsansprüche gelten. Teilweise wurde bei Betriebsvermögen insoweit vorrangig eine Entnahme angenommen,⁸ was sich im

³ Nämlich durch das Unternehmensteuerfortentwicklungsgesetz vom 20.12.2001, BStBl I 2001, 3858.

⁴ Ebenfalls neu geregelt durch das Unternehmensteuerfortentwicklungsgesetz vom 20.12.2001, BStBl I 2001, 3858.

⁵ Ablehnend *Tiedtke*, DB 2003, 1471; *Kirchhoff/Söhn/Reiß*, EStG, § 16 Rdnr. B 106; *Geissler* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, § 16 Rdnr. 80; *Tiedtke*, FR 1977, 539; *ders.*, FR 1985, 631; *T. Wachter*, MittBayNot 2000, 162, 167; *Glanegger* in Schmidt, EStG, 24. Aufl. 2005, § 6 Rdnr. 157; *Tiedtke/Wälzholz*, NotBZ 2000, 237; *Tiedtke/Wälzholz*, RNotZ 2001, 380; *Götz*, FR 2003, 127.

⁶ BFH vom 23.7.1980, I R 43/77, BStBl II 1981, 19.

⁷ BFH vom 15.2.1977, VIII R 175/74, BStBl II 1977, 389; ebenso wohl BFH vom 30.7.1998, X B 92/98, BFH/NV 1999, 173 durch Bezugnahme auf das vorgenannte Urteil; *Jansen* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, § 23 Rdnr. 250 „Zugewinnausgleich“; *Lippross/Christoffel*, Basiskommentar Steuerrecht – EStG –, § 23 Rdnr. 64; *Korn/Strahl*, EStG, § 6 Rdnr. 112 (Barvermächtnis und Pflichtteil) und 126.1 (Zugewinnausgleich).

⁸ Vgl. die Nachweise bei *Schmidt/Wacker*, EStG, § 16 Rdnr. 599, der insbesondere auf BFH vom 29.6.1995, VIII R 2/94, BStBl II 1996, 60 hinweist, selbst aber von einer Veräußerung ausgeht.

* MittBayNot 2005, 519 (in diesem Heft).

¹ Unternehmensteuerfortentwicklungsgesetz vom 20.12.2001, BStBl I 2001, 3858.

² Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24.3.1999, BGBl I 1999, 402 = BStBl I 1999, 304.

Wesentlichen in den Wirkungen nicht unterscheidet.⁹ Gegen die im Besprechungsurteil vertretene Ansicht spricht sowohl die stets vom BFH wiederholte Überzeugung, dass der Erwerb und die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs und des Zugewinnausgleichsanspruchs rein privater Natur und einkommensteuerlich damit irrelevant seien und nicht zu Anschaffungskosten führen.¹⁰ Die Zahlungen können nach dieser ganz h. M. weder als Betriebsausgaben noch als Werbungskosten geltend gemacht werden. Gleiches gilt für entsprechende Zinsen zur Finanzierung solcher Aufwendungen.¹¹ Ist aber die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs oder des Zugewinnausgleichsanspruchs eine rein private, steuerlich irrelevante Angelegenheit, so muss auch die Hingabe eines Wirtschaftsgutes an Stelle von Bargeld dieses steuerliche Schicksal teilen. Dies gilt unabhängig davon, ob zivilrechtlich die Leistung an Erfüllungs statt als entgeltlich angesehen wird oder nicht. Zur Vertiefung der Argumentation sei hier nur auf das einschlägige Schrifttum verwiesen.¹² Unabhängig von der hier geäußerten und wiederholten Kritik, hat die Praxis sich selbstverständlich nunmehr auf die neue und jetzt als gesichert anzusehende Rechtsprechung einzustellen.

Zu den Rechtsfolgen des Urteils ist eine Klarstellung erforderlich. Der unbefangene Leser des Urteils könnte meinen, die Aufdeckung stiller Reserven erstreckte sich in dem Urteilssachverhalt maximal auf die 100.000 DM, die der Vater jedem Kind als Kommanditeinlage gewährt hat. Dies wäre traumhaft. Die Folgen sind jedoch viel gravierender. Vereinfacht sind die Kinder nach der Vertragsgestaltung zu rund 12% an der GmbH & Co. KG beteiligt. Der Veräußerungserlös bemisst sich nach der Gegenleistung. Diese errechnet sich aus der Höhe des Pflichtteilsanspruchs, der damit abgegolten wurde. Bei stillen Reserven in der KG von allein rund 5.000.000 DM entsteht ein Pflichtteilsanspruch pro Kind von mindestens 625.000 DM – den Pflichtteil hinsichtlich des Privatvermögens und der offenen, also bilanziell ausgewiesenen Vermögenswerte noch gar nicht gerechnet. Dieser Betrag wird bei der Gewinnermittlung dem anteiligen Buchwert gegenübergestellt. Die Differenz ist – vereinfacht – der Gewinn.

IV. In welchen weiteren Konstellationen begegnen dem Vertragsgestalter ähnliche Probleme?

Das vorstehende Problem begegnet dem Notar immer wieder in unterschiedlichem Gewand. In der eigenen Praxis des Verfassers sind insbesondere folgende Problemfälle immer wieder aufgetaucht:

Beispiel 1: Würde sich der vom BFH entschiedene Sachverhalt ändern, wenn die Leistung an Erfüllungs statt sich nicht auf einen geltend gemachten Pflichtteilsanspruch bezogen hätte, sondern auf ein testamentarisch ausgesetztes Barvermächtnis?

Die Entscheidung wäre ebenso ausgefallen. Rechtlich ergibt sich kein Unterschied. Wiederum handelt es sich um einen

privaten Anspruch zu dessen Erfüllung die Beteiligung an der GmbH & Co. KG eingeräumt wird. Dies wird als Veräußerung betrachtet, als wäre der Barzahlungsanspruch erfüllt worden und anschließend der Gesellschaftsanteil käuflich erworben worden.

Beispiel 2: Ein Unternehmerehepaar hat ein erbschaftsteuerliches Gestaltungsproblem, da das gesamte Vermögen einschließlich eines Einzelunternehmens allein dem Mann gehört. Es soll zur besseren Ausschöpfung der erbschaftsteuerlichen Freibeträge ein Ehevertrag mit Gütertrennung vereinbart werden. Anschließend soll der hälftige Betrieb an die Ehefrau zur Abgeltung der Zugewinnausgleichsansprüche übertragen werden, ohne dass erbschaftsteuerliche Freibeträge zwischen den Ehegatten aufgezehrt werden.

Wie stets sind Gestaltungsüberlegungen nicht nur aus der Sicht einer Steuerart zu beleuchten, sondern aus allen relevanten. Dieses erbschaftsteuerlich immer wieder empfohlene Gestaltungsmodell¹³ führt nach der neuen Entscheidung des BFH zur Aufdeckung stiller Reserven, soweit der Buchwert des hälftigen Unternehmens niedriger ist als der Nominalbetrag des Zugewinnausgleichsanspruchs.

Beispiel 3: Ein Unternehmerehepaar hat ein pflichtteilsrechtliches Gestaltungsproblem, da das gesamte Vermögen einschließlich eines Einzelunternehmens allein dem Mann gehört, dieser aber einen einseitigen, nicht-eheleichen und nicht-geliebten Sohn hat. Es soll zur besseren Vermögensverteilung ohne Auslösung einer Pflichtteilsergänzung nach § 2325 BGB ein Ehevertrag mit Gütertrennung vereinbart werden. Anschließend soll der hälftige Betrieb an die Ehefrau zur Abgeltung der Zugewinnausgleichsansprüche übertragen werden. Später wird im Rahmen der sogenannten, aber riskanten Schaukelmodelle¹⁴ die Rückkehr zum gesetzlichen Güterstand gewünscht.

Steuerlich gilt das Gleiche wie im Beispiel 1. Nur das Motiv für die Gestaltung ändert sich.

Abwandlung: Würde sich etwas in den vorstehenden beiden Beispielfällen ändern, wenn es sich an Stelle des Betriebes um Grundbesitz handelt, der im Jahre 2000 angeschafft und stets vermietet wurde, zwischenzeitlich zu 25% abgeschrieben ist und nunmehr als Leistung an Erfüllungs statt hingegen wird?

Die Rechtslage ändert sich nicht; es handelt sich weiterhin um ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft. Lediglich die Gewinnermittlung richtet sich nicht nach Bilanzierungsgrundsätzen, sondern aufgrund des vorliegenden Privatvermögens nach § 23 EStG. Die Spekulationsfrist ist noch nicht angelaufen. Dabei werden bei einer Anschaffung nach dem 31.7.1995 auch zwischenzeitlich vorgenommene Abschreibungen bei der Veräußerung nachversteuert.¹⁵ Die Leistung an Erfüllungs

⁹ Einen Unterschied macht dies vor allem für die Zulässigkeit der Neutralisierung einer Veräußerungsgewinnbesteuerung durch eine Reinvestitionsrücklage nach §§ 6 b, 6 c EStG.

¹⁰ Ganz h. M., vgl. nur BFH vom 8.12.1992, IX R 68/89, MittBayNot 1994, 66; BFH vom 21.6.1994, VIII R 37/91, BFH/NV 1994, 859; BFH vom 2.4.1987, IV R 92/85, BStBl II 1987, 621; Kirchhoff/Fischer, EStG, § 23 Rdnr. 11 m. w. N.; Korn/Strahl, EStG, § 6 Rdnr. 110.

¹¹ Ganz h. M., vgl. nur BFH vom 2.3.1993, VIII R 47/90, MittBayNot 1994, 69; BFH vom 8.12.1992, IX R 68/89, MittBayNot 1994, 66; BFH vom 21.6.1994, VIII R 37/91, BFH/NV 1994, 859. A. A. noch BFH vom 2.4.1987, IV R 92/85, BStBl II 1987, 621.

¹² Insbesondere Tiedtke, DB 2003, 1471; Götz, FR 2003, 127.

¹³ Lippross/Groß-Böling, Basiskommentar Steuerrecht – ErbStG –, § 5 Rdnr. 39.

¹⁴ Vgl. Brambring, ZEV 1996, 248, 252 f.; Wegmann, ZEV 1996, 201; von Dickhuth-Harrach, FS Rheinisches Notariat, 1998, S. 185, 222 ff.; Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, § 2325 Rdnr. 12; Worm, RNotZ 2003, 535, 539; Hayler, DNotZ 2000, 681, 686; Schotten, NJW 1990, 2841, 2846; C. Winkler, MittBayNot 2000, 423, 424; Klingelhöffer, Pflichtteilsrecht, Rdnr. 343; Nieder, Testamentsgestaltung, Rdnr. 147; Hüttemann, DB 1999, 249.

¹⁵ Dies führt zu einer weiteren Gleichbehandlung mit Betriebsvermögen. Beim Betriebsvermögen besteht jedoch die Möglichkeit der Neutralisierung von Veräußerungsgewinnen für den Fall der Reinvestition nach §§ 6 b, 6 c EStG.

statt und die Hingabe gegen Verzicht auf entsprechende Ansprüche sind ertragsteuerrechtlich gleichwertig¹⁶ und führen nach nun gefestigter h. M. zu einer Veräußerung.

Beispiel 4: *Ein Unternehmerehepaar hat ein pflichtteilsrechtliches Gestaltungsproblem, da das gesamte Vermögen einschließlich eines Einzelunternehmens allein dem Mann gehört, dieser aber einen einseitigen, nicht-eheleichen und nicht-geliebten Sohn S hat. Um später nicht mit unwägbareren Risiken konfrontiert zu werden, wird mit dem Sohn über einen Pflichtteilsverzicht verhandelt. S erklärt sich bereit zu Lebzeiten des Vaters auf seinen Pflichtteil zu verzichten, § 2346 Abs. 2 BGB, wenn ihm im Gegenzug dafür die im Betriebsvermögen befindliche GmbH-Beteiligung an der XYZ-GmbH übertragen wird. Würde es einen Unterschied machen, wenn es sich um Anteile im Privatvermögen gemäß § 17 EStG handelte oder um eine vollständige Kommanditbeteiligung.*

Der Verzicht, zivilrechtlich genauer gesagt der Erlass nach § 397 BGB ist vom Verzicht nach § 2346 BGB zu unterscheiden. Insoweit entspricht es der ganz h. M. und der Rechtsprechung, dass der Vermögensübertragung der GmbH-Anteile bei einem Erb- oder Pflichtteilsverzicht nach § 2346 BGB keine konkrete Gegenleistung gegenübersteht, so dass es sich steuerlich um ein unentgeltliches Rechtsgeschäft handelt.¹⁷ Die unentgeltliche Übertragung einer GmbH-Beteiligung im Betriebsvermögen löst jedoch als Entnahme gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG eine Ertragsteuerbelastung aus, während bei Anteilen im Privatvermögen die unentgeltliche Rechtsnachfolge keine steuerlichen Auswirkungen hätte. Das Gleiche – Steuerfreiheit mit Buchwertfortführung – gilt bei Übertragung eines vollständigen Mitunternehmeranteils nach § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG.

Die vorstehenden Grundsätze für einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht gelten m. E. auch für einen Erbschaftsvertrag gemäß § 311 b Abs. 4, 5 BGB, wenn beispielsweise Geschwister zu Lebzeiten der Eltern eine Erbteilsveräußerung gegen Abfindung vereinbaren.

Beispiel 5: *Ein Unternehmerehepaar hat einen bindenden Erbvertrag verfasst, wonach beide Kinder Erben je zur Hälfte werden. Der bisherige Unternehmer verstirbt jung. Das Unternehmen wird vom längerlebenden Ehegatten fortgeführt. Die beiden Kinder K1 und K2 einigen sich in einem Erbschaftsvertrag nach § 311 b Abs. 5 BGB, dass K1 nach dem Ableben des länger lebenden Elternteils seine Beteiligung am Betrieb auf K2 überträgt. Dafür zahlt K2 sofort 200.000 € an K1 aus.*

¹⁶ Erbschaftsteuerrechtlich und grunderwerbsteuerrechtlich sind die jeweils geltenden Grundsätze hingegen sehr unterschiedlich, je nachdem ob es sich beispielsweise um einen Verzicht auf Pflichtteilsansprüche gegen Abfindung (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG) oder um eine Leistung an Erfüllungs statt handelt. Siehe dazu BFH vom 7.10.1998, II R 52/96, MittBayNot 1999, 316 (für einen bereits geltend gemachten Pflichtteilsanspruch); anders früher noch BFH vom 17.2.1982, II R 160/80, BStBl II 1982, 350 = MittBayNot 1982, 152 (Leitsatz). Vgl. zu entsprechenden Problemen bei Vermächtnissen BFH vom 25.10.1995, II R 5/92, BStBl II 1996, 97 = DNotI-Report 1996, 23; Kapp/Ebeling, ErbStG, § 3 Rdnr. 171; Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG, 2. Aufl. 2004, § 3 Rdnr. 20 ff.; Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 3 Rdnr. 201. Zur Grunderwerbsteuer siehe BFH vom 10.7.2002, II R 11/01, MittBayNot 2003, 73; Seifried, ZEV 2004, 403, 404.

¹⁷ BFH vom 16.3.2001, IV B 96/00, BFH/NV 2001, 1113; Glanegger in Schmidt, EStG, § 6 Rdnr. 157; BFH vom 7.4.1992, VIII R 59/89, BStBl II 1992, 809; offen gelassen in BFH vom 20.10.1999, X R 132/95, BStBl II 2000, 82 = MittRhNotK 2000, 39.

Auch dieser Vertrag ist m. E. nicht entgeltlich,¹⁸ führt also weder zu einem entgeltlichen Veräußerungsgeschäft über den Betriebsanteil für den später Übertragenden noch zu Anschaffungskosten für den Erwerber. Die Rechtsposition, die der Verzichtende aufgibt, ist noch so unsicher und unklar, dass hierin keine einkommensteuerrechtliche Veräußerung zu sehen ist. Wie der BFH in seinem Urteil vom 25.1.2001, II R 22/98,¹⁹ zum Erbschaftsvertrag richtig festgestellt hat, besteht im Zeitpunkt der Vereinbarung nach § 311 b Abs. 4, 5 BGB kein Recht und kein Anspruch, die bereits übertragen werden könnten oder zu dessen Erfüllung der Betrieb an Erfüllungs statt hingegeben wird. Insofern kann nicht von einem der seltenen Fälle ausgegangen werden, in denen ein und derselbe Sachverhalt erbschaftsteuerlich als unentgeltlich und einkommensteuerlich als entgeltlich behandelt wird. Bei der späteren Erfüllung des Erbschaftsvertrages müsste dann folgerichtig eine Buchwertfortführung nach § 6 Abs. 3 EStG eingreifen. Dieser Fall ist allerdings noch nicht vom BFH abschließend entschieden.²⁰

Beispiel 6: *F und M wollen sich scheiden lassen. Ihnen gehört ein Grundstück je zur Hälfte (Anschaffungskosten im Jahre 1996 in Höhe von 800.000 €, derzeitiger Verkehrswert von 1 Mio. €, zwischenzeitlich vorgenommene Abschreibungen in Höhe von 200.000 €). Auf einen Zugewinnausgleich wollen die Eheleute zur Streitvermeidung ebenso verzichten wie auf einen nahehelichen Unterhalt. F hätte jedoch bei Durchführung des Zugewinnausgleichs einen Anspruch in Höhe von 400.000 € und einen kapitalisierten voraussichtlichen Unterhaltsanspruch von 100.000 €. Als Leistung an Erfüllungs statt überträgt nun M seine Grundstückshälfte auf F gegen Verzicht auf sämtliche scheidungsbedingten Ansprüche.*

Es handelt sich wiederum um die Hingabe eines Grundstücks zur Erfüllung, also als Leistung an Erfüllungs statt für den Zugewinnausgleichsanspruch.²¹ Die Lösung dieses Falls war

¹⁸ Vgl. dazu ausführlicher bereits Wälzholz, MittBayNot 2001, 361, 364. Ebenso Götz, NWB Fach 10, S. 1493, 1496; ebenso wohl Hartmann, DStR 2001, 1545, 1550.

¹⁹ MittBayNot 2001, 416 = DStR 2001, 434.

²⁰ Vgl. aber BFH vom 15.6.1997, IV B 126/95, BFH/NV 1997, 855 = NJW-RR 1998, 1379. Der BFH hatte in dem Urteil nicht mehr über die Grundsatzfrage zu entscheiden, ob ein Erbschaftsvertrag ein entgeltliches Rechtsgeschäft zu sehen war. Dies musste der BFH als bereits bestandskräftige Vorfrage unterstellen. Davon war bei der Veranlagung ausgegangen worden; es ging nur noch um Folgefragen. Dem Beschluss lag wohl folgender unklarer Sachverhalt zugrunde: Ein Bruder hatte auf seinen Erbteil verzichtet und sich zur Übertragung im Todesfall verpflichtet. Der andere Bruder hatte als Gegenleistung einen Mitunternehmeranteil auf den ersten Bruder übertragen und damit einen Veräußerungsgewinn realisiert. Bei der Bemessung des Veräußerungsgewinns wurde auch der Wert des zukünftigen Anspruchs auf Übertragung des Erbteils berücksichtigt. Dies war im BFH-Verfahren unstreitig. Streitig war nur noch, ob der veräußernde Bruder eine Berichtigung des Veräußerungsgewinns nach § 175 AO erreichen kann, als der Erbteil später vom Erblasser wertmäßig wesentlich durch lebzeitige Verfügungen gemindert wurde.

²¹ Reich (ZNotP 2000, 375, 379) will danach unterscheiden, ob die Vereinbarung vor der Scheidung getroffen wird oder danach. Würde die Vereinbarung danach getroffen, so sei ein Zugewinnausgleichsanspruch entstanden, es handle sich um einen Fall der entgeltlichen Leistung an Erfüllungs statt. Vor der Scheidung sei der Zugewinnausgleichsanspruch nicht entstanden, daher gebe es (möglicherweise) keine Gegenleistung i. S. d. § 23 EStG, also keine Veräußerung. Diese Differenzierung übersieht, dass der Zugewinnausgleichsanspruch bei Vereinbarung von Gütertrennung sofort entsteht, nicht erst mit Rechtskraft der Scheidung.

bisher strittig,²² durch das hier zu besprechende Urteil des BFH jedoch ebenso als entgeltliches Spekulationsgeschäft geklärt. Dies entsprach bereits bisher der Meinung der Finanzverwaltung.²³ Gegebenenfalls sind die Grundsätze für teilentgeltliche Geschäfte anzuwenden. Der BFH²⁴ sieht auch in einem reinen Auseinandersetzungsvertrag im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung eine entgeltliche Vereinbarung.

V. Welche Zusammenhänge bestehen mit erbschaftsteuerlichen Gestaltungsüberlegungen?

Der Sachverhalt des Besprechungsurteils hat auch erbschaftsteuerliche Auswirkungen, die der BFH in seinem Urteil nicht weiter zu behandeln hatte. Der wiedergegebene Sachverhalt im Tatbestand des Besprechungsurteils weist darauf hin, dass damals eine sog. Leistung an Erfüllungs statt vereinbart wurde. Gespräche mit Steuerberatern zeigen immer wieder, dass insoweit keine ausreichende Sensibilität für die Präzision der Formulierung des Rechtsgrundes besteht. Erfolgt nach dem Todeseintritt die Auszahlung eines Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsanspruchs in Geld, so ist der Nominalwert des gezahlten Geldbetrages maßgeblich. Wird anstelle der Auszahlung des Pflichtteilsanspruchs ein Grundstück an Erfüllungs statt für einen geltend gemachten Pflichtteilsanspruch hingegeben, § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG i. V. mit § 9 Abs. 1 Nr. 1 b) ErbStG, so ist trotz Hingabe eines Grundstücks nicht der Grundbesitzwert nach den §§ 138 ff. BewG maßgeblich, sondern der Nominalbetrag des Pflichtteilsanspruchs in Geld, für den das Grundstück hingegeben wurde.²⁵ Erfolgt die Hingabe des Grundstückes jedoch nicht an Erfüllungs statt, sondern als Gegenleistung und Abfindung für den Verzicht auf einen noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch, § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 f) ErbStG, so richtet sich der Wert der Zuwendung nach dem Grundbesitzwert für das Grundstück, §§ 138 ff. BewG.²⁶ Dies muss auch nach dem neuen Urteil des BFH zur Bewertung von Vermächtnissen²⁷ weitergelten.

²² BFH vom 15.2.1977, VIII R 175/74, BStBl II 1977, 389; ebenso wohl BFH vom 30.7.1998, X B 92/98, BFH/NV 1999, 173 durch Bezugnahme auf das vorgenannte Urteil; Koch/Spiegelberger, DAI-Skript Unternehmenssteuerreform 2001, S. 139 (entgeltliches Geschäft, das bei Betriebsvermögen zur Gewinnrealisierung führt); Wacker in Schmidt, EStG, § 16 Rdnr. 599 m. w. N.; Jansen in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, § 23 Rdnr. 250 „Zugewinnausgleich“; a. A. Tiedtke, FR 1977, 539; ders., FR 1985, 631; T. Wachter, MittBayNot 2000, 162, 167; Glanegger in Schmidt, § 6 Rdnr. 157; Tiedtke/Wälzholz, NotBZ 2000, 237; Götz, FR 2003, 127.

²³ OFD Frankfurt/Main vom 5.2.2001 und gleichlautender Erlass der OFD München vom 26.6.2001, DB 2001, 1533 f. = DStR 2001, 1299 f.; vgl. dazu kritisch Tiedtke/Wälzholz, RNotZ 2001, 380; wie die Finanzverwaltung hingegen FG Köln vom 30.4.2003, 7 K 6553/01, rkr., DStRE 2004, 216.

²⁴ BFH vom 31.7.2002, X R 48/99, BStBl II 2003, 282 (zu Betriebsvermögen). Vgl. zu ähnlichen Problemen BFH vom 25.6.2003, X R 72/98, DStRE 2003, 1132.

²⁵ Vgl. hierzu umfassend T. Wachter, MittBayNot 2000, 162, 166 f. m. w. N.; anders früher noch BFH vom 17.2.1982, II R 160/80, BStBl II 1982, 350; aufgegeben durch BFH vom 7.10.1998, II R 52/96, MittBayNot 1999, 316 (für einen bereits geltend gemachten Pflichtteilsanspruch); Wilms, ErbStG, § 3 Rdnr. 162.1.

²⁶ Vgl. dazu Wilms, ErbStG, § 3 Rdnr. 162.1; T. Wachter, MittBayNot 2000, 162, 167.

²⁷ BFH vom 2.7.2004, II R 9/02, DStR 2004, 1868 = MittBayNot 2005, 342 (Leitsatz); vgl. dazu T. Wachter, NotBZ 2005, 99; Daragan, ZErB 2005, 40; zur bisher h. M. siehe hingegen R 92 Abs. 2 ErbStR; Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 3 Rdnr. 172; Kapp/Ebeling, ErbStG, § 3 Rdnr. 170; vgl. BFH vom 15.10.1997, II R 68/95, BStBl II 1997, 820, 823; dogmatisch überzeugend Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG, 2. Aufl. 2004, § 3 Rdnr. 25.

Bei Hingabe eines Grundstücks an Erfüllungs statt für ein ausgesetztes Barvermächtnis ist ebenso wie beim Pflichtteilsanspruch auch der Wert des Barvermächtnisses, also der Nominalwert des geschuldeten Geldes maßgeblich.²⁸ Auf die Grundbesitzwerte kommt es nicht an. Anders ist dies wiederum bei Ausschlagung oder Verzicht gegen Abfindung.

Handelt es sich um Betriebsvermögen, für das der Erbe die Steuervorteile der §§ 13 a, 19 a ErbStG²⁹ in Anspruch nehmen möchte, so fragt sich, welche Auswirkungen die Gestaltung insoweit hat. Es entspricht herrschender, wenn auch bestrittener Meinung, dass die Hingabe von begünstigtem Betriebsvermögen durch den Erben als Leistung an Erfüllungs statt für Baransprüche wie Barvermächtnisse oder Pflichtteilsansprüche nicht zur Begünstigung nach §§ 13 a, 19 a ErbStG beim Erwerber führt.³⁰ Dies gilt auch bei Verzicht auf den Anspruch gegen Abfindung mit Betriebsvermögen.³¹ Weitergehend stellt sich dann aber die Frage, ob der Erbe die Begünstigung nach §§ 13 a, 19 a ErbStG verliert. Die Finanzverwaltung unterscheidet dabei wie folgt: Die Leistung an Erfüllungs statt ist ein schädliches Veräußerungsgeschäft i. S. d. § 13 a Abs. 5 ErbStG. Demgegenüber ist die Hingabe von begünstigtem Betriebsvermögen gegen Verzicht/Ausschlagung von Baransprüchen nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG unschädlich für den Erben.³²

Die vorstehenden Differenzierungen gelten auch für das GrEStG.³³ Die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 2 GrEStG wird danach nicht gewährt, wenn ein Grundstück als Leistung an Erfüllungs statt für den Pflichtteil hingegeben wird, wohl aber bei Verzicht gegen Abfindung. Bedeutung erlangt diese Frage meist nur, wenn eine nicht verwandte dritte Person, wie der/die Lebensgefährte/-in Erbe wird. Im klassischen Fall eines längerlebenden Ehegatten greift üblicherweise die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 4 GrEStG.

VI. Welche Folgerungen sind für die Vertragsgestaltung zu ziehen?

1. Bei allen Fällen erbschaftsteuerlicher Gestaltungsüberlegungen, die darauf beruhen, die Unentgeltlichkeit der Zuwendung zu vermeiden und so Erbschaftsteuer zu sparen oder Leistungen an Erfüllungs statt zu vereinbaren, ist stets auch die einkommensteuerrechtliche Seite zu beachten. Das übliche Wort „abgelten“ sollte vermieden werden, da es mehr vernebelt als erhellt, welche Gestaltung tatsächlich gewollt ist.

²⁸ BFH vom 25.10.1995, II R 5/92, BStBl II 1996, 97 = DNotI-Report 1997, 23 zur Hingabe eines Grundstücks an Erfüllungs statt für Barvermächtnis; zustimmend auch Meincke, ErbStG, 14. Aufl. 2004, § 3 Rdnr. 43; Lippross/Groß-Börling, Basiskommentar Steuerrecht – ErbStG –, § 23 Rdnr. 76. Vermeiden lässt sich diese Folge durch Ausschlagung des Barvermächtnisses gegen Abfindung in Form eines Grundstücks. Dann ist der Grundbesitzwert maßgeblich (vgl. Kapp/Ebeling, ErbStG, § 3 Rdnr. 303 ff.; Meincke, ErbStG, § 3 Rdnr. 43).

²⁹ Da diese Vorschriften zum Zeitpunkt des Sachverhaltes des BFH-Urteils noch nicht existierten, waren diese Überlegungen damals noch nicht anzustellen.

³⁰ R 55 Abs. 4 ErbStR; Wilms/Herrmann/B. Michel, ErbStG, § 13 a Rdnr. 37; Lippross/Cramer, Basiskommentar Steuerrecht – ErbStG –, § 13 a Rdnr. 89; vgl. auch Moench, ZEV 1997, 268, 271.

³¹ R 55 Abs. 4 ErbStR; Lippross/Cramer, Basiskommentar Steuerrecht – ErbStG –, § 13 a Rdnr. 89.

³² R 62 Abs. 2 ErbStR; Lippross/Cramer, Basiskommentar Steuerrecht – ErbStG –, § 13 a Rdnr. 183.

³³ BFH vom 10.7.2002, II R 11/01, MittBayNot 2003, 73; Seifried, ZEV 2004, 403, 404; Lippross/Zöllner, Basiskommentar Steuerrecht – GrEStG –, § 3 Rdnr. 26; Wilms, ErbStG, § 3 Rdnr. 162.2.

2. Die Probleme des Urteils hätten sich auf zwei unterschiedliche Arten und Weisen vermeiden bzw. mildern lassen. Zunächst zur Milderung des Problems durch Erlangung des halben Steuersatzes: Einerseits hätte damals noch eine Einbringung in die GmbH & Co. KG nach § 24 UmwStG vorgeschaltet werden können. Dabei hätte der Vater alle stillen Reserven aufdecken können und wäre so in den Genuss des halben Steuersatzes nach § 34 EStG in der damaligen Fassung gekommen. Dieser Weg ist heute versperrt nach § 24 Abs. 3 Satz 3 UmwStG i. V. m. § 16 Abs. 2 Satz 3 EStG, da ein so entstehender Gewinn in voller Höhe als laufender, nicht begünstigter Gewinn gelten würde. Ferner hätte auch bei einer Einbringung in die GmbH & Co. KG unter Buchwertfortführung der Vater damals die Mitunternehmerteile entgeltlich an seine Kinder veräußern können und hätte auch dafür damals noch den halben Steuersatz erhalten.³⁴ Dies ist wiederum heutzutage nach § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und S. 2 EStG³⁵ nicht mehr möglich, da nur noch ganze Mitunternehmeranteile begünstigt sind. Weitergehend hätte sich die Aufdeckung stiller Reserven auch vollständig vermeiden lassen. Ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft liegt nämlich nur vor, wenn die Gegenleistung für die Übertragung des Kommanditanteils bzw. für die Aufnahme in das Einzelunternehmen dem bisherigen Einzelunternehmer selbst zugute kommt.³⁶ Anders ist dies hingegen, wenn eine GmbH & Co. KG in der Weise gegründet wird, dass der Vater seinen vollständigen Betrieb einbringt und dafür eine Beteiligung von rund 76% erhält und die beiden Kinder nicht auf ihren Pflichtteilsanspruch verzichten bzw. diesen erlassen, sondern den Pflichtteilsanspruch oder die tatsächlich zur Auszahlung gelangte Pflichtteilsumme³⁷ als eigene Einlage in die KG für den jeweils 12%igen Anteil einbringen. Dann hätte der Vater keine Gegenleistung für seine Einbringung erhalten, so dass insoweit die Buchwerte in jedem Fall entweder nach § 24 UmwStG oder § 6 Abs. 3 EStG fortgeführt werden könnten. Das steuerliche Ziel wäre so erreicht, das wirtschaftliche, also zivilrechtliche Ergebnis jedoch verändert. Die Verteilung der Gesellschaftsbeteiligung entspricht zwar dem gewünschten Ziel. Der Vater wäre jedoch entweder noch mit einem Pflicht-

teilsanspruch zugunsten der KG belastet (für den Fall der Einlage des Pflichtteilsanspruchs in die KG) oder hätte für die Finanzierung des Anspruchs Bankverbindlichkeiten aufnehmen müssen. Für den Fall der Einlage des Pflichtteilsanspruchs in die KG müsste zum Schutz des Vaters regelmäßig eine Stundungsvereinbarung getroffen werden.

3. Die gesamte Problematik des vorliegenden Urteils des BFH hätte sich im Übrigen durch vorausschauende Testamentsgestaltung lösen lassen. Hätten die Ehegatten ein Testament verfasst, wonach der längerlebende Vater das Unternehmen in eine GmbH & Co. KG einzubringen hat und anschließend einen Mitunternehmeranteil von je 12% ohne weitere Gegenleistungen an jedes Kind vermächtnisweise zu übertragen hat, so wäre dies ein vollständig unentgeltlicher Vorgang, der nach § 6 Abs. 3 EStG zur Buchwertfortführung führt.³⁸ Das Vermächtnis hätte auch zivilrechtlich das Pflichtteilsproblem im Wesentlichen gelöst, § 2307 BGB.

4. Aus Gründen der genauen Zielerreichung sollte erbschaftsteuerlich und grunderwerbsteuerrechtlich stets genau unterschieden werden, ob es sich um einen Erlass gemäß § 397 BGB (=Verzicht) auf einen noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch handelt oder ob eine Leistung an Erfüllungs statt erfolgt (siehe dazu unter V.).

5. Für Fälle ehebedingter Zuwendungen und Vereinbarungen im Vorfeld von Scheidungen rät Notar *Hermanns*³⁹ dazu, die Übertragung vor Entstehung eines Zugewinnausgleichsanspruchs, also vor Abschluss einer Scheidungsvereinbarung, durchzuführen, nämlich als unentgeltliche Übertragung unter Anrechnung auf den Zugewinnausgleichsanspruch nach § 1380 BGB – ein sehr interessanter Gedanke! Dies sei vollständig unentgeltlich. Auch diese Gestaltungsüberlegung hat jedoch bereits Widerspruch erfahren.⁴⁰

6. Die neue Rechtslage lässt sich auch gezielt gestalterisch nutzen. Sind bei Privatvermögen bereits zehn Jahre seit der Anschaffung abgelaufen, so kann durch eine Leistung an Erfüllungs statt ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft herbeigeführt werden. Der Gewinn ist außerhalb der §§ 23, 17 EStG nicht steuerpflichtig. Gleichwohl hat der Erwerber Anschaffungskosten, die er als Abschreibungen nunmehr steuerlich geltend machen kann.

³⁴ Dies ist im Fall des BFH nur deswegen versagt worden, da der Vater keinen Gesellschaftsanteil hatte, als er seine Kinder aufgenommen hat. Siehe dazu den Beschluss des Großen Senats des BFH vom 18.10.1999, GrS 2/98, MittBayNot 2000, 137. Die entgeltliche Aufnahme in ein Einzelunternehmen kann danach nicht mit der Veräußerung eines Mitunternehmer(teil)anteils gleichgesetzt werden.

³⁵ I. d. F. des Gesetzes zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts vom 20.12.2001, BGBl I 2001, 3858.

³⁶ BFH vom 18.10.1999, GrS 2/98, MittBayNot 2000, 137.

³⁷ Wird dies mit Kredit finanziert, so sind die Schuldzinsen dafür nicht abzugsfähig.

³⁸ Unbestritten *Korn/Strahl*, EStG, § 6 Rdnr. 110; BFH vom 7.12.1990, X R 72/89, BStBl II 1991, 350; BFH vom 16.5.1995, VIII R 18/93, BStBl II 1995, 714; BMF vom 11.1.1993, BStBl I 1993, 62, Tz. 68.

³⁹ DStR 2002, 1065; zu weiteren Gestaltungsüberlegungen siehe *Tiedtke/Wälzholz*, RNotZ 2001, 380.

⁴⁰ *Hollender/Schlütter*, DStR 2002, 1932.

Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen – Hinweise für die notarielle Praxis

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

Zum 21.10.2005 finden die prozessrechtlichen Bestimmungen der Verordnung EG Nr. 805/2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (EuVTVO)¹ Anwendung.² Gleichzeitig tritt in Deutschland zur Anpassung des Prozess- und Kostenrechts an die europäischen Vorgaben das Durchführungsgesetz in Kraft, das insbesondere einen neuen vierten Abschnitt in das elfte Buch der ZPO einfügt. Vollstreckbare Urkunden eines deutschen Notars können mit einer Bestätigung versehen und ohne weiteres Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren im Gebiet der Europäischen Union mit Ausnahme Dänemarks vollstreckt werden. In diesem Beitrag sollen einige Hinweise für die Handhabung der neuen Vorschriften in der notariellen Praxis gegeben werden, im Anschluss an diesen Beitrag ist beispielhaft eine auf dem Formblatt ausgestellte Bestätigung abgedruckt.

I. Wer ist für die Ausstellung der Bestätigung zuständig?

Nach § 1079 ZPO ist für die Ausstellung der Bestätigung einer vollstreckbaren notariellen Urkunde derjenige Notar³ zuständig, dem die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung obliegt. Der deutsche Gesetzgeber⁴ begründet damit konsequenterweise die Zuständigkeit des Notars, der die Urkunde verwahrt (§ 797 Abs. 2 Satz 1 ZPO), so dass die Bestätigung grundsätzlich durch den Urkundsnotar oder seinen Amtsnachfolger erteilt wird, § 45 Abs. 1 BeurkG, § 51 BNotO. Wird die Urkunde vom Amtsgericht verwahrt, liegt dort auch die Zuständigkeit zur Ausstellung der Bestätigung.

II. Ist der Notar verpflichtet, die Bestätigung auszustellen?

Eine Bestätigung als europäischer Vollstreckungstitel setzt den (formlosen) Antrag des Gläubigers voraus, Art. 25 EuVTVO. Über den gestellten Antrag muss der Notar stets entscheiden. Insoweit gilt für die Erteilung der Bestätigung nichts anderes, als für die Entscheidung über die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung.⁵ Liegen die Voraussetzungen für die Erteilung der Bestätigung vor, ist sie auf Antrag zu erteilen, anderenfalls ist der Antrag zurückzuweisen. Ein Ermessen hat der Notar bei der Entscheidung nicht.

III. Wie ist das Verhältnis zur „Brüssel I“-Verordnung?

Die EuVTVO tritt neben die „Brüssel I“-Verordnung, Art. 27 EuVTVO. Zum einen ist demnach der deutsche Notar wie bisher nach § 55 Abs. 3 AVAG für die Vollstreckungsbestätigung

notarieller Urkunden aus anderen Mitgliedstaaten zuständig.⁶ Für den deutschen Notar bedeutet dies zum anderen, dass er einen Urkundsbeteiligten, der im europäischen Ausland vollstrecken will, darauf hinweisen sollte, dass er die Wahl zwischen dem bekannten Exequaturverfahren im Vollstreckungsstaat und der Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel hat.⁷ Angesichts der Vorteile der EuVTVO, v. a. in zeitlicher und kostenmäßiger Hinsicht⁸, wird der Notar regelmäßig zur letzteren raten.

IV. Welche notariellen Urkunden können als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt werden?

Als Europäischer Vollstreckungstitel kann eine deutsche notarielle Urkunde nur dann bestätigt werden, wenn der zeitliche (1.) und sachliche (2.) Anwendungsbereich der Verordnung eröffnet ist, es sich um eine öffentliche Urkunde i. S. d. Artikel 4 Nr. 3 der Verordnung handelt (3.), die über eine unbestrittene Forderung (4.) über eine bestimmte, fällige Geldsumme lautet (5.) und in Deutschland vollstreckbar ist (6.). Auf die Nationalität von Gläubiger und Schuldner kommt es ebenso wenig an, wie auf die Verbrauchereigenschaft.⁹ Wenn die Urkunde die Voraussetzungen nur in Teilen erfüllt, also beispielsweise nicht nur wegen fälliger Zahlungsansprüche, sondern auch wegen anderer Ansprüche vollstreckbar ist, so wird die Bestätigung nur für die Teile ausgestellt, die unter die Verordnung fallen, Art. 8, 25 Abs. 3 EuVTVO.

1. Zeitlicher Anwendungsbereich

Nach Art. 26 EuVTVO gilt die Verordnung für öffentliche Urkunden, die nach ihrem Inkrafttreten aufgenommen worden sind. Stichtag ist mithin nicht der 21.10.2005 als Tag der Anwendbarkeit der prozessualen Vorschriften der Verordnung, sondern der 21.1.2005 als Tag ihres Inkrafttretens i. S. d. Art. 33 EuVTVO.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der EuVTVO entspricht dem der „Brüssel I“-Verordnung¹⁰: Grundsätzlich sind Zivil-

¹ EG-ABl. L 143 v. 30.4.2004, S. 15.

² Zur Entstehungsgeschichte der Verordnung und zum Referentenentwurf vgl. *Coester-Waltjen*, Festschrift für Kostas E. Beys, 2003, S. 183 ff.; *Franzmann*, MittBayNot 2004, 404 ff.; *Leible/Lehmann*, NotBZ 2004, 453 ff.; *Rauscher*, Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen, 2004; *Rellermeyer*, RPFleger 2005, 389 ff.; *Stadler*, RIW 2004, 801 ff.; *Wagner*, NJW 2005, 1157 ff.; *ders.*, IPRax 2005, 189 ff., *ders.*, IPRax 2005, 401 ff., jew. m. w. N.

³ Der Referentenentwurf hatte noch wie § 56 AVAG „die mit öffentlichem Glauben versehene Person“ formuliert.

⁴ Art. 25 EuVTVO überlässt die Zuständigkeitsentscheidung den Mitgliedstaaten.

⁵ Vgl. dazu *Kersten/Bühling/Wolfsteiner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 21 Rdnr. 126 ff.

⁶ Vgl. zum Verfahren nach der „Brüssel I“-Verordnung *Fleischhauer*, MittBayNot 2002, 15, 20.

⁷ Zur Gefahr der Entstehung von zwei Vollstreckungstiteln durch die mögliche Parallelität der Verfahren vgl. *Leible/Lehmann*, NotBZ 2004, 453, 454 m. w. N.

⁸ *Wagner*, IPRax 2005, 189, 191.

⁹ Vgl. dazu *Franzmann*, MittBayNot 2004, 404, 406.

¹⁰ EG-ABl. L 12 v. 16.1.2001, S. 1.

und Handelssachen erfasst, sofern sie nicht den in Art. 2 Abs. 2 EuVTVO ausdrücklich ausgenommenen Rechtsmaterien zuzuordnen sind.¹¹

Der Umfang des Ausnahmekatalogs von „Brüssel I“-Verordnung und EuGVÜ für öffentliche Urkunden ist umstritten: Während eine Ansicht¹² sich auf den Wortlaut stützt und den Ausnahmekatalog uneingeschränkt anwenden will, stellt die Gegenansicht¹³ auf Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung ab: Hintergrund für die Herausnahme insbesondere der güter- und erbrechtlichen Rechtsgebiete seien die großen Unterschiede der Kollisionsrechte der Mitgliedstaaten in diesen Bereichen. Für öffentliche Urkunden und Prozessvergleiche als konsensuale Titel müsse differenziert werden; die Einschränkungen in Art. 1 Abs. 2 a der „Brüssel I“-Verordnung finden nach dieser Ansicht keine Anwendung. In der Rechtsprechung ist die Frage soweit ersichtlich bisher nicht entschieden worden.

Für die EuVTVO stellt sich das Problem entsprechend. Für die uneingeschränkte Anwendbarkeit des Ausnahmekatalogs lässt sich anführen, dass der Ordnungsgeber für die öffentliche Urkunde insgesamt ein differenziertes Regime geschaffen hat,¹⁴ den Anwendungsbereich der Verordnung aber ohne entsprechende Differenzierung belassen hat. Andererseits spricht das von der Gegenansicht¹⁵ herausgearbeitete Bedürfnis bei schwer zu trennenden Gegenständen in einer öffentlichen Urkunde für eine restriktive Auslegung des Ausnahmekatalogs und die Nichtanwendbarkeit des Art. 2 Abs. 2 a EuVTVO auf öffentliche Urkunden: Wird beispielsweise in einer Scheidungsvereinbarung ein vollstreckbarer Zahlungsanspruch geschaffen, mit dem Ansprüche auf Zugewinn und Unterhalt abgegolten sind, würde es dem Sinn der Verordnung und den Bedürfnissen der Praxis gleichermaßen zuwiderlaufen, würde man diese Urkunde für nicht bestätigungsfähig halten. Insgesamt erscheint letztgenannte Ansicht vorzugswürdig, so dass die Einschränkung des Art. 2 Abs. 2 a EuVTVO für öffentliche Urkunden keine Anwendung findet.¹⁶

Nicht in den Anwendungsbereich der EuVTVO fällt nach Art. 2 Abs. 2 lit. d die Schiedsgerichtsbarkeit, so dass die Bestätigung eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut, den der Notar nach § 1053 Abs. 4 ZPO für vollstreckbar erklärt hat, nicht in Frage kommt.¹⁷

¹¹ Zum Ausnahmekatalog der „Brüssel I“-Verordnung vgl. ausführlich *Geimer/Schütze/Geimer*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Rdnr. 48 ff.

¹² *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2005, Art. 57 Rdnr. 1; *Rauscher/Staudinger*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2004, Art. 57 Rdnr. 1; *Fleischhauer*, MittBayNot 2002, 15, 20.

¹³ *Geimer*, IPrax 2000, 266, 268; *Geimer/Schütze/Geimer*, a. a. O., Art. 1 Rdnr. 83; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2003, Art. 57 Rdnr. 5.

¹⁴ Zu den Beschränkungen und Verfahrensvorschriften der EuVTVO, die auf die öffentliche Urkunde keine Anwendung finden, vgl. *Franzmann*, MittBayNot 2004, 404, 406.

¹⁵ *Schlosser*, a. a. O., Art. 57 Rdnr. 5.

¹⁶ Folgt man der Gegenansicht, ist die Verordnung insbesondere auf das Ehe- und Güterrecht nicht anwendbar. Dabei ist dann die weite Auslegung des EuGH zum Begriff „eheliche Güterstände“ im Ausnahmekatalog von EuGVÜ und „Brüssel I“-Verordnung zu berücksichtigen, der „alle vermögensrechtlichen Beziehungen, die sich unmittelbar aus der Ehe oder ihrer Auflösung ergeben mit Ausnahme der Unterhaltssachen“ umfasst (EuGH 27.3.1979, Rs. 143/78 „de Cavel“, Slg. 1979, 1055, 1066).

¹⁷ Für die „Brüssel I“-Verordnung *Geimer/Schütze/Geimer*, a. a. O., Art. 1 Rdnr. 159.

Die gegenüber der „Brüssel I“-Verordnung neue ausdrückliche Ausnahme für staatshaftungsrechtliche Ansprüche (*acta jure imperii*) in Art. 2 Abs. 1 Satz 2 EuVTVO dient lediglich der Klarstellung, eine inhaltliche Änderung bedeutet sie nicht.¹⁸

3. Öffentliche Urkunde i. S. d. Art. 4 Nr. 3 EuVTVO

Art. 4 Abs. 3 EuVTVO enthält – anders als EuGVÜ und „Brüssel I“-Verordnung – eine Legaldefinition der öffentlichen Urkunde, die sich an der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Unibank*¹⁹ orientiert. Die Urkunde muss von einer Behörde oder einer anderen vom Ursprungsmitgliedstaat zur Beurkundung ermächtigten Stelle aufgenommen worden sein (Art. 4 Nr. 3 lit. a ii), wobei sich die Beurkundung auf die Unterschrift und den Inhalt der Urkunde bezieht (Art. 4 Nr. 3 lit. a i). Alle notariellen Urkunden i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sind damit öffentliche Urkunden i. S. d. Verordnung. Einfache Zeugnisse und Unterschriftsbeglaubigungen nach §§ 39, 40 BeurkG fallen nicht darunter.

Nach zutreffender Ansicht²⁰ sind auch Anwaltsvergleiche²¹, die nach § 796 c ZPO von einem Notar in Verwahrung genommen und für vollstreckbar erklärt worden sind, als öffentliche Urkunden nach der EuVTVO bestätigungsfähig. Zwar nimmt der Notar in diesem Fall richterliche Aufgaben in einem Verfahren wahr, das sich nicht nach dem BeurkG, sondern nach den Regeln der ZPO richtet,²² dies macht den Vergleich aber nicht zu einem gerichtlichen i. S. d. EuVTVO. Die Vollstreckbarerklärung ist notarielle Urkunde²³ und als solche bestätigungsfähig.

4. Unbestrittene Forderung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 lit. d EuVTVO

Die EuVTVO betrifft unbestrittene Forderungen. Die im dritten Kapitel der EuVTVO statuierten Mindestanforderungen an das Verfahren, gelten nach deren Art. 25 Abs. 3 für öffentliche Urkunden nicht.²⁴ Eine Forderung gilt nach Art. 3 Abs. 1 lit. d EuVTVO stets als unbestritten, wenn sie ausdrücklich in einer öffentlichen Urkunde „anerkannt“ worden ist. Darin ist aber keine Beschränkung auf Schuldanerkenntnisse nach § 781 BGB zu sehen,²⁵ als unbestritten erfasst sind vielmehr alle Forderungen, wegen derer sich der Schuldner in der Urkunde der Zwangsvollstreckung unterworfen hat.²⁶ Die

¹⁸ So auch *Leible/Lehmann*, NotBZ 2004, 453, 455; *Rauscher*, a. a. O., S. 21; *Wagner*, IPRax 2005, 189, 190.

¹⁹ EuGH 17.6.1999, Rs. C 260/97, Slg. 1999 I 3715; vgl. hierzu *Fleischhauer*, DNotZ 1999, 925, 930; *Geimer*, IPRax 2000, 409.

²⁰ *Leible/Lehmann*, NotBZ 2004, 453, 456; *Rellermeyer*, RPfeger 2005, 389, 392; wohl auch *Wagner*, IPRax 2005, 189, 192, Fn. 56; a. A. für die „Brüssel I“-Verordnung *Fleischhauer*, DNotZ 1999, 925, 930.

²¹ Die Bezeichnung „vollstreckbarer Anwaltsvergleich“ ist dabei irreführend: Vollstreckbar wird der außergerichtliche anwaltliche Vergleich erst durch die gerichtliche oder notarielle Vollstreckbarerklärung, *Geimer*, DNotZ 1991, 266, 266.

²² *Zöller/Geimer*, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 796 c Rdnr. 1. Auch für den Notar gilt das Haftungsprivileg des § 839 Abs. 2 BGB; vgl. *Geimer*, DNotZ 1991, 266, 273.

²³ *Huhn/von Schuckmann/Preuß*, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notare, 4. Aufl. 2003, § 52 Rdnr. 65.

²⁴ Zu den Gründen vgl. *Franzmann*, MittBayNot 2004, 404, 406.

²⁵ Der Hinweis von *Musger* (zitiert nach *Schill*, MittBayNot 2005, 295), im Hinblick auf den Wortlaut der Verordnung stets ein explizites „Anerkenntnis“ aufzunehmen, geht fehl.

²⁶ *Leible/Lehmann*, NotBZ 2004, 453, 456; zum – insoweit unverändert in die Verordnung übernommenen – Kommissionsvorschlag bereits *Heß*, NJW 2002, 2417, 2425; im Ergebnis auch *Rauscher*, a. a. O., S. 24.

Formulierung ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass notarielle Urkunden in den meisten Ländern des lateinischen Notariats, darunter auch in Frankreich²⁷, aus sich heraus vollstreckbar sind, ohne dass es einer gesonderten Unterwerfungserklärung bedarf.²⁸ Um eine solche per se vollstreckbare Notarurkunde als europäischen Vollstreckungstitel bestätigen zu können, ist es unerlässlich, dass sie die ausdrückliche Bezeichnung der konkreten Forderung und die Zustimmung²⁹ des Schuldners erkennen lässt – eine Voraussetzung, die sich nach deutschem Verständnis für die Unterwerfungserklärung stellt.³⁰

5. Forderung über eine bestimmte, fällige Geldsumme, Art. 4 Ziff. 2 EuVTVO

Die Verordnung gilt nur für Forderungen über bestimmte Geldsummen (a.), die fällig sind, oder deren Fälligkeit in der Urkunde angegeben ist, Art. 4 Nr. 2 EuVTVO (b.).

a. Bestimmtheit

Die Anforderungen an die Bestimmtheit sind für die Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel enger als für die Vollstreckbarkeit nach deutschem Recht.³¹ Nur Forderungen über ziffernmäßig bestimmte Geldforderungen sind von der EuVTVO erfasst, ohne dass es auf die Währung ankommt. Die einzige Möglichkeit der Bezugnahme, die das Formblatt für die Bestätigung vorsieht, ist die auf den Basiszinssatz der EZB.³² Der deutsche Gesetzgeber hat dem Rechnung getragen, indem er für dynamisierte Unterhaltstitel in § 790 ZPO die Umschreibung in Titel mit beziffertem Unterhaltsbetrag vorsieht.³³ Im Übrigen gilt auch für indexierte Titel Art. 8 EuVTVO, so dass jedenfalls eine Bestätigung wegen des Grundbetrags möglich ist.

b. Fälligkeit

Eine Bestätigung kann immer dann erfolgen, wenn das Fälligkeitsdatum feststeht oder die Forderung uneingeschränkt fällig³⁴ ist. Ob sich das Fälligkeitsdatum aus der Unterwerfungserklärung oder Vollstreckungsklausel ergibt, ist dabei unerheblich.³⁵ Insbesondere für Urkunden, deren Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers abhängen, ergeben sich demnach Unterschiede zur Erteilung der Vollstreckungsklausel nach deutschem Recht: Im Klauselverfahren ist die Fälligkeit nach §§ 795, 726 Abs. 2 ZPO nicht zu prüfen. Der Notar erteilt die Vollstreckungsklausel auch bei Zug-um-Zug-Leistung sofort ohne Nachweis der Befriedigung des Schuldners oder des Annahmeverzuges. Die Prüfung erfolgt erst im Vollstreckungsverfahren durch den Gerichtsvollzieher oder das Vollstreckungsgericht von

Amts wegen, §§ 756, 765 ZPO.³⁶ Forderungen, die Zug-um-Zug zu erfüllen sind, können nicht als europäischer Vollstreckungstitel bestätigt werden,³⁷ es sei denn, der Gläubiger weist dem Notar nach, dass er vorgeleistet oder die ihm obliegende Leistung in Annahmeverzug begründender Weise angeboten hat.³⁸ Der richtige Ort für die Feststellung des Eintritts dieser Voraussetzungen durch den Notar ist die Vollstreckungsklausel.³⁹

Eine Forderung, deren Fälligkeitsdatum sich aus der Unterwerfungserklärung ergibt, ist nach Art. 4 Nr. 2 von der EuVTVO umfasst und kann auch schon vor diesem Datum bestätigt werden. Allerdings sieht das Formblatt unter Punkt 5.1.2. nach seinem Wortlaut nur für „Geldforderungen auf eine wiederkehrende Leistung“ Angaben zur Fälligkeit vor.⁴⁰ Um die Vollstreckbarkeit nicht zu gefährden, ist von einem dies erläuternden Zusatz, oder Streichungen der Worte „auf eine wiederkehrende Leistung“ auf der Bestätigung eher abzuraten.⁴¹ Der Notar wird in diesem Fall die Angaben zur Fälligkeit im Formular ausfüllen und die Fälligkeit in nur einer Rate durch Angabe des Fälligkeitsdatums sowohl unter Punkt 5.1.2.2. (Fälligkeit der ersten Rate) als auch unter Punkt 5.1.2.4.2. (Fälligkeit der letzten Rate) deutlich machen.

6. Vollstreckbarkeit in Deutschland, Art. 25 EuVTVO

Die öffentliche Urkunde muss nach dem Recht des Ursprungsmitgliedstaates vollstreckbar sein. Es kommt nicht darauf an, ob der Mitgliedstaat, in dem die Vollstreckung betrieben werden soll, notarielle Urkunden als Vollstreckungstitel kennt⁴² – beispielsweise kann demnach aus der deutschen vollstreckbaren Notarurkunde in Großbritannien die Vollstreckung betrieben werden.

Für die Vollstreckbarkeit nach deutschem Recht muss vollstreckbare Ausfertigung erteilt sein, §§ 795, 724 Abs. 1 ZPO.⁴³ Die Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel kann auf Antrag auch zeitgleich mit der vollstreckbaren Ausfertigung erteilt werden.

V. Welche Verfahrensvorschriften sind zu beachten?

1. Grundsätzlich keine Anhörung des Schuldners

Nach § 1080 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist die Bestätigung ohne Anhörung des Schuldners auszustellen. Das entspricht dem regelmäßigen Verfahren zur Erteilung der vollstreckbaren

²⁷ Vgl. hierzu *Gresser*, notar 2002, 58, 60.

²⁸ MünchKommZPO/Wolfsteiner, 2. Aufl. 2002, § 794 Rdnr. 130.

²⁹ Die englische Fassung der EuVTVO formuliert in Art. 3 Abs. 1 lit. d. entsprechend „the debtor has expressly agreed to it in an authentic instrument“.

³⁰ Vgl. MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rdnr. 130, 145 f.

³¹ Vgl. zum Streitstand *Kersten/Bühling/Wolfsteiner*, a. a. O., § 21, Rdnr. 72 ff.; zu Wertsicherungsklauseln *Reul*, MittBayNot 2005, 265 ff.

³² Vgl. hierzu *Rellermeyer*, RPfeger 2005, 389, 398.

³³ *Reul*, MittBayNot 2005, 265, 272; *Leible/Lehmann*, NotBZ 2004, 453, 462.

³⁴ Zur Frage der Beweislast für den Zugang der Fälligkeitsmitteilung vgl. BGH, MittBayNot 2005, 395 mit Anm. *Lichtenwimmer*.

³⁵ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 53.94 (im Erscheinen).

³⁶ *Zöller/Stöber*, a. a. O., § 756 Rdnr. 1; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 726 Rdnr. 26; Beispiel bei *Kersten/Bühling/Wolfsteiner*, a. a. O., § 21 Rdnr. 39 M.

³⁷ *Leible/Lehmann*, NotBZ 2004, 453, 456; *Rauscher*, a. a. O., S. 24; *Wagner*, IPRax 2005, 189, 192. Der Weg über die „Brüssel I“-Verordnung steht offen.

³⁸ *Rellermeyer*, RPfeger 2005, 389, 399.

³⁹ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 53.97 (im Erscheinen)

⁴⁰ Der Fall späterer Fälligkeit ist erst im Gemeinsamen Standpunkt aufgenommen worden. Die Nichtanpassung des Formulars dürfte ein Redaktionsversehen sein.

⁴¹ Nach *Rauscher*, a. a. O., S. 36 verbietet sich jeder über eine schlichte Ausfüllung hinausgehende Zusatz; a. A.: *Rellermeyer*, RPfeger 2005, 389, Fn. 57, der das Fälligkeitsdatum außerhalb der Vorgaben eintragen und den Übersetzungsbedarf in Kauf nehmen will.

⁴² *Leible/Lehmann*, NotBZ 2004, 453, 457.

⁴³ MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 724 Rdnr. 1.

Ausfertigung nach §§ 795, 724 ZPO: Auch in diesem Verfahren darf dem Schuldner nur in den Fällen des § 730 ZPO rechtliches Gehör gewährt werden.⁴⁴ § 1080 Abs. 1 Satz 1 ZPO dient dem Schutz des Gläubigers vor Verfahrensverzögerungen durch eine vorhergehende Anhörung. Daraus folgt, dass mit Zustimmung des Antragstellers eine Anhörung des Schuldners angesetzt werden kann.⁴⁵

2. Keine Pflicht des Notars, über Bestätigung gesondert zu belehren

Auf die noch im Verordnungsentwurf der Kommission enthaltene zwingend in die Urkunde aufzunehmende Belehrung über die Vollstreckbarkeit in anderen Mitgliedstaaten verzichtet die EuVTVO konsequenterweise.⁴⁶ Da der Europäische Vollstreckungstitel neu und noch weitgehend unbekannt ist, sollten die Beteiligten dennoch in geeigneten Fällen auf die Möglichkeit der Bestätigung hingewiesen werden. Angesichts der geringen Kosten für die Ausstellung der Bestätigung⁴⁷ ist nicht auszuschließen, dass sich in Zukunft etwa Banken regelmäßig die Bestätigung mit der vollstreckbaren Urkunde erteilen lassen.

3. Formblatt

Die Bestätigung ist auf dem Formblatt⁴⁸ auszustellen, das der Verordnung im Anhang beigelegt ist, Art. 9 Abs. 1 EuVTVO. Das Formblatt ist in der Sprache auszufüllen, in der die Urkunde abgefasst ist, Art. 25 Abs. 3 i. V. m. Art. 9 Abs. 2 EuVTVO. Im Hinblick auf den angestrebten Zweck ist dabei auf alle über die schlichte Ausfüllung der Bestätigung hinausgehenden Zusätze zu verzichten.⁴⁹ Das Original der unterschriebenen und mit Siegel versehenen Bestätigung ist dem Gläubiger auszuhändigen; ein Vermerk auf der Urkunde entsprechend § 734 ZPO ist empfehlenswert.

4. Zustellung

Die Bestätigung ist dem Schuldner in Ausfertigung zuzustellen, § 1080 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Für die Zustellung ins europäische Ausland ist dabei die Europäische Zustellungsverordnung⁵⁰ zu beachten, Art. 29 EuVTVO.⁵¹

VI. Welche Rechtsbehelfe gibt es?

Gegen die Ausstellung der Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel ist nach Art. 10 Abs. 4 EuVTVO kein Rechtsbehelf möglich. Wird der Antrag auf Ausstellung der Bestätigung zurückgewiesen, gelten nach § 1080 Abs. 2 ZPO die Vorschriften über die Anfechtung der Entscheidung über die Erteilung einer Vollstreckungsklausel entsprechend: Dem

Gläubiger steht demnach entsprechend § 54 BeurkG die Beschwerde offen.⁵²

Den Beteiligten steht die Möglichkeit offen, Antrag auf Berichtigung oder Widerruf der Bestätigung in den Fällen des Art. 10 Abs. 1 EuVTVO zu stellen. Für die Entscheidung über diese Anträge ist bei einer notariellen Urkunde nach § 1081 Abs. 1 Satz 4 ZPO das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Notar seinen Sitz hat, zuständig. Insoweit hat der Gesetzgeber trotz der diesbezüglich gegen den Referentenentwurf vorgebrachten europarechtlichen⁵³ und rechtspraktischen⁵⁴ Argumente nicht die Zuständigkeit des Urkundsnotars begründet. Die nunmehr in § 1081 Abs. 1 Satz 3 ZPO vorgesehene Einreichung beim Notar, der den Antrag unverzüglich an das Amtsgericht weiterzuleiten hat, wird zwar dem Wortlaut der Verordnung in Art. 10 Abs. 1 gerecht, eine Beschleunigung dürfte aber gerade für die nicht seltenen Fälle, in denen die Berichtigung allein wegen falscher Schreibweisen von Namen, Anschriften o. ä. beantragt wird, nicht verbunden sein. Zudem erscheint die in § 1081 Abs. 2 vorgesehene zeitliche Begrenzung des Antrags auf Widerruf auf einen Monat angesichts der Vorgaben der EuVTVO bedenklich.⁵⁵

VII. Wie ist zu verfahren, wenn aus der Urkunde nicht mehr vollstreckt werden kann?

Nach § 1079 Nr. 2 ZPO ist der Notar auf Antrag auch für die Ausstellung der Bestätigung über die Aussetzung oder Einschränkung der Vollstreckbarkeit gemäß Art. 6 Abs. 2, 25 Abs. 3 EuVTVO zuständig. Wie im Klauselverfahren⁵⁶ müssen die Voraussetzungen dem Notar durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen sein, etwa durch Vorlage des Beschlusses nach § 732 ZPO.

VIII. Was ist für das Vollstreckungsverfahren zu beachten?

1. Vollstreckungsrecht des Vollstreckungsstaats, Art. 20 Abs. 1 EuVTVO

Eine als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigte vollstreckbare Urkunde wird unter den gleichen Bedingungen wie ein im Vollstreckungsstaat erlangter Titel vollstreckt, Art. 20 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Art. 25 Abs. 3 EuVTVO. Ausländische Titel dürfen dabei zwar nicht diskriminiert werden,⁵⁷ sie müssen aber auch nicht besser gestellt werden als inländische Titel.⁵⁸ Maßgeblich ist das nationale Recht des Vollstreckungsstaats.

44 MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 724 Rdnr. 25.

45 So zur vergleichbaren Situation nach Art. 41 „Brüssel I“-Verordnung Geimer/Schütze/Geimer, a. a. O., Art. 41 Rdnr. 4.

46 Rauscher, a. a. O., S. 71.

47 Vgl. IX.

48 Abgedruckt in MittBayNot 2004, 477; auf der Homepage des DNotI unter http://www.dnoti.de/DOC/2005/EG_805_2004.pdf.

49 Rauscher, a. a. O., S. 71.

50 Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten, EG-ABl. L 160 v. 30.6.2000, S. 37.

51 Vgl. dazu Heß, NJW 2002, 2417 ff.

52 Rellermeyer, RPflegler 2005, 389, 400; a. A. Leible/Lehmann, NotBZ 2004, 453, 459; § 1080 Abs. 2 ZPO sei nicht eindeutig. In Betracht kämen die Klage auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nach § 731 ZPO, die Klauselerinnerung nach § 732 ZPO oder die sofortige Beschwerde gemäß § 11 RpfLG i. V. m. § 567 ZPO.

53 Leible/Lehmann, NotBZ 2004, 453, 460.

54 Franzmann, MittBayNot 2004, 404, 406.

55 Leible/Lehmann, NotBZ 2004, 453, 460 m. w. N.

56 Zöller/Stöber, a. a. O., § 726 Rdnr. 5.

57 Insbesondere darf dem Gläubiger wegen seiner Eigenschaft als Ausländer oder wegen Fehlens eines inländischen Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes keine Sicherheitsleistung auferlegt werden, Art. 20 Abs. 3 EuVTVO.

58 Zu den Auswirkungen auf die weiterhin notwendige Registrierung von Titeln im Vereinigten Königreich vgl. Wagner, IPRax 2005, 189, 198.

2. Notwendige Unterlagen, Art. 20 Abs. 2 EuVTVO

Der Gläubiger hat den Vollstreckungsbehörden nach Art. 20 Abs. 2 EuVTVO die Urkunde und die Bestätigung in Ausfertigung vorzulegen „die die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt“. Sinn und Zweck dieses Erfordernisses ist es, zu verhindern, dass aus demselben Titel gegen den Schuldner mehrfach vollstreckt wird,⁵⁹ so dass die Urkunde in vollstreckbarer Ausfertigung⁶⁰ und die Bestätigung im Original oder in Ausfertigung⁶¹ vorzulegen ist.

Daneben hat der Gläubiger „gegebenenfalls“ eine Transkription oder eine Übersetzung der Bestätigung in die Amtssprache oder eine andere vom Vollstreckungsstaat zugelassene Sprache vorzulegen. Die Gesetzesbegründung zu § 1083 ZPO, der für die Vollstreckung von ausländischen Titeln in Deutschland gilt, legt den Begriff „gegebenenfalls“ in Art. 20 Abs. 2 lit. c EuVTVO dahingehend aus, dass eine Übersetzung immer dann vorzulegen ist, wenn nicht alle erforderlichen Angaben durch das Einfügen von Namen und Zahlen oder das Ankreuzen von Kästchen vorgenommen werden konnten, sondern zusätzliche individuelle Angaben erforderlich waren.⁶² Diese Ansicht erscheint trotz des insoweit unergiebigem Wortlauts der EuVTVO⁶³ vorzugswürdig, ist doch nicht ersichtlich, was im Fall des schlicht ausgefüllten Formulars ohne weitere Zusätze sinnvoll übersetzt werden sollte.

Es obliegt den Mitgliedstaaten zu bestimmen, in welchen Sprachen sie Bestätigungen zulassen, Art. 20 Abs. 2 lit. c Satz 2 EuVTVO.⁶⁴ Sie haben es der Kommission nach Art. 30 Abs. 1 lit. b. EuVTVO mitzuteilen. Eine Übersetzung der Urkunde kann – anders als nach Art. 55 Abs. 2 der „Brüssel I“-Verordnung – nicht verlangt werden.⁶⁵

⁵⁹ Rauscher, a. a. O., S. 68 m. w. N.

⁶⁰ A. A. Leible/Lehmann, NotBZ 2004, 453, 458, die den Begriff „Originalfassung“ verwenden; wie hier Rauscher, a. a. O., S. 68.

⁶¹ Rellermeyer, RPflegler 2005, 389, 401.

⁶² Zustimmend Wagner, IPRax 2005, 189, 199; ders., IPRax 2005, 401, 408; Leible/Lehmann, NotBZ 2004, 453, 458; Rellermeyer, RPflegler 2005, 389, 401; a. A. Rauscher, a. a. O., S. 68, der die Übersetzung stets für zwingend hält, wenn die Bestätigung in einer im Vollstreckungsmitgliedstaat nicht zugelassenen Sprache ausgestellt ist.

⁶³ Auch die anderen Sprachfassungen helfen nicht weiter (z. B. „where necessary“, „au besoin“, „en caso de que sea necesario“).

⁶⁴ Für die Vollstreckung in Deutschland verlangt § 1083 ZPO eine Übersetzung ins Deutsche. Dazu kritisch Leible/Lehmann, NotBZ 2004, 453, 460.

⁶⁵ Rauscher, a. a. O., S. 68.

3. Keine inhaltliche Überprüfung im Vollstreckungsstaat, Art. 21 Abs. 2 EuVTVO

Eine inhaltliche Überprüfung der Urkunde oder der Bestätigung im Vollstreckungsstaat schließt Art. 21 Abs. 2 EuVTVO ausdrücklich aus. Auf Antrag des Schuldners besteht aber die Möglichkeit der Verweigerung der Vollstreckung nach Art. 21 Abs. 1 EuVTVO bei Unvereinbarkeit mit einer früheren Entscheidung.

IX. Welche Kosten fallen für die Ausstellung der Bestätigung an?

§ 148 Abs. 3 Satz 2 KostO sieht für die Ausstellung der Bestätigung eine Gebühr von 15 € vor. Angesichts des nicht zu unterschätzenden Haftungspotentials, das den Fällen, in denen im Ausland die Zwangsvollstreckung betrieben werden soll typischerweise innewohnt, erscheint die Gebühr unangemessen niedrig.⁶⁶

Für die Umschreibung eines dynamisierten Vollstreckungstitels nach § 790 ZPO erhält der Notar keine Gebühr.

X. Fazit

Die EuVTVO und die deutschen Umsetzungsvorschriften schaffen die Voraussetzungen für eine erhebliche Aufwertung der notariellen Urkunde als effizienter und kostengünstiger Vollstreckungstitel im europäischen Rechtsverkehr. Jetzt sind die Notare gefragt, den Urkundsbeteiligten in geeigneten Fällen die neuen Möglichkeiten zu erläutern und die praktische Umsetzung zu betreuen.

Beispiel: Die ChezSoi S. A. hat sich wegen einer fälligen⁶⁷ Kaufpreisforderung über 100.000 € des Verkäufers Horst Schlenker in der Kaufvertragsurkunde der Notarin Rose vom 15.4.2005, UR. Nr. 742/2005, der Zwangsvollstreckung unterworfen. Zinsen sind nicht tituliert worden. Herr Schlenker beantragt am 10.11.2005 die Bestätigung der vollstreckbaren Ausfertigung als Europäischer Vollstreckungstitel.

Die Bestätigung könnte folgendermaßen aussehen:

⁶⁶ Zum Referentenentwurf, der noch eine Gebühr von 10 € vorgesehen hat, kritisch Franzmann, MittBayNot 2004, 404, 408.

⁶⁷ Ist die Kaufpreisforderung in zwei Raten zu je 50.000 € am 30.9.2005 und 31.12.2005 zu zahlen, ist bei Ziffer 5.1.2.1. „50.000“ auszufüllen, bei Ziffer 5.1.2.2. „30.9.2005“ und bei 5.1.2.4.2. „31.12.2005“. Ist die Kaufpreisforderung insgesamt am 31.12.2005 fällig, kann dies durch das Ausfüllen der Ziffern 5.1.2.1. („100.000“), 5.1.2.2. („31.12.2005“) und 5.1.2.4.2. („31.12.2005“) deutlich gemacht werden.

ANHANG III

BESTÄTIGUNG ALS EUROPÄISCHER VOLLSTRECKUNGSTITEL — ÖFFENTLICHE URKUNDE

1. Ursprungsmitgliedstaat: AT BE DE EL ES FI FR
IE IT LU NL PT SE UK
2. Gericht/befugte Stelle, das/die die Bestätigung ausgestellt hat
- 2.1. Bezeichnung: Notarin Wiltrud Rose
- 2.2. Anschrift: Oberer Stephansberg 49, D-96049 Bamberg
- 2.3. Tel./Fax/E-Mail: +49 951 876540, +49 951 8765411
info@notarinrose.de
3. Wenn abweichend, Gericht/befugte Stelle, das/die die öffentliche Urkunde aufgenommen oder registriert hat
- 3.1. Bezeichnung:
- 3.2. Anschrift:
- 3.3. Tel./Fax/E-Mail:
4. Öffentliche Urkunde
- 4.1. Datum: 15. April 2005
- 4.2. Aktenzeichen: UR. Nr. 742 / 2005
- 4.3. Parteien
- 4.3.1. Name(n) und Anschrift(en) des/der Gläubiger(s): Horst Schlenker, Dominikanerstr. 6
D- 96049 Bamberg
- 4.3.2. Name(n) und Anschrift(en) des/der Schuldner(s): ChezSoi S.A., 23 Place Rouppe,
B- 1000 Bruxelles
5. Geldforderung laut Bestätigung
- 5.1. Betrag: -100.000,-
- 5.1.1. Währung: Euro
Schwedische Kronen
Pfund Sterling
Sonstige Währung (bitte angeben)
- 5.1.2. Falls sich die Geldforderung auf eine wiederkehrende Leistung bezieht
- 5.1.2.1. Höhe jeder Rate:
- 5.1.2.2. Fälligkeit der ersten Rate:
- 5.1.2.3. Fälligkeit der nachfolgenden Raten:
wöchentlich monatlich andere Zeitabstände (bitte angeben)

30.4.2004

DE

Amtsblatt der Europäischen Union

L 143/31

- 5.1.2.4. Laufzeit der Forderung
- 5.1.2.4.1. Derzeit unbestimmt oder
- 5.1.2.4.2. Fälligkeit der letzten Rate
- 5.2. Zinsen
- 5.2.1. Zinssatz
- 5.2.1.1. ... % oder
- 5.2.1.2. ... % über dem Basissatz der EZB ⁽¹⁾
- 5.2.1.3. Anderer Wert (bitte angeben):
- 5.2.2. Fälligkeit der Zinsen:
- 5.3. Höhe der zu ersetzenden Kosten, falls in der öffentlichen Urkunde angegeben:
6. Die öffentliche Urkunde ist im Ursprungsmitgliedstaat vollstreckbar.

Geschehen zu Bamberg am 11.11.2005

.....(Unterschrift).....(Siegel)
 Unterschrift und/oder Stempel

⁽¹⁾ Von der Europäischen Zentralbank auf ihre Hauptfinanzierungsoperationen angewendeter Zinssatz.

Versteigerungsrechtliche Auswirkungen von Rangvorbehalt und Rangrücktritt auf die Eigentumsvormerkung

Von Regierungsdirektor a. D. *Theodor Morvilius*, Grünwald

Der Notar beurkundet in der Regel beim Grundstückskauf die Finanzierungsvollmacht des Käufers im Anschluss an die Kaufvertragsbeurkundung. Kann die Finanzierungsvollmacht ausnahmsweise erst zu einem Zeitpunkt bestellt werden, zu dem die Eigentumsvormerkung für den Käufer schon eingetragen ist, stellt sich das Problem, wie die Finanzierungsvollmacht Rang vor der Vormerkung erhalten kann. Als Lösungsmöglichkeiten werden der Rangrücktritt, der Rangvorbehalt oder der Wirksamkeitsvermerk vorgeschlagen. Der Beitrag untersucht detailliert die Auswirkungen des Eintrags von Zwischenrechten in der Zwangsversteigerung beim Rangvorbehalt und Rangrücktritt.

I. Einleitung

Ein Rangrücktritt der Vormerkung hinter eine später zur Eintragung gelangende Grundschuld ist möglich, wenn man der Eigentumsvormerkung mit der (noch) h. M. Rangfähigkeit zubilligt.¹ Auch die Eintragung eines Rangvorbehalts bei der Vormerkung kann bewirkt werden, wobei der Vorbehalt bedingt sein kann, etwa in der Weise, dass er nur für Grundpfandrechte ausgenutzt werden darf, die durch den vormerkungsberechtigten Käufer des Grundstücks bestellt werden.² Die Eintragung eines bedingten Rangvorbehalts bei der Eigentumsvormerkung mag zwar eine kostengünstige Gestaltungsalternative sein,³ hinsichtlich Praxistauglichkeit und Rechtssicherheit sind jedoch Bedenken angebracht. Die Einweisung einer Finanzierungsgrundschuld in den bei der Eigentumsvormerkung eingetragenen Rangvorbehalt ist nur dann unproblematisch, wenn zwischenzeitlich keine weiteren Belastungen des Grundstücks erfolgten. Mit Ausnutzung des Vorbehalts erlangt die Grundschuld abweichend von § 879 BGB Vorrang vor der Eigentumsvormerkung, d. h. die Ausübung des Rangvorbehalts hat die Wirkung einer Rangänderung gemäß § 880 BGB.

II. Zwischenrechte beim Rangvorbehalt

Erhebliche Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn das Grundstück nach Eintragung der mit dem Vorbehalt belasteten Vormerkung mit einem Recht belastet wird, dem der Vorrang nicht beigelegt ist. So besteht beispielsweise für den Gläubiger einer Zwangshypothek keine Möglichkeit den eingetragenen Rangvorbehalt auszuüben, da dieser untrennbar mit dem Eigentum verbunden und nicht gesondert übertragbar oder pfändbar ist.⁴ Die spätere Eintragung des vorbehaltenen Rechts kann das zwischenzeitlich eingetragene Recht nicht mehr beeinträchtigen. Dieses behält vielmehr seinen erworbenen Rang und darf durch die Einweisung der weiter zur Eintragung gelangten Grundschuld weder einen Vorteil haben noch einen Nachteil erleiden, § 880 Abs. 5 BGB. Die Rang einweisung hat daher nur Auswirkungen auf das Rangverhältnis zwischen der Eigentumsvormerkung und der Grundschuld. Andererseits darf aber die Vormerkung durch das Zwischenrecht keine weitergehende Schlechterstellung erfahren. Daher

bestimmt § 881 Abs. 4 BGB, dass der Vorrang der Grundschuld vor der Vormerkung insoweit keine Wirkung hat, als die mit dem Vorbehalt belastete Vormerkung infolge der inzwischen eingetragenen Belastung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde.

Demzufolge entsteht bei Vorhandensein von Zwischenrechten ein relatives Rangverhältnis. Die Grundschuld hat Rang vor der Vormerkung, während die Vormerkung zwar vorrangig vor dem Zwischenrecht zu berücksichtigen ist, jedoch der Grundschuld im Range nachfolgt. Inwieweit sich daraus für die mit dem Vorbehalt belastete Vormerkung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung ergeben kann, wird erst bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks ersichtlich und zwar erst dann, wenn das Ergebnis der Versteigerung vorliegt.

1. Auswirkungen auf die Verteilung des Versteigerungserlöses

Die Verteilung des Versteigerungserlöses hängt dabei nicht nur von der Höhe des erzielten Erlöses ab, sondern auch von den Größenverhältnissen der zu berücksichtigenden Rechte. Mit einzubeziehen sind auch etwaige Zinsen. Die Kosten einer dinglichen Rechtsverfolgung werden nach § 10 Abs. 2 ZVG stets ohne Rücksicht auf ein Zwischenrecht an der jeweiligen Rangstelle des Rechts befriedigt.⁵ Der maßgebliche Erlös i. S. der vorstehenden Ausführungen ist der nach Deckung der Kosten des Versteigerungsverfahrens (§ 109 Abs. 1 ZVG) sowie der vorgehenden Rechte und Ansprüche übrig bleibende Betrag.

Für die Erlösverteilung gilt allgemein:

Die Vormerkung (R 1) braucht sich nur die durch Einweisung in den Rangvorbehalt vorgetretene Grundschuld (R 3) vorgehen lassen, aber nicht das Zwischenrecht. R 1 erhält also vom Erlös den Betrag, der sich abzüglich des auf R 3 entfallenden Betrages errechnet.

Das Zwischenrecht (R 2) muss sich, da es selbst vom Vorbehalt nicht betroffen ist, nur den Erlösanteil vorgehen lassen, der auf die im Range vorgehende Vormerkung entfällt. Demzufolge erhält R 2 vom Erlös den Betrag, der nach Abzug des auf R 1 entfallenden Betrages verbleibt.

Die in den Rangvorbehalt eingewiesene Grundschuld erhält den Resterlös.⁶

¹ Zuletzt BGH, DNotZ 2000, 639 = NJW 2000, 805 = Rpfleger 2000, 153; im Übrigen siehe *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1531 a m. w. N.

² LG Köln, MittRhNotK 1996, 234; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2139.

³ Siehe dazu *Vierling/Mehler/Gothold*, MittBayNot 2005, 375.

⁴ BGHZ 12, 238 = DNotZ 1954, 378 = NJW 1954, 954; jetzt allgemeine Ansicht.

⁵ Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2574.

⁶ S. dazu MünchKommBGB/Wacke, 4. Aufl., § 881 Rdnr. 17–17b; *Palandt/Bassenge*, BGB, 64. Aufl., § 881 Rdnr. 11; *Staudinger/Kutter*, BGB, 13. Aufl., § 881 Rdnr. 33–42.

a. Zwangsvollstreckung durch vorgehenden Gläubiger

Die Berücksichtigung des Rangvorbehalts im Rahmen eines Zwangsversteigerungsverfahrens hängt darüber hinaus von weiteren Voraussetzungen ab. Ist das vorbehaltene Recht zur Zeit der Versteigerung noch nicht eingetragen, hat der Vorbehalt für das nach § 44 ZVG auf den bestrangig betreibenden Gläubiger aufzustellende geringste Gebot keine Bedeutung. Betreibt ein der Eigentumsvormerkung vorgehender Gläubiger die Versteigerung, erlischt die Vormerkung und der sie belastende nicht ausgenutzte Rangvorbehalt wird gegenstandslos.⁷ Betreibt dagegen ein nachrangiger Gläubiger, bleibt die Vormerkung samt Rangvorbehalt grundsätzlich nach § 52 Abs. 1 ZVG bestehen. Die Befugnis zur Ausübung steht dann nach Zuschlagserteilung dem Ersteher des Grundstücks zu, es sei denn dies wurde inhaltlich bei der Bestellung des Rangvorbehalts ausdrücklich ausgeschlossen.⁸

b. Zwangsvollstreckung durch persönlichen Gläubiger

Erwirkt ein persönlicher Gläubiger wegen seines titulierte Anspruchs die Anordnung der Versteigerung, so hindert zwar die hierdurch eintretende Beschlagnahme den Schuldner und Grundstückseigentümer nicht, das vorbehaltene Recht noch eintragen zu lassen. Jedoch ist die nach der Beschlagnahme erfolgte Eintragung der Grundschuld dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam (§ 23 ZVG, §§ 135, 136 BGB). Da andererseits der Anspruch des Beschlagnahmegläubigers der mit dem Vorbehalt belasteten Vormerkung im Range nachgeht, ist er gleichermaßen als Zwischenberechtigter zu betrachten. Für die Berücksichtigung der erst nach Eintragung des Versteigerungsvermerks eingetragenen und in den Rangvorbehalt eingewiesenen Grundschuld muss ferner zur Vermeidung eines Rangverlustes bzw. gänzlicher Nichtberücksichtigung noch die Anmeldung des Rechts spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten erfolgen (§§ 37 Nr. 4, 45 Abs. 1, 66 Abs. 2 ZVG).

Eine zusätzliche Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass es sich bei dem mit einem Rangvorbehalt belasteten Recht um kein Grundpfandrecht, sondern um eine Eigentumsvormerkung handelt.

c. Zwischenberechtigter betreibt Zwangsvollstreckung

Betreibt nun der Zwischenberechtigte wegen seiner Ansprüche das Zwangsversteigerungsverfahren, so kann er verlangen, dass das Grundstück mit Bestehenbleiben der Vormerkung versteigert wird, da nur diese, aber nicht die Grundschuld seinen Ansprüchen vorgeht. Die Eigentumsvormerkung ist dabei kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht,⁹ das nach § 28 ZVG von Amts wegen zu berücksichtigen oder nach § 37 Nr. 5 ZVG geltend gemacht werden könnte. Für die bestehen bleibende Vormerkung ist jedoch nach § 51 ZVG i. V. m. § 50 Abs. 2 Nr. 1 ZVG ein Zuzahlungsbetrag durch das Versteigerungsgericht festzusetzen, selbst wenn sie nur einen bedingten Anspruch sichert.¹⁰ Zweck dieser Regelung ist es, ungerechtfertigte Vorteile des Erstehers bei Wegfall der

Vormerkung zu verhindern. Als Folge von § 881 Abs. 4 BGB muss aber darüber hinaus durch die Feststellung entsprechender Versteigerungsbedingungen die Zuzahlung durch den Ersteher gemäß § 125 ZVG auch für den Fall angeordnet werden, dass nach dem Ergebnis der Versteigerung die Vormerkung zur Vermeidung einer Benachteiligung der in den Rangvorbehalt eingewiesenen und ihr vorgehenden Grundschuld nicht bestehen bleiben kann. Die sich infolge der Verwirklichung des Rangtausches ergebende auflösende Bedingtheit der Vormerkung und ihr Erlöschen ist in etwa vergleichbar mit der Situation, wenn ein zur Eigentümergrundschuld gewordenes Grundpfandrecht in der Versteigerung bestehen bleibt, gegen das sich eine im Grundbuch eingetragene Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB für ein durch den Zuschlag erloschenes Recht der Abteilung II richtet, das bei der Erlösverteilung ausfällt.¹¹

d. Ausgebot mit Bestehenbleiben der Grundschuld

Auf Antrag des Grundschuldgläubigers besteht die Möglichkeit, abweichend von den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen über § 59 Abs. 3 ZVG das Grundstück auch mit Bestehenbleiben der Grundschuld auszubieten. Der Zuschlag kann aber, soweit der vorrangige, nicht in das geringste Gebot aufzunehmende Zwischenberechtigte wie auch der Vormerkungsberechtigte eine Benachteiligung erleiden würden, nur auf das Ausgebot unter den gesetzlichen Versteigerungsbedingungen erteilt werden. Doch selbst wenn die Zuschlagserteilung auf die abweichenden Versteigerungsbedingungen mit Bestehenbleiben der Grundschuld erfolgen könnte, müsste gleichfalls als Folge von § 881 Abs. 4 BGB zusätzlich hierzu festgestellt werden, dass diese insoweit erlischt, als sie nicht vor der Vormerkung infolge der Behinderung über den Rangvorbehalt hinaus bestehen kann und der Ersteher außer dem Bargebot den entsprechenden Betrag gemäß § 50 ZVG zuzahlen hat.

2. Zahlenbeispiel

Zur Verdeutlichung der Problematik mag folgendes Zahlenbeispiel dienen, bei dem die ansonsten mit einzubeziehenden Zinsen der Grundpfandrechte der Einfachheit halber weglassen wurden.

Eigentumsvormerkung (R 1) für A mit Rangvorbehalt in Höhe von 80.000 € für eine Grundschuld.

Zwangshypothek (R 2) für B in Höhe von 30.000 €.

Grundschuld (R 3) für C zu 80.000 € unter Ausnutzung des Rangvorbehalts im Rang vor der Vormerkung eingetragen.

Wenn B als Berechtigter der Zwangshypothek die Zwangsversteigerung betreibt und demzufolge die ihm vorgehende Vormerkung grundsätzlich als bestehen bleibend zu berücksichtigen ist, muss für sie, wie schon erwähnt, ein Zuzahlungsbetrag nach § 51 ZVG festgesetzt werden, der die Wertminderung des Grundstücks durch die seitens des Erstehers zu übernehmende Belastung zum Ausdruck bringt. Der Zuzahlungsbetrag bestimmt sich in der Regel nach der Differenz zwischen dem Verkehrswert des Grundstücks abzüglich der der Vormerkung vorgehenden Grundstücksbelastungen.¹²

⁷ Vgl. Stöber, ZVG, 17. Aufl., Rdnr. 6.5.

⁸ Meikel/Böttcher, GBO, 9. Aufl., § 45 Rdnr. 176.

⁹ BGH, NJW 1996, 3147 = Rpfleger 1997, 76.

¹⁰ BGHZ 46, 124 = DNotZ 1967, 34 = NJW 1967, 566; Stöber, ZVG, § 51 Rdnr. 4.2.

¹¹ RGZ 57, 209, 212; Stöber, ZVG, § 125 Rdnr. 5.1.

¹² BGHZ 46, 124.

Unterstellt der Zuzahlungsbetrag für die Vormerkung wird vom Gericht auf 40.000 € festgesetzt und der bare Versteigerungserlös beträgt nach Abzug vorgehender Ansprüche alternativ

25.000 € 30.000 € 60.000 € 80.000 € 110.000 €

so ergibt sich unter jeweiliger Hinzurechnung des Zuzahlungsbetrages für die bestehen gebliebene Vormerkung ein wirtschaftliches Gebot (Gesamterlös) von

65.000 € 70.000 € 100.000 € 120.000 € 150.000 €.

Hiervon entfallen auf die Vormerkung R 1 für A:

Erlös minus R 3 = — — 20.000 € 40.000 € 40.000 €

die Zwangshypothek R 2 für B:

Erlös minus R 1 = 25.000 € 30.000 € 30.000 € 30.000 € 30.000 €

Die Grundsuld R 3 für C:

Der restliche Erlös = 40.000 € 40.000 € 50.000 € 50.000 € 80.000 €.¹³

Wenn der Barerlös geringer als 80.000 € ist, zeigt sich dass der Grundsuldgläubiger bei Fortbestehen der Vormerkung keine seinem Rang entsprechende Befriedigung erlangen würde. Daher muss ein Ausgleich zwischen A und C dadurch herbeigeführt werden, dass gemäß den insoweit vorher getroffenen Versteigerungsbedingungen die Vormerkung als erloschen anzusehen ist und der Ersteher den Zuzahlungsbetrag von 40.000 € zusätzlich zum Bargebot zu entrichten hat. Soweit dabei auf die als erloschen zu behandelnde Eigentumsvormerkung noch einbarer Erlösbetrag entfällt, hier 20.000 € bei 100.000 € Gesamterlös, muss der vorgemerkte Anspruch auf Eigentumsübertragung, solange er noch nicht als endgültig bestehend festgestellt ist, als aufschiebend bedingt nach §§ 119, 120 ZVG behandelt werden.¹⁴ Dies bedeutet zum einen, dass im Teilungsplan nach § 119 ZVG eine Hilfsverteilung des auf die Vormerkung entfallenden Betrages zu erfolgen hat, mit der bestimmt wird, wie der Betrag anderweitig zu verteilen ist, wenn der Anspruch wegfällt. Zum anderen ist der Betrag bis zur Klärung nach § 120 Abs. 1 Satz 1 ZVG durch das Versteigerungsgericht zu hinterlegen.

Erst bei einem Gesamterlös von 120.000 € und mehr errechnet sich eine volle Deckung der Vormerkung, so dass sie uneingeschränkt bestehen bleiben kann und eine Sicherung des Erwerbsanspruchs gemäß §§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB gewährleistet. Soweit die Vormerkung nach den Versteigerungsbedingungen zum Erlöschen gelangt, hat der Vormerkungsberechtigte keinen Anspruch gegenüber dem Ersteher auf Zustimmung zur Verschaffung des Eigentums.

Betreibt der Grundsuldgläubiger C das Versteigerungsverfahren, so ist keines der Rechte in das nach § 44 ZVG aufzustellende geringste Gebot aufzunehmen und damit auch nicht als bestehen bleibend zu berücksichtigen. Die Vormerkung für A nicht, weil sie der Grundsuld im Range nachgeht. Aber auch die Zwangshypothek für B nicht, weil diese sich jedenfalls im Umfang der Eigentumsvormerkung die vorrangige Befriedigung von C gefallen lassen muss und dessen vorrangige dingliche Verwertungsberechtigung gemäß §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB sich aus dem im Grundbuch bereits vorher eingetragenen Rangvorbehalt ergibt. Einwände seitens des B

gegen das Erlöschen seines Rechts, gestützt auf § 880 Abs. 5 BGB scheiden somit aus.

Selbstverständlich kommt es auch zum Erlöschen aller vorgenannten Rechte, wenn ein anderer im Range vorgehender Gläubiger das Zwangsversteigerungsverfahren betreibt.

Die Erlösverteilung hat in den beiden zuletzt genannten Fällen aufgrund des zwischen Vormerkung, Zwangshypothek und Grundsuld bestehenden relativen Rangverhältnisses entsprechend den obigen Ausführungen zu erfolgen. Für die erloschene Eigentumsvormerkung ist dabei auf Anmeldung hin, die noch im Verteilungstermin erfolgen kann, nach § 92 Abs. 1 ZVG ein Wertersatz zu leisten.¹⁵ Der Wert des vorgemerkten Anspruchs auf Eigentumsübertragung ist generell der nach Befriedigung ihrer vorgehenden Rechte verbleibende Resterlös.¹⁶ Eine unbedingte Zuteilung auf den vormerkungsgesicherten Anspruch kann allerdings nur erfolgen, wenn sein Bestand endgültig feststeht. Ansonsten ist, wie schon oben ausgeführt, nach §§ 119, 120 ZVG zu verfahren.

3. Probleme im Zusammenhang mit der Erlösverteilung

Das vorstehende Beispiel zeigt jedoch nur auf, wie ein vorhandener Versteigerungserlös auf die einzelnen Berechtigten aufzuteilen ist. Weitere Schwierigkeiten ergeben sich aber, je nach dem welches Versteigerungsergebnis erzielt wurde, wenn der Ersteher seiner Zahlungsverpflichtung nicht nachkommt, der Erlös also nicht bezahlt wird. Die dann nach § 118 ZVG vorzunehmenden Forderungsübertragungen gegen den Ersteher und deren Absicherung durch Sicherungshypotheken im Range des Anspruchs (§ 128 Abs. 1 Satz 1 ZVG) können dazu führen, dass sich das relative Rangverhältnis an den Sicherungshypotheken untereinander fortsetzt, wobei das Ergebnis einer erneuten Versteigerung ein völlig anderes sein kann, falls dort beispielsweise weniger geboten wird und die gesicherten Ansprüche einen Ausfall erleiden. Auch wenn der Erlös nur teilweise entrichtet wurde, etwa lediglich die nach § 68 ZVG zu leistende Bietsicherheit zur Verteilung zur Verfügung steht, entscheidet der Rang der zu befriedigenden

¹⁵ BGH, NJW-RR 1987, 890, 891; *Böttcher*, ZVG, 4. Aufl., § 92 Rdnr. 25; *Dassler/Schiffhauer*, ZVG, 12. Aufl., § 92 Rdnr. 26. A. A. *Stöber*, ZVG, § 92 Rdnr. 7.1, der die Anwendung von § 92 Abs. 1 ZVG ablehnt, obwohl sie die einzige Vorschrift ist, die einen Wertersatz im Wege der Surrogation für nicht auf Kapitalzahlung gerichtete Rechte bestimmt. Er billigt dem Vormerkungsberechtigten jedoch im Hinblick darauf, dass diesem gegenüber nach § 883 Abs. 2 BGB sämtliche der Vormerkung nachgehenden Verfügungen unwirksam sind, den restlichen Erlös als Übererlös zu.

¹⁶ So die Surrogationstheorie, vgl. BGH, NJW-RR 1987, 890; *Jursnik*, MittBayNot 1999, 125, 126. Die Differenztheorie, vgl. *Blomeyer*, DNotZ 1979, 515, 533 und *Siegmann*, DNotZ 1995, 209 ff. m. w. N., nach der sich der Wertersatz nach dem Wert des Grundstücks unter Abzug der vom Vormerkungsberechtigten noch zu erbringenden Gegenleistung, in der Regel dem Kaufpreis, bestimmen soll ist abzulehnen, weil sie sachen- und schuldrechtlich Belange miteinander in Verbindung bringt, der BGH mit seinem Urteil zur Wiederverwendung von unwirksamen Eigentumsvormerkungen (DNotZ 2000, 639 mit Anm. *Wacke* = MittBayNot 2000, 104 mit Anm. *Demharter* = NJW 2000, 805 = Rpfleger 2000, 154 mit Anm. *Streuer*) die Höhe der Gegenleistung und ähnliche Modalitäten im Umfeld des vorgemerkten Eigentumsverschaffungsanspruchs jedoch aus dem Gehalt der Vormerkung ausgegliedert hat. (So zu Recht *Amann*, MittBayNot 2000, 197, 201). Die von *Stöber*, ZVG, § 92 Rdnr. 7.3 vertretene Ansicht, der beide Theorien ablehnt und dem Vormerkungsberechtigten den nach Wegfertigung aller nach § 10 ZVG vorweg zu befriedigenden Ansprüche verbleibenden Erlös als Übererlös zuspricht (Rdnr. 7.2), läuft im Ergebnis auf das der Surrogationstheorie hinaus.

¹³ Beispiele zur Berechnung finden sich u. a. bei MünchKommBGB/*Wacke*, Rdnr. 18, *Palandt/Bassenge*, Rdnr. 12, *Staudinger/Kutter*, Rdnr. 36 je zu § 881 BGB und *Meikell/Böttcher*, GBO, § 45 Rdnr. 201–203. Die Problematik, wenn eine Vormerkung mit dem Rangvorbehalt belastet wird, ist allerdings nirgends behandelt.

¹⁴ Vgl. *Stöber*, ZVG, § 92 Rdnr. 7.3.

Gläubiger untereinander, wer das bar vorhandene Geld erhält und wer sich mit der Übertragung der Forderung gegen den Ersteher und deren Absicherung durch eine Sicherungshypothek begnügen muss.

4. Fazit

Aufgrund der aufgezeigten und oftmals kaum kalkulierbaren Risiken ist bei der Wahl eines Rangvorbehalts äußerste Vorsicht geboten. Zur Vermeidung von möglichen Schadenersatzansprüchen sollte nach einem eingetragenen Zwischenrecht die Ausnutzung des Rangvorbehalts in der Regel gänzlich unterbleiben.

III. Zwischenrechte beim Rangrücktritt

Auch eine ohne Rangvorbehalt vollzogene Rangänderung durch Rangrücktritt der Eigentumsvormerkung nach § 880 Abs. 2 Satz 1 BGB hinter eine erst später zur Eintragung gelangende Grundschild schafft in der Zwangsversteigerung Probleme, wenn zwischenzeitlich ein weiteres Recht eingetragen wurde. Jedoch sind die Ergebnisse nicht so unwägbar wie beim Rangvorbehalt. Das Zwischenrecht darf in solchen Fällen durch die Rangänderung nicht beeinträchtigt werden (§ 880 Abs. 5 BGB). Wie sich dies auswirkt, soll die nachfolgende Darstellung aufzeigen.

1. Zwangsvollstreckung durch vorgehenden Gläubiger

Betreibt ein allen Rechten im Range vorgehender Dritter die Zwangsversteigerung, so führt die Aufstellung des geringsten Gebots auf diesen Gläubiger bei Durchführung der Versteigerung zum Erlöschen von dessen Recht sowie aller gleich- und nachrangigen Rechte (§§ 44 Abs. 1, 52 Abs. 1 Satz 2, 91 Abs. 1 ZVG). Den erloschenen Rechten steht dann am Versteigerungserlös als Surrogat für das verwertete Objekt gemäß der ihrem Rang entsprechenden Befriedigungsreihenfolge ein Anspruch auf Wertersatz zu, der sich für den Gesetzgeber als selbstverständlich und daher nicht regelungsbedürftig bei Grundpfandrechten an deren Umfang orientiert. Dass aber auch Rechte, die nicht auf Kapitalzahlung gerichtet sind, gleichfalls einen Wertersatz beanspruchen können, ist durch § 92 ZVG klargestellt.

Ist der Wertersatz der zurückgetretenen Vormerkung größer als die vorgetretene Grundschild, so kommt er in Höhe der an dieser Stelle zu berücksichtigenden Grundschild (samt Kosten und Zinsen) erst hinter dem Zwischenrecht zum Zuge. Der verbleibende Mehrbetrag ist jedoch vor dem Zwischenrecht zu berücksichtigen.

Ist der Wertersatz für die Vormerkung kleiner als die vorgetretene Grundschild, so beschränkt sich die Befriedigung der Grundschild vor dem Zwischenrecht auf den Wert der Vormerkung. Der restliche Grundschildbetrag ist nach dem Zwischenrecht, aber vor dem Wertersatz der zurückgetretenen Vormerkung zu befriedigen.

2. Zwangsvollstreckung durch vortretenden Grundschildgläubiger

Betreibt (als bestrangiger) der im Range vor die Vormerkung getretene Grundschildgläubiger das Versteigerungsverfahren, so ist das Zwischenrecht als bestehen bleibend nach § 52 Abs. 1 Satz 1 ZVG in das geringste Gebot aufzunehmen. Dies muss deshalb erfolgen, weil aus der bei Eintragung des Zwischenrechts lediglich vorrangig eingetragenen Vormerkung die Versteigerung nicht betrieben werden kann. Die infolge

des nachträglich erfolgten Rangtausches für die Grundschild sich dadurch ergebende vorrangige Verwertungsposition darf nicht zum Erlöschen des Zwischenrechts führen, da dies ansonsten eine Beeinträchtigung i. S. d. § 880 Abs. 5 BGB wäre.¹⁷ Die hinter die Grundschild zurückgetretene Vormerkung kommt dagegen nicht in das geringste Gebot und erlischt mit dem Zuschlag. Sie hat lediglich einen Anspruch auf Wertersatz nach § 92 Abs. 1 ZVG.

3. Zwangsvollstreckung durch Zwischenberechtigten

Wird das Zwangsversteigerungsverfahren seitens des Zwischenberechtigten betrieben, so soll nach überwiegender Ansicht, um § 880 Abs. 5 BGB gerecht zu werden, von Amts wegen ein Doppelausgebot stattfinden.¹⁸ Insoweit sei zum einen, bezogen auf die hier behandelte Fallsituation, ein geringstes Gebot mit Bestehenbleiben der Vormerkung und zum anderen eines mit Bestehenbleiben der Grundschild zu erstellen.¹⁹

Begründet wird dies damit, dass die Rangänderung gegenüber dem Zwischenberechtigten nicht geltend gemacht werden darf, wenn sie für ihn nachteilig wäre. Ferner wird vorgetragen, dass Rechte, die in Abteilung II des Grundbuchs eingetragen werden, nicht auf Kapitalzahlung gerichtet sind – so auch die Eigentumsvormerkung – und daher einer Aufspaltung der Befriedigungsreihenfolge nicht zugänglich seien. Demzufolge könne erst durch den Vergleich der beiden vorgenannten Ausgebote festgestellt werden, ob der Zwischenberechtigte eine Beeinträchtigung erfährt oder nicht.

Für die Frage der Zuschlagserteilung differieren die Ansichten teilweise. Ist der Zwischenberechtigte bei jedem der beiden Ausgebote voll gedeckt, so sei der Zuschlag auf das Gebot mit der Rangänderung zu erteilen. Führt nur das Ausgebot ohne Rangänderung zur Deckung des Zwischenberechtigten, dann Erteilung des Zuschlags hierauf. Deckt nur das Ausgebot mit Rangänderung die Ansprüche des Zwischenberechtigten, so soll auch darauf der Zuschlag erteilt werden können.²⁰ Dem wird jedoch widersprochen mit dem Hinweis, dass der Zwischenberechtigte nach § 880 Abs. 5 BGB auch keinen Vorteil aus der Rangänderung erfahren darf.²¹ Führe letztlich keines der beiden Ausgebote zur vollen Deckung des Zwischenberechtigten, müsse zur Vermeidung einer Beeinträchtigung stets auf das Ausgebot ohne Rangänderung zugegriffen werden.²²

Diese Lösung vermag als generelle Aussage nicht zu überzeugen, weil sie ohne Not von dem Grundsatz des § 44 ZVG abweicht, der von *einem* geringsten Gebot ausgeht. Sie führt auch zu keinem akzeptablen Ergebnis, wenn beispielsweise der festgesetzte Zuzahlungsbetrag für die zurückgetretene Eigentumsvormerkung mit 40.000 € (wesentlich) geringer ist, als der Umfang der vorgetretenen Grundschild (hier 80.000 €),

¹⁷ Böttcher, ZVG, § 44, 45 Rdnr. 21; Dassler/Schiffhauer, ZVG, § 44 Rdnr. 36; Steiner/Eickmann, ZVG, § 44 Rdnr. 74; Stöber, ZVG, § 44 Rdnr. 6.3 b.

¹⁸ OLG Hamm, Rpfleger 1985, 246 (Kein Fall des § 59 ZVG).

¹⁹ Vgl. dazu Böttcher, ZVG, § 44, 45 Rdnr. 20; Dassler/Schiffhauer, ZVG, § 44 Rdnr. 36; Eickmann, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltungsrecht, 2. Aufl., § 10 III 2 b.

²⁰ Vgl. Drischler, RpfJB 1960, 347, 369; Muth, Zwangsversteigerungspraxis, 1989, 2 Rdnr. 38.

²¹ Böttcher und Eickmann a. a. O. (Fn. 18).

²² A. A. OLG Hamm, Rpfleger 1985, 246: Zuschlag auf das Gebot mit Rangänderung, wenn es dem Zwischenberechtigten eine günstigere Deckung gewährt.

wenn man das Zahlenbeispiel für den Rangvorbehalt zugrunde legt). In einem solchen Fall läge bereits in einem geringsten Gebot mit Bestehenbleiben der Grundschuld in voller Höhe von vornherein ein Verstoß gegen den Deckungs- und Übernahmegrundsatz sowie gegen § 880 Abs. 5 BGB vor. Dem kann nur entgegengewirkt werden, wenn die Grundschuld nach Abzug der bis zum Zuschlag in den bar zu zahlenden Teil des geringsten Gebots aufzunehmenden Zinsrückstände des Schuldners (§ 56 Satz 2 ZVG), in Höhe des restlichen Zuzahlungsbetrages der Vormerkung als bestehen bleibend berücksichtigt wird.

Daher muss richtigerweise, wenn ein nicht auf Geldzahlung gerichtetes Recht, wozu wie schon erwähnt auch die Eigentumsvormerkung zählt, an einer Rangänderung beteiligt ist, für deren Auswirkung auf ein Zwischenrecht grundsätzlich von dem nach § 51 Abs. 2 ZVG im Versteigerungstermin vom Gericht zu bestimmenden Zuzahlungsbetrag ausgegangen werden.²³ Es ist lediglich ein geringstes Gebot aufzustellen, bei dem die vortretende Grundschuld nur im vorbezeichneten Umfang des Zuzahlungsbetrages vor dem Zwischenrecht zu berücksichtigen ist.

²³ So m. E. zu Recht Stöber, ZVG, § 44 Rdnr. 6.4.

Etwas anderes mag für den Fall gelten, dass der Zuzahlungsbetrag nach § 51 Abs. 2 ZVG für die Eigentumsvormerkung beispielsweise auf 90.000 € bestimmt wurde und die vortretende Grundschuld sich lediglich auf 40.000 € beläuft. Aus der alleinigen Berücksichtigung der Grundschuld im geringsten Gebot würde der Zwischenberechtigte einen nach § 880 Abs. 5 BGB nicht gerechtfertigten Vorteil ziehen. Da ansonsten die zurückgetretene Eigentumsvormerkung nicht mit einem restlichen Zuzahlungsbetrag von (90.000 minus 40.000 =) 50.000 € als teilweise fortbestehend berücksichtigt werden kann, und die Vollstreckungsversteigerung die Aufnahme eines baren Ausgleichsbetrags, wie es § 182 Abs. 2 ZVG für die Teilungsversteigerung vorsieht, nicht kennt, bleibt insoweit nur die Zulassung eines Doppelausgebots mit Bestehenbleiben der Vormerkung einerseits und dem Bestehenbleiben der Grundschuld andererseits. Die Zuschlagserteilung muss dann unter Beachtung von § 880 Abs. 5 BGB erfolgen und darf dem Zwischenberechtigten weder einen Vorteil noch einen Nachteil bringen. Hinsichtlich des Gebots mit Bestehenbleiben der Vormerkung hat das Gericht im Versteigerungstermin auf die sich aus §§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB für einen Ersterher des Grundstücks bei Geltendmachung des gesicherten Anspruchs ergebenden Folgen hinzuweisen, weil der Erwerb eine vormerkungswidrige Verfügung darstellt.

Durchlaufende Posten in der notariellen Kostenrechnung

Von Notar Dr. Peter Schubert, München

Nach der Stellungnahme des Bundesfinanzministeriums (BMF) vom 20.6.2005, Gz. IV A 5 – S 7200 – 30/05, unterliegt der Ersatz verauslagter Grundbuchabrufgebühren der Umsatzsteuer, weil Notare im elektronischen Abrufverfahren selbst Gebührenschuldner sind. Das Schreiben des BMF bringt, nachdem das BayObLG¹ die Umlagefähigkeit von Grundbuchabrufgebühren als Auslagen bejaht hatte, Klarheit darüber, wie diese umsatzsteuerlich zu behandeln sind. Es gibt gleichzeitig Anlass, einige grundsätzliche Ausführungen zum Thema „durchlaufende Posten“ zu machen und einige praktische Hinweise zu geben.²

1. Der Begriff des „durchlaufenden Postens“ wird sowohl in § 10 Abs. 1 Satz 6 UStG als auch Art. 11 A III c) der 6. EG-Richtlinie – 6. RLEWG³ – verwendet. Danach zählen Beträge, die der Unternehmer im Namen und für Rechnung eines anderen vereinnahmt und verausgibt, nicht zum umsatzsteuerpflichtigen Entgelt. Auf den ersten Blick unterscheiden sich die EU-Richtlinie und die nationale Bestimmung: Während EU-Recht ein Wahlrecht lässt, ob durchlaufende Posten angesetzt werden und auf diese daher keine Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen ist, formuliert § 10 Abs. 1 Satz 6 UStG, dass solche Posten „nicht zum Entgelt zählen“. Bereits nach nationalem Recht – § 14 c Abs. 1 Satz 1 UStG – würde aber der Unternehmer ohnehin die Umsatzsteuer schulden, wenn er diese auf einen durchlaufenden Posten ausweist. Als vorgehendes Recht bricht jedoch die 6. RLEWG § 10 Abs. 1 Satz 6 UStG, so dass in jedem Fall ein Wahlrecht besteht, bei durchlaufenden Posten dennoch Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen. Will man keine Umsatzsteuer in Rechnung stellen, sind die entsprechenden Positionen in der Buchhaltung auch formal als durchlaufende Posten zu kennzeichnen. Insofern stellt

EU-Recht zusätzliche formale Anforderungen. Aus Sicht des privaten Endkunden ist es in jedem Fall sinnvoll, das bestehende Wahlrecht bei durchlaufenden Posten so auszuüben, dass keine Umsatzsteuer anfällt, weil er die Umsatzsteuer nicht abziehen kann.

2. In einer Vielzahl von Fällen verausgibt der Notar zunächst Kosten, die er später dem Mandanten in Rechnung stellt. Als Beispiele seien hier genannt

- a) Fahrtkosten, z. B. für Taxen oder öffentliche Verkehrsmittel,
- b) fremde Notarkosten oder Bankgebühren,
- c) Kosten für Eintragungen im Grundbuch oder im Handelsregister,
- d) Hinterlegungsgebühren für eine letztwillige Verfügung,
- e) Kosten für die Erteilung einer Apostille oder sonstiger Überbeglaubigungen bzw. Legalisationen,
- f) Eintragungen im Zentralen Vorsorgeregister,
- g) Lebenspartnerschaftsurkunde,
- h) Kosten für Grundbuch- und Registerauszüge für die Beteiligten bzw. sonstige Kopien aus den Grundakten,
- i) elektronische Grundbuch- und Handelsregistereinsichten,
- j) digitale Flurkarte.

¹ MittBayNot 2005, 77.

² Zum Thema Umsatzsteuer, Notar und durchlaufende Posten ausführlich Schubert, UR 2005, 469 ff.

³ Abgedruckt in Beck'sche Textausgaben Steuergesetze Nr. 553.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Behandlung eines Aufwandes als durchlaufendem Posten nicht davon abhängt, ob der Notar für diesen Umsatzsteuer zahlen muss oder nicht. Die Umsatzsteuerpflichtigkeit der Ausgabe bedeutet deshalb noch nicht, dass diese nicht als durchlaufender Posten abziehbar wäre. Umgekehrt impliziert die Umsatzsteuerfreiheit einer Ausgabe noch nicht deren umsatzsteuerfreie Weiterberechnung an den Mandanten. Die vorgenannten Ausgaben lassen sich aber von der Struktur her unterscheiden: Bei den Fahrtkosten – a) – z. B. tritt der Notar als Auftraggeber auf, während in den Fällen b) bis e) der Notar zu erkennen gibt, dass er zwar die Rechnung bezahlt, dies aber letztlich nur für seinen Mandanten erledigt. In den Fällen c) bis e) – z. B. – ist der Beteiligte nach der Kostenordnung unmittelbarer Gebührenschuldner. Im Fall i) ist der Notar für das Abrufverfahren Gebührenschuldner, § 1 der Verordnung über Grundbuchabrufverfahrensgebühren (GBAbVfV)⁴.

3. Das BMF hat zutreffend die Gebührenabrufverfahren nicht als durchlaufende Posten eingeordnet, weil ausschließlich der Notar diese Kosten schuldet. Der Notar hat zudem keine Möglichkeit, nach außen hin kundzutun, dass er für einen anderen auf dessen Rechnung handelt, weil der Abruf elektronisch erfolgt. Das Gleiche gilt für den elektronischen Abruf der digitalen Flurkarte – auch hier ist ausschließlich der Notar Kostenschuldner und kann nicht in irgendeiner Form darlegen, für wen und auf wessen Rechnung er letztlich handelt. Für die anderen unter 2. genannten Kosten gilt:

a) Der Auftraggeber muss nach dem Gesetz zumindest auch Kostenschuldner sein können. Das ist bei verauslagten Gerichtskosten, z. B. Kosten für Apostillen, Grundbucheintragen und Testamentshinterlegungen [Fälle c) bis e)] sicher der Fall. Bislang war der BFH großzügig bei der Annahme von durchlaufenden Posten in einem solchen Fall: Er unterstellte ein Handeln in fremdem Namen und auf fremde Rechnung auch dann, wenn der Notar dies bei seinen Anträgen/Übermittlungen nicht ausdrücklich erklärt hatte.⁵ Letztlich ist das auch sachgerecht, weil der Empfänger in den genannten Fällen die Urkunde erhält und der Kostenschuldner sich aus den Umständen ohne weiteres ergibt. Kosten für Meldungen zum Zentralen Vorsorgeregister oder für Lebenspartnerschaftsurkunden tragen ebenfalls die Beteiligten (nach § 2 der Vorsorgeregister-Gebührensatzung – VRegGebS –⁶, siehe auch § 4 Abs. 1 VRegGebS; § 2 der Satzung der Landesnotarkammer Bayern gem. Art. 4 Abs. 5 AGLPartG). Es ist auch ohne ausdrückliche weitere Erklärung des Notars erkennbar, dass er für die Beteiligten handelt. Auch solche Kosten können somit als durchlaufende Posten behandelt werden.

b) Schwieriger ist die Rechtslage in den Fällen b) und h): Fordert der Notar Grundbuch- oder Registerauszüge an, die auf dem Postwege übermittelt werden oder fordert er sonst irgendwelche Unterlagen an, die er entweder vorläufig selbst bezahlt und sie dann den Beteiligten weiter in Rechnung stellt oder deren Kostenrechnung er an die Beteiligten zur unmittelbaren Bezahlung weiterleitet; dabei wurde bisher in der Praxis nur selten ausdrücklich vermerkt, in wessen Auftrag und auf wessen Rechnung dies geschieht. Aus den Umständen lässt sich zwar i. d. R. entnehmen, dass der Notar im Auftrag eines oder mehrerer Beteiligter handelt. Aber bereits die Person des Kostenschuldners wird bei solchen Anforderungsschreiben nicht mehr mitgeteilt. Werden, wie es der bisher

gängigen Praxis entsprach, diese Kosten als durchlaufende Posten und somit ohne Umsatzsteuer in Rechnung gestellt, dürfte dies mit Art. 11 A III c) der 6. RLEWG ggf. nicht vereinbar sein, weil der Empfänger auch aus den Umständen nicht erkennen kann, für wessen Rechnung gehandelt wird. Insofern unterscheiden sich diese Fälle von der Verauslagung von Gerichtskosten gemäß vorstehend a).⁷

c) Bei Fahrtkosten, z. B. für Taxen oder öffentliche Verkehrsmittel, ist für den Auftragnehmer überhaupt nicht mehr erkennbar, dass der Notar diese Leistungen letztlich mit einem Dritten abrechnet. Allenfalls könnte sich der Notar auf einer Taxi-Quittung vermerken lassen „für Rechnung von ...“. Bei öffentlichen Verkehrsmitteln ist ein solches Verfahren von vornherein ausgeschlossen. Regelmäßig hat der Notar für solche Fahrtkosten also zwingend Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen. Nichts anderes gilt bei Kosten für Fremdkopien, z. B. für große WE-Aufteilungspläne. Auch hier müsste der Notar erklären und auf der Quittung vermerken lassen, dass er auf Rechnung eines Beteiligten handelt.

d) In der Praxis werden und wurden auch eindeutig umsatzsteuerpflichtige Nebenkosten als durchlaufende Posten behandelt, um dem Mandanten die zusätzliche Belastung mit Mehrwertsteuer zu sparen. Dabei hat die Einordnung als durchlaufender Posten für den Notar Nachteile: Da es sich nicht um originäre Kosten des Notars handelt, entfällt für diese Kosten das Eigenvollstreckungsprivileg des Notars. Er muss sie bei Nichtzahlung im Klagewege geltend machen:⁸ Aus diesem Grund kann sich bei größeren Verauslagungen (echten durchlaufenden Posten) empfehlen, vom Kostenschuldner einen Kostenvorschuss anzufordern.

4. Wer auf der umsatzsteuerlich sicheren Seite stehen möchte und einem – nicht vorsteuerabzugsberechtigten – Kostenschuldner weiterhin die Mehrwertsteuer auf Nebenkosten wie z. B. Grundbuchauszüge in Papierform oder verauslagte Bank- oder Notarkosten erhalten (sparen) möchte (wodurch er aber auf sein Vollstreckungsprivileg für die Notarkosten im Hinblick auf diese Posten verzichtet), sollte in seine Anforderungsschreiben sinngemäß folgende Formulierung aufnehmen:

Anforderung Grundbuch-/Registerauszug:

„Die Anforderung erfolgt im Namen und auf Rechnung von ... (es folgen Name und Anschrift des Kostenschuldners). Die Kosten werden von mir einstweilen verauslagt.“

Sonstige Anforderungen mit Kostenrücklauf:

„A und B haben mich beauftragt, für Rechnung des B (Name und Anschrift) folgende Erklärung anzufordern: ...“

Für Unternehmer, die die Notarkosten von der Vorsteuer abziehen können, ist die Einordnung als durchlaufender Posten unerheblich. Nach EU-Recht besteht zwar ein Wahlrecht, ob Umsatzsteuer in Rechnung gestellt wird oder nicht, auch wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für durchlaufende Posten gegeben sind. Gegenüber einem Nichtunternehmer dürfte sich jedoch aus dem Auftragsverhältnis mit den Beteiligten eine Pflicht des Notars ergeben, das Wahlrecht so auszuüben, dass Kosten, die im Namen und auf Rechnung des Kostenschuldners verauslagt wurden, als durchlaufende Posten behandelt werden und keine Umsatzsteuer darauf in Rechnung gestellt wird.

⁴ Abgedruckt in *Demharter*, GBO, 25. Aufl. 2005, § 133 vor Rdnr. 1.

⁵ Z. B. BFH, BStBl III 1967, 719 = NJW 1968, 423; BFH, BFH/NV 1989, 744.

⁶ Abgedruckt in *DNotZ* 2005, 81.

⁷ Zu den daraus folgenden Empfehlungen für die Praxis sogleich unter 4.

⁸ *Reimann* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, *KostO*, § 152 Rdnr. 34 – privater Aufwendungsersatzanspruch aus § 670 BGB.

TAGUNGSBERICHT

Der notarielle Kaufvertrag: Eine Bestandsaufnahme der Schuldrechtsreform und der europäischen Einflüsse

Bericht über das fünfte Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg am 24.6.2005

Von Notarassessor Dr. *Frank Eckert*, Mag. rer. publ., Würzburg

Wenn ein Jahrhundertprojekt (Europäische Union) und eine „Jahrhundertreform“ (Schuldrechtsmodernisierung) auf ein Jahrhundertwerk (BGB) treffen, so hat dies zwangsläufig auch Auswirkungen auf die notarielle Praxis. Deshalb liegt es nahe, einmal eine Bestandsaufnahme über die Einflüsse der Schuldrechtsreform und des europäischen Rechts auf den notariellen Kaufvertrag zu machen. Dieser Aufgabe hatte sich das Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg angenommen. Am 24.6.2005 fand daher in Würzburg – bereits zum fünften Mal – im Gartenpavillon des Juliusspitals unter Teilnahme und Mitwirkung von Rechtswissenschaftlern und Rechtspraktikern ein wissenschaftliches Symposium des Instituts statt. Für dieses Symposium konnte das Institut sechs hochkarätige Referenten aus der notariellen Praxis und aus dem Hochschulbereich gewinnen.

I. Schuldrechtsreform, Privatautonomie und Vertragsbindung (*Lorenz*)

Zu Beginn referierte Professor Dr. *Stefan Lorenz*, München, über „Privatautonomie, Vertragsbindung und neues Kaufrecht“. Privatautonomie als Nichteinmischung der Rechtsordnung in den freien, selbstbestimmten Willen des Individuums und Vertragsbindung („pacta sunt servanda“) seien, so *Lorenz*, nach wie vor Eckpfeiler der Privatrechtsgesellschaft in Deutschland. *Lorenz* überprüfte in seinem Vortrag zunächst, ob die Vorwürfe an die Schuldrechtsreform, sie greife in die Privatautonomie ein, tatsächlich zuträfen. Unter diesem Blickwinkel verglich er die Grundsätze der Privatautonomie mit dem neuen Unmöglichkeitensrecht und der durch die Schuldrechtsreform vorgenommenen Abschaffung gesetzlicher Garantiehaftungstatbestände (z. B. § 279 BGB a. F.). *Lorenz* kam hier zu dem Ergebnis, dass sich systembedingte Angriffe auf die Privatautonomie im allgemeinen Leistungsstörungenrecht nicht feststellen lassen, sondern dass vielmehr durch die Abkehr von Garantiehaftungstatbeständen die Privatautonomie sogar stärker betont werde. Allerdings dürfe man nicht verkennen, dass für die Privatautonomie im Kaufrecht auch Einschränkungen durch einzelne Regelungen des Kaufrechts überprüft werden müssten. Ein auch für die notarielle Praxis besonderes Problem stellte hier nach der Schuldrechtsreform § 444 BGB dar, weil unklar war, inwieweit bei Kaufverträgen über Gesellschaftsanteile limitierte Garantien zulässig sind. Durch die nun erfolgte Ersetzung des Wortes „wenn“ durch das Wort „soweit“ sei jedoch – so *Lorenz* – auch dieses „Scheinproblem“ erledigt. Die Privatautonomie habe zumindest im Recht des Verbrauchsgüterkaufs jedoch eine bedenkliche Einschränkung erfahren. Diese gelte insbesondere für die Regelungen des Unternehmerregresses als wirtschaftlich zwingendes Recht. Im Hinblick auf die Vertragsbindung nach

der Schuldrechtsreform kam *Lorenz* zu dem Ergebnis, dass durch die Schuldrechtsmodernisierung dieser Grundsatz nicht geschwächt, sondern in Teilbereichen sogar eher verstärkt wurde, z. B. durch die Abschaffung von früheren Vermutungsregeln zugunsten vertraglicher Rücktrittsrechte. Nach Ansicht von *Lorenz* ist die wohl wichtigste Stärkung des Grundsatzes der Vertragstreue in der Einführung eines grundsätzlich vorrangigen Nacherfüllungsanspruchs im Falle von Sach- und Rechtsmängeln im Kaufrecht zu sehen. *Lorenz* konstatierte jedenfalls, dass das neue Schuldrecht dreieinhalb Jahre nach seinem Inkrafttreten trotz seiner Komplexität nicht nur in der Praxis gut angekommen sei, sondern dass auch grundlegende Systemfehler nicht hervorgetreten und auch nicht zu erwarten seien. Die Grundpfeiler unserer Privatrechtsordnung, Privatautonomie und Vertragsbindung, seien jedenfalls nicht durch das neue Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht systembedingt beeinträchtigt worden.

II. Akzeptanz der Schuldrechtsreform beim Grundstückskaufvertrag (*Brambring*)

Nach dieser allgemeinen Einführung referierte sodann Notar Professor Dr. *Günter Brambring*, Köln, Vorstandsmitglied des Instituts, über die „Akzeptanz der Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis beim Grundstückskaufvertrag“. Er stellte bereits am Anfang seines Vortrages fest, dass nach über drei Jahren Schuldrechtsreform deren Neuregelungen keine Herausforderungen mehr für die notarielle Praxis seien. Veröffentlichte Kritik an der mangelhaften Umsetzung der Schuldrechtsreform beim Grundstückskaufvertrag sei bemerkenswerterweise genauso wenig anzutreffen wie Gerichtsentscheidungen, in denen Notaren vorgeworfen werde, das neue Recht nicht zu beherrschen. Auch die Anfragen beim Deutschen Notarinstitut, in denen die Schuldrechtsreform eine wesentliche Rolle spiele, seien verschwindend gering. Gründe hierfür sah *Brambring* darin, dass zum einen das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts die Praxis der Rechtsanwendung bei der Vertragsgestaltung vereinfacht habe und dass zum anderen zur Akzeptanz des neuen Rechts auch zahlreiche spezifische Aufsätze zu Einzelthemen, von Notaren für Notare geschrieben, beigetragen hätten. So seien zahlreiche Vertragsklauseln zur Anpassung an das neue Recht vorgeschlagen und von den Notaren auch schnell umgesetzt worden. Vergleiche man zudem die realen Fälle der notariellen Praxis mit den doch eher fiktiven Fällen in den kritischen Stellungnahmen der Zivilrechtswissenschaft, so verwundere es nicht, dass die notarielle Praxis wenig Probleme mit der Umsetzung der Schuldrechtsreform gehabt hätte. *Brambring* nahm daher für die Notare in Anspruch, dass sie das neue Recht nicht nur akzeptiert, sondern auch in kürzester Zeit „ratifiziert“ hätten; dies zeige die Fähigkeit der Notarinnen und Notare, sich auf

die praktisch relevanten Änderungen zu konzentrieren, die unmittelbar auf die Vertragsgestaltung Einfluss nehmen, was allerdings das Verständnis für die neuen Strukturen des Leistungsstörungenrechts voraussetze. Allenfalls in Einzelfällen hätte es auch für die notarielle Praxis Probleme gegeben. So sei die durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte 30-Tages-Frist bei Geldschulden auch für den Grundstücksverkäufer inakzeptabel gewesen. Ärgerlich sei für den Grundstückskaufvertrag auch der funktionale Verbraucherbegriff in § 13 BGB, der für die beurkundungsrechtlichen Vorschriften nichts taue. Hier werde der Verbraucher zum unmündigen Bürger degradiert, es werde der Weg zu einem im Einzelnen ausgehandelten Individualvertrag mit dem im Einzelfall sachgerechten Haftungsausschluss versperrt. Auch die Anwendung der Regeln über den Verbrauchsgüterkauf auf mitverkauftes Inventar sei wegen der Notwendigkeit detailgenauer und umfangreicher Sachmängelregelungen im Verbrauchergrundstückskauf ein Ärgernis. Aber auch dies hätten die Notare umgesetzt. Im Bereich des Grundstückskaufvertrages hätte daher die Schuldrechtsreform bei den Notaren im Großen und Ganzen ihre Praxisaugenlichter unter Beweis gestellt. Summa summarum konnte *Brambring* – mit einem gewissen Stolz – feststellen, dass es Akzeptanzprobleme der Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis beim Grundstückskaufvertrag fast nicht gegeben hätte.

III. Kaufrecht und europarechtskonforme Auslegung (*Faust*)

Im dritten Vortrag referierte Professor Dr. *Florian Faust*, Bucerius Law School Hamburg, über „Europarechtskonforme Auslegung des neuen deutschen Kaufrechts“. *Faust* machte deutlich, dass jede Anwendung deutschen Kaufrechts erfordere, sich zunächst Klarheit über den Inhalt der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu verschaffen. Das reformierte Kaufrecht diene nämlich gerade auch der Umsetzung dieser Richtlinie und könne daher nicht autonom aus sich heraus ausgelegt werden, sondern es müsse bei der Auslegung auch der europarechtliche Hintergrund berücksichtigt werden. Zu beachten sei zudem, dass bei der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eine nicht unerhebliche überschießende Umsetzung der Richtlinie vorliege, weil der nationale Gesetzgeber das nationale Recht in größerem Umfang an die Richtlinie angepasst habe, als zu deren Umsetzung erforderlich gewesen wäre. Hier komme zwar keine unmittelbare Wirkung der Richtlinie in Betracht, allerdings sei auch bei der Auslegung im überschießenden Bereich beachtlich, dass sich der Gesetzgeber für die Einheitlichkeit des Kaufrechts durch Anpassung des allgemeinen Kaufrechts an die Richtlinie entschieden hätte. *Faust* zeigt dann den Teilnehmern Reibungspunkte zwischen dem BGB und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf. Diese träten auf bei der Vertragsmäßigkeit der Leistung, beim Anspruch auf Ersatzlieferung bei Stückschulden und bei der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, aber auch bei der Fristsetzung bei Minderung und Rücktritt. In seinem Vortrag kam *Faust* daher zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber an einigen Stellen richtlinienwidrige Neuregelungen getroffen hätte, die möglichst schnell zu beheben seien. Der Vortrag zeigte jedenfalls, wie sehr die Auslegung des deutschen Kaufrechts mittlerweile vom Europarecht beeinflusst wird und dass dieser Umstand jeden angeht, der mit deutschem Kaufrecht zu tun hat. Auch bei Grundstücks- und sogar bei Unternehmenskaufverträgen kann man – dies machte *Faust* deutlich – die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nicht ignorieren. So konnte *Faust* am Ende des Vortrages feststellen, dass das deutsche Kaufrecht durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie eine neue Dimension gewonnen habe, die auch für die Notare eine neue Herausforderung darstelle.

IV. Vertragliche Vereinbarungen beim Kauf von Gebrauchtimmobilien (*Amann*)

Von den Höhen des Europarechts führte Notar Dr. *Hermann Amann*, Berchtesgaden, die Zuhörer dann wieder in die Niederungen des notariellen Alltagsgeschäftes. Er referierte über „Beschaffensvereinbarungen und Ausschluss der Rechte des Käufers wegen Sachmängeln beim Kauf von Gebrauchtimmobilien – ein Erfahrungsbericht“. Der Erfahrungsbericht beruhte dabei auf einem Fragebogen an ca. 60 bayerische Notarinnen und Notare. Der Verkauf gebrauchter Immobilien hat nach Zahl und wirtschaftlichem Volumen der abgeschlossenen Verträge inzwischen eine größere Bedeutung als der Verkauf neuer Immobilien, so dass die meisten Grundstückskaufverträge auch in der notariellen Praxis Kaufverträge über Gebrauchtimmobilien sind. Kernstück ist hierbei oft die Regelung der Rechte des Käufers wegen Sachmängeln. In der Praxis sei es jedenfalls ein Bedürfnis, Käuferrechte auszuschließen oder abweichend vom Gesetz zu regeln, gerade weil es eine Norm für den Zustand gebrauchter Sachen – anders als bei neuen Sachen – nicht gebe. So war es auch nicht überraschend, dass bei zwei Drittel der befragten Notare die gesetzlichen Rechte des Käufers nicht uneingeschränkt belassen werden. Überraschend war jedoch, dass nach wie vor eine deutliche Mehrheit eine pauschale Beschaffensvereinbarung vorschlugen, obwohl die herrschende Meinung sie schlicht als Ausschluss von Sachmängelrechten versteht und sie demgemäß denselben Grenzen, die einem solchen Ausschluss gesetzt sind, unterwirft. Den Ausschluss von Käuferrechten durch spezielle negative Beschaffensvereinbarungen benutzen dagegen nur wenige der befragten Notare in ihren Verträgen. Zur Begründung von Käuferrechten durch spezielle positive Beschaffensvereinbarungen erbrachte die Umfrage von *Amann* ein buntes Bild positiver Beschaffensvereinbarungen: von der Vereinbarung, dass keine Beschränkungen aus Wohnungsbindung vorliegen, über die Feststellung, dass keine altrechtlichen Dienstbarkeiten bestehen, bis hin zu Vereinbarungen, dass das verkaufte Bauwerk baurechtlich zulässig sei. Interessant war die Antwort auf die Frage, ob seit der Schuldrechtsreform Beschaffensvereinbarungen häufiger oder seltener vorkommen als zuvor. Hier antworteten 59 %, dass dies ungefähr gleich häufig vorkomme. Immerhin 41 % der Befragten äußerten jedoch, Beschaffensvereinbarungen würden häufiger getroffen als zuvor. Hinsichtlich des Schutzes des Käufers durch Garantien war es wiederum nicht überraschend, dass fast 10 % der Notare niemals eine Garantie vorschlagen und nur 65 % äußerst selten. Die Vorschläge der restlichen 25 % verteilen sich auf Garantien zu einzelnen Merkmalen wie baurechtliche Zulässigkeit oder „keine Beschränkung aus Wohnungsbindung oder sozialer Wohnungsförderung“. Interessant war, dass sämtliche befragte Notare, wenn auch zu unterschiedlichen Themen, die sogenannte Arglistprobe in ihren Verträgen verwenden, bei der der Verkäufer erklärt, dass ihm von bestimmten erheblichen und typischerweise schwer erkennbaren Mängeln nichts bekannt ist. Die Umfrage von *Amann* ergab auch, dass die Notare die neue Rechtsprechung des BGH zu Sachmängeln, die zwischen Besichtigung, Vertragsschluss und Besitzübergang entstehen, akzeptiert und umgesetzt hätten. *Amann* berichtete dann weiter, dass aus der Umfrage deutlich werde, dass viele Notarinnen und Notare rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten bei der Feststellung von Unternehmer- und Verbraucherhandeln hätten. Hinsichtlich des Verbrauchsgüterkaufes bei Immobilien, also des Mitverkaufs von Inventar, berichteten 45 % der Notare, dass die von der h. M. geforderte Anwendung des Verbrauchsgüterkaufrechts auf mitverkaufte bewegliche Sachen wie Inventar kein Ver-

ständnis bei den Beteiligten finden würde. Ungefähr ein Drittel der Notare schließt Käuferrechte wegen Mitverkaufs gebrauchter beweglicher Sachen aus, soweit § 475 BGB dies erlaubt. Insgesamt hat der Bericht von *Amann* ergeben, dass die Notare beim Kaufvertrag über Gebrauchtimmobilien die Schuldrechtsreform und auch die auf europäisches Recht zurückgehenden neuen Regelungen akzeptiert und größtenteils auch umgesetzt haben.

V. Gestaltungsempfehlungen zum gewerblichen Grundstückshandel (*Tiedtke*)

Im fünften Vortrag des Symposiums kam eine Besonderheit der Würzburger Symposien zum Tragen. Das Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg ergänzt nämlich seine Symposien regelmäßig mit einem zum Thema passenden steuerrechtlichen Referat. Professor Dr. *Klaus Tiedtke*, Vorsitzender des Instituts, referierte daher über „Gestaltungsempfehlungen zum gewerblichen Grundstückshandel unter Berücksichtigung des Beschlusses des großen Senates des BFH vom 10.12.2001, GrS 1/98, und des BMF-Schreibens vom 26.3.2004“. Beim Grundstückskaufvertrag ist aus steuerrechtlicher Sicht für die Notare nicht nur interessant, wann ein privates Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 EStG vorliegt, sondern auch, ob ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, wodurch eine Besteuerung nach § 15 EStG droht. Die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb wird dabei überschritten, wenn nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund tritt. Zur Konkretisierung hat die Rechtsprechung die sogenannte Drei-Objekte-Grenze eingeführt. *Tiedtke* stellte dann Fälle der Aufweichung der Drei-Objekte-Grenze vor. So hat der BFH verschiedentlich Gewerblichkeit trotz Unterschreitens der Drei-Objekte-Grenze angenommen, z. B. beim Verkauf vor oder während der Bebauung oder bei Bebauung des Grundstücks von vornherein auf Rechnung des Erwerbers. Umgekehrt wurde vom BFH auch schon Vermögensverwaltung trotz Überschreitens der Drei-Objekte-Grenze angenommen, beispielsweise in Fällen eines echten Zwangsverkaufs. Objekt im Sinne der Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel ist dabei jedes selbständig veräußerbare und nutzbare Immobilienobjekt. Ausnahmen ergeben sich unter dem rechtlichen Aspekt der wirtschaftlichen Einheit nach den §§ 2, 93 BewG und nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung bei Mehrfamilienhäusern, die nicht nach dem WEG aufgeteilt sind, weil es dort nicht auf die Anzahl der vorhandenen Wohnungen ankommt. Nach Ansicht des BMF ist jedoch z. B. auch die Garage Objekt im Sinne der Drei-Objekte-Grenze. Veräußerungsgeschäft im Sinne des gewerblichen Grundstückshandels ist zudem auch die Einbringung von Grundbesitz in eine Kapitalgesellschaft zum Verkehrswert unter Übernahme von Verbindlichkeiten und zusätzlicher Gewährung von Gesellschaftsrechten. *Tiedtke* gab den Beteiligten schließlich noch Gestaltungsempfehlungen zur Vermeidung des gewerblichen Grundstückshandels. Die wichtigsten Möglichkeiten zur Vermeidung bestehen in der langfristigen Eigennutzung oder Vermietung des Grundbesitzes ohne Veräußerung.

Zudem könnten Immobiliengeschäfte innerhalb der Familie verteilt werden. Auch böte sich der Verkauf durch Gesellschaften nach Auseinandersetzung statt Verkauf durch die Personengesellschaft oder Anteilsverkauf an. Eine Abschirmwirkung ergebe auch die Einschaltung einer GmbH oder AG. Weiterhin könnte vor Verkauf Wohnungseigentum aufgehoben oder anstelle des Verkaufs Erbbaurechte eingeräumt werden. Der Vortrag von *Tiedtke* hat jedenfalls den Zuhörern deutlich gemacht, dass die Problematik des gewerblichen Grundstückshandels nach wie vor groß ist und daher auch die Notare bei Grundstückskaufverträgen eine gewisse Sensibilität hierfür haben sollten.

VI. Verbundene Geschäfte beim Grundstückskaufvertrag (*Hertel*)

Im Abschlussvortrag referierte Notar a. D. *Christian Hertel*, Würzburg, Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts, über „Verbundene Geschäfte beim Grundstückskaufvertrag“. Er differenzierte zunächst zwischen verbundenen Geschäften im Sinne der Erstreckung des Beurkundungserfordernisses nach § 311b Abs. 1 BGB und verbundenen Verträgen im Sinne von § 358 Abs. 3 BGB. Ausgehend von der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, also insbesondere von der Haustürwiderrufs- und der Verbraucherkreditrichtlinie, zeigte *Hertel* den Anwesenden die Entwicklung der Rechtsprechung des BGH auf. Weiterhin ging er auf das Widerrufsrecht auch außerhalb verbundener Verträge ein. Dieses Problem beschäftigt derzeit den EuGH. Für die Notare wichtig ist insbesondere der Begriff des verbundenen Vertrages beim finanzierten Grundstückserwerb, wie § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB dies vorgibt. *Hertel* zeigte hier den Anwesenden die einzelnen Voraussetzungen dieser Vorschrift auf, so kann eine wirtschaftliche Einheit z. B. dann angenommen werden, wenn eine Bank ihre Rolle als Kreditgeber überschreitet. Rechtsfolge bei verbundenen Geschäften ist das Widerrufsrecht aus dem verbundenen Vertrag nach § 358 Abs. 1 BGB, der Widerruf des Verbraucherdarlehens nach § 358 Abs. 2 BGB sowie der Rückforderungs- und Einwendungsdurchgriff nach den §§ 358 Abs. 4 Satz 3, 359 BGB. Als Folge für die notarielle Vertragsgestaltung dürfte wohl eine Belehrungspflicht über das Widerrufsrecht in der Regel nur in den seltensten Fällen in Betracht kommen, weil der Notar oft die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme eines verbundenen Vertrages nicht kennt. Trotz der schwerwiegenden Rechtsfolgen für verbundene Geschäfte beim Grundstückskaufvertrag dürfte daher die Auswirkung auf die notarielle Praxis aus tatsächlichen Gründen eher gering sein. Zu belehren wäre jedenfalls über die Risiken sowohl für den Erwerber als auch für den Veräußerer wie gegebenenfalls auch für den Darlehensgeber. Abschließend ging *Hertel* dann noch auf die Problematik von verbundenen Geschäften im Hinblick auf das Rechtsberatungsgesetz ein.

Auch das fünfte Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg hat wieder einmal gezeigt, dass die Würzburger Symposien mit ihrer Mischung aus Praxis und Wissenschaft für jeden Notar ein Gewinn sind und zudem den Dialog zwischen Wissenschaft und notarieller Praxis fördern. Das sechste Wissenschaftliche Symposium für 2006 ist bereits in der Planung – man kann sich schon jetzt darauf freuen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Lettke (Hrsg.): Erben und Vererben. UVK Verlagsgesellschaft mbH, 2003. 285 S., 39 €

Der zu besprechende Tagungsband wurde inspiriert von dem Seminar „Erben und Vererben in der Gegenwartsgesellschaft“, das am 6. und 7.12.2002 an der Universität Konstanz stattfand. Dieses Seminar wiederum ist eine Frucht der Begegnung von Prof. Dr. *Lüscher* von der Universität Konstanz und Notar Prof. Dr. *Bengel*, beide Referenten beim 64. Deutschen Juristentag vom 17. bis 22.9.2002 in Berlin, der sich in der Abteilung Zivilrecht im Zusammenhang mit dem Generalthema der Verwandtensolidarität u. a. mit der Frage befasste, ob die unveränderte Beibehaltung des Pflichtteilsrechts noch zeitgemäß sei. Diskussionsbedarf bestand nicht zuletzt vor dem Hintergrund der deutschen Wiedervereinigung, in deren Folge westdeutsche Juristen mit der Tatsache konfrontiert wurden, dass im anderen Teil Deutschlands Pflichtteilsansprüche nur noch in erheblich reduzierter Form bestanden und auch hierzulande angesichts sich auflösender Familienstrukturen das Prinzip einer auf der bloßen Verwandtschaft beruhenden Mindestbeteiligung am Nachlass der Eltern von diesen keineswegs mehr durchgehend als gottgegeben angesehen wird. Der Deutsche Juristentag konnte sich letztlich nicht dazu durchringen, dem Gesetzgeber eine Abschaffung des Pflichtteilsrechts zu empfehlen. Es blieb bei dem Vorschlag der Herabsetzung der Quote und verschiedener Modifikationen. Die Übereinstimmung des geltenden Pflichtteilsrechts mit den Grundsätzen der Verfassung wurde erst kürzlich vom Bundesverfassungsgericht wieder bestätigt.

Aus alledem folgt jedoch nicht, dass der unter gesellschaftspolitischen Gesichtspunkten angestoßene Denkprozess damit beendet wäre. So wie die an der Diskussion des Juristentags beteiligten Soziologen den Eindruck gewannen, dass Notare zum empirischen Erkenntnisgewinn im Bereich des Erbens und Vererbens viel beitragen können, wurde für die notarielle Seite deutlich, dass den aus der Kautelarpraxis entwickelten Fallgruppen dem Notar vertrauter Gestaltungsmöglichkeiten bisher wenig gesichertes Zahlenmaterial zugrunde liegt, das für die wissenschaftliche Diskussion gesellschaftspolitisch wünschenswerter Fortentwicklungen des Zivilrechts brauchbar wäre.

Das oben genannte Seminar diente dem Zweck, die interdisziplinäre Diskussion fortzusetzen und angesichts der heranrollenden Erbschaftswelle Anregungen für die gezielte wissenschaftliche Arbeit zu erhalten. Wie immer bei interdisziplinären Veranstaltungen bestand die Herausforderung für die Teilnehmer zunächst darin, sich untereinander verständlich zu machen, da sowohl bei den Juristen als auch den Soziologen Begriffe verwendet werden, die der Umgangssprache entlehnt scheinen, aber bestimmte fachspezifische Bedeutungen haben, die der anderen Seite nicht geläufig sind. Im Anschluss an das Seminar wurden die Referenten aufgefordert, für einen Tagungsband schriftliche Beiträge zu liefern. Da dies aufgrund der knappen Zeitvorgaben nicht für alle Teilnehmer möglich war, decken sich die Beiträge des Seminars und die Beiträge des Tagungsbandes nur teilweise. Der Qualität des Tagungsbandes tut dies jedoch keinen Abbruch, vielmehr wurde das bereits beim Seminar aufgezeigte Spektrum um interessante Aspekte erweitert. Nachfolgend soll zunächst kurz über das Seminar berichtet und sodann der Tagungsband besprochen werden.

Lettke gab als Leiter des Seminars zunächst eine Einführung in das Thema, indem er die Zusammenstellung der ausgewählten Referate erläuterte und zu dem von *Lüscher* aus der Psychologie übernommenen Begriff der Ambivalenz in Bezug setzte. Die Ambivalenzforschung interessiert sich im Gegensatz zu anderen soziologischen Forschungsansätzen, die auf der Tagung ebenfalls vertreten waren und die das Thema des Erbens und Vererbens unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit oder der Gerechtigkeit behandeln, für die Konfliktträchtigkeit gesellschaftlicher Vorgänge. Zu dem Ansatz der Ambivalenzforschung ist es für den Juristen wesentlich einfacher einen argumentativen Zugang zu finden als zu den Ansätzen, die sich mit Gleichheit und Gerechtigkeit befassen, da ihm die Konfliktträchtigkeit des Erbens und Vererbens aus Erfahrung bekannt ist, er jedoch normalerweise die Ursache des Konflikts, nämlich den Vorrang der Testierfreiheit vor dem Prinzip der Gleichheit im Erbrecht nicht in Frage stellt.

Es folgte ein Referat von *Szydlík* zum Thema „Erbschaften: Theorie und Empirie“, das Zahlenmaterial vorstellte, das vom sozioökonomischen Panel erhoben worden war, jedoch wenig Bezug zum Tätigkeitskreis des Notars aufwies.

Der anschließende Beitrag von *Schulte* „Erben aus psychologischer Sicht – Ergebnisse einer aktuellen Marktuntersuchung“ stellte eine Studie vor, die für eine Tochtergesellschaft der Deutschen Bank als Auftragsarbeit erstellt worden war. Damit sollten Motivationen, Gefühle und Zahlenmaterial aus Sicht von Erblassern und Erben untersucht werden mit dem Ziel, die Ergebnisse für die Beratung durch das Bankinstitut nutzbar zu machen. Viele der daraus gewonnenen Erkenntnisse sind dem Notar strukturell vertraut. Interessant an dem Beitrag war jedoch nicht nur, die eigene Erfahrung in Zahlen ausgedrückt zu finden, sondern einen Ausblick auf konkrete wirtschaftliche Erwartungen und die Art und Weise zu erhalten, wie hieraus Gewinn für die wirtschaftliche Beratung gezogen werden soll.

Es schloss sich der Beitrag *Erber-Faller* aus notarieller Sicht mit dem Titel „Typische Fallgruppen bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen“ an. Was für den Notar völlig selbstverständlich ist, nämlich der immer wiederkehrende Wunsch nach typischen erbrechtlichen Gestaltungen, für die die Kautelarpraxis etwa Begriffe wie Berliner Testament, Geschiedenen-testament, Behindertentestament, Unternehmertestament bildet, war vor allem für die soziologischen Vertreter der Ambivalenzforschung interessant, weil sich darin typische Konfliktfelder abbilden. Die Querverbindung zur vorweggenommenen Erbfolge war für die Soziologen ein völlig neuer Aspekt. So wurde denn auch im Anschluss an die Tagung vereinbart, bei künftiger empirischer Forschung zusammen zu arbeiten.

Willekens verfolgte mit seinem Referat „Die (Ir-)Relevanz des Erbrechts für das Erben und Vererben“ das Ziel, durch einen Vergleich verschiedener Rechtsordnungen Europas darzustellen, dass die vom Gesetzgeber gewünschte Form des Erbens und Vererbens sich keineswegs immer mit dem deckt, was die Beteiligten sich vorstellen. Er stellte deshalb verschiedene Praktiken der Betroffenen vor, erbrechtliche Vorschriften zu umgehen, indem etwa Erbengemeinschaften nicht auseinander gesetzt werden oder Ehen mit dem Ziel vermittelt werden, einen durch Erbschaft geteilten Besitz wieder zusammenzubringen. Für den Praktiker des deutschen Rechts ergab sich hieraus, dass sich mit dem deutschen Erbrecht offensichtlich

im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen die Wünsche von Erblassern in der Regel realisieren lassen, während natürlich auch hier bei Einigkeit der Erben nicht gewährleistet werden kann, dass der Erblasserwille durchgesetzt wird.

Juristisch sehr gut nachvollziehbar, präzise sowie gerade in seinen historischen Bezügen rechtspolitisch hochaktuell war das Referat von *Beckert* zum Thema „Begründungsordnungen des Erbrechts. Deutschland, Frankreich und die USA im Vergleich“. Dabei ging es nicht um die Darstellung der verschiedenen Erbrechte, sondern um die Argumente, mit denen die Erbschaftsbesteuerung in den jeweiligen Ländern gesetzlich eingeführt wurde. Während in Deutschland die Erbschaftsbesteuerung vorwiegend mit Rücksicht auf den Zusammenhalt des Familienvermögens diskutiert wurde, stand in Frankreich das Argument der Gleichheit der Bürger im Vordergrund. In den USA wurde eine hohe Erbschaftsbesteuerung deshalb propagiert, weil man zu einer Chancengleichheit der Bürger und zu einer Vermeidung der als undemokratisch empfundenen Ansammlung von großen Vermögen im Erbwege gelangen wollte. Es zeigte sich, dass in den genannten Ländern auf der Grundlage völlig verschiedener Argumentationen ähnliche Lösungen gefunden wurden, bei denen letztlich maßgeblich war, dass dem Staat eine Einnahmequelle erschlossen werden sollte, die sozialverträglich auszugestalten war.

Hansert referierte anschließend über „Erbchaft und Familiengründung als Zukunftsgestaltung“, wobei nur ein Teil des Beitrags der Bedeutung des Vermögens für die Familiengründung im Allgemeinen gewidmet war. Ein weiterer Schwerpunkt lag auf der Darstellung der Weitergabe von Vermögen im Bereich des Adels als exemplarischer Form der Vermögensbildung und des Vermögenserhalts.

Der Vortrag „Vermögensbildung durch empfangene Immobilienerbschaften“ von *Schüssler* stellte die Ergebnisse einer Prognos-Studie dar, wobei es sich eher um die Kritik der Studie handelte, da aus der Darstellung überdeutlich wurde, wie Ergebnisse durch die Fragestellung beeinflusst werden. So wurde etwa nur nach von Todes wegen erworben und noch im Eigentum der Befragten vorhandenen Immobilien gefragt. Diejenigen, die eine Immobilie erhalten und anschließend verkauft haben, tauchten in der Studie gar nicht mehr auf der Empfängerseite auf. Aufgrund dieser und anderer methodisch bedingter Unschärfen dürfte die Studie kaum in anderem Zusammenhang brauchbar sein.

Stutz berichtete dann über „Erben in der Schweiz, ein Forschungsprojekt zu den ökonomischen Implikationen des Erbens“. Dabei handelt es sich um den Projektvorschlag einer Studie an die Adresse der Bundesregierung der Schweiz. Mit dem außerordentlich umfangreichen Forschungsansatz sollen aussagekräftige Zahlen gewonnen werden, um einen tiefen Einblick in Umfang und Struktur der Nachlässe sowie die Motivation des Erbens und Vererbens zu erhalten.

In seinem Resümee der Tagung und als Überleitung zur Abschlussdiskussion ging *Lüscher* auf die Beziehungen zwischen dem Erben und dem Erblasser unter dem Einfluss von Staat und Gesellschaft vor dem Hintergrund des Ambivalenzbegriffs ein.

Sowohl im Anschluss an die Referate als auch an das Abschlussresümee schlossen sich lebhafte Diskussionen an, die deutlich zeigten, wie sehr sich für die Erforschung des Erbens und Vererbens ein interdisziplinärer Forschungsansatz lohnen würde, um zu aussagekräftigen und für alle Beteiligten verwertbaren Ergebnissen zu kommen.

In dem zu besprechenden Tagungsband sind dann diejenigen Referate zusammengefasst worden, die bis zu einem – sehr

knapp gesetzten – Termin als wissenschaftliche Ausarbeitung vorlagen. Es handelt sich um die z. T. modifizierten Beiträge von *Stutz/Bauer*, *Schüssler*, *Hansert*, *Schulte* und *Letteke*. Ergänzend wurden weitere Autoren angesprochen, um abermals ein möglichst breites Spektrum abzudecken.

Ausgesprochen bereichernd wirkt der Abdruck von *Mirabeaus* „Rede über die Gleichheit der Teilung bei Erbfolgen in direkter Linie“ und der Kommentar von *Beckert* hierzu. Zusammen mit dem anschließenden Aufsatz von *Wischermann* „Mein Erbe ist das Vaterland. Sozialreformen und Staatserbrecht im Kaiserreich und in der Weimarer Republik“ wird überdeutlich, wie sehr Erbrecht auch heute noch, und nicht nur in Frankreich und Deutschland, einerseits historisch gewachsene familiäre Prämissen widerspiegelt und andererseits von verfassungsrechtlichen und staatspolitischen Prämissen geprägt ist. Vor dem Hintergrund der immer wiederkehrenden Erbschaftsteuerdebatte ist an dem Beitrag von *Wischermann* auch interessant, wie sehr sich die Argumente für die Erbschaftsbesteuerung zu unterschiedlichen Zeiten decken und wie gering der tatsächliche Beitrag der Erbschaftsteuer zum Gesamtsteueraufkommen bisher war.

Den juristischen Part übernahm im Tagungsband *Willutzki*, womit der Bogen zum Deutschen Juristentag geschlagen wurde. Sein Beitrag „Generationensolidarität versus Partnersolidarität – Quo vadis, Erbrecht?“ stellt das Erbrecht des BGB auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Garantie der Testierfreiheit in Art. 14 des Grundgesetzes und des Grundsatzes der Familienerbfolge als Ausfluss des Schutzes von Ehe und Familie gemäß Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes, Anstöße es zu ändern, von denen nicht wenige von notarieller Seite ausgingen, und seine dagegen gerichtete erstaunliche Beharrlichkeit dar. Seine Kritik an der derzeitigen Rechtslage, dass das Erbrecht des Ehegatten beziehungsweise Lebenspartners gegenüber dem Erbrecht von Kindern und anderen Verwandten aufgrund der eingetretenen gesellschaftlichen Veränderungen reformiert werden muss, deckt sich mit der alltäglichen Erfahrung des Notars, der an der Zahl der von ihm beurkundeten letztwilligen Verfügungen nach dem Muster des „Berliner Testaments“ ablesen kann, dass auch die Beteiligten die vom BGB vorgesehene Lösung des Verwandtenerbrechts immer häufiger als nicht mehr passend ansehen.

Ebenfalls von geradezu beklemmender Aktualität ist der Beitrag von *Braun* „Hat die Erbgeneration ausgespart? Nach der Rentenillusion droht eine Erbschaftsillusion.“ Der Autor stellt darin an Hand von umfangreichem Zahlenmaterial die These dar, dass Vermögen, das zur Sicherung des Lebensstandards im Alter verwendet wird, dazu führen wird, dass künftige Erbschaften geringer als bisher ausfallen und sich deswegen noch weniger als heute dazu eignen, das eigene Vorsorgesparen zu ersetzen.

Mit seinem Beitrag „Erben und Vererben. Ein Schlüsselthema der Generationenforschung“ stellt *Lüscher* die verschiedenen, bereits angesprochenen soziologischen Ansatzweisen im Zusammenhang vor.

„Kommunikation und Erbschaft“ von *Letteke* greift ein dem Notar ebenfalls aus der Praxis bekanntes Phänomen auf, dass über Erbschaft innerhalb der Familien eher ungen und wenn dann oft in unklarer oder auch unguter Weise kommuniziert wird. Er bezieht dabei sowohl die klassischen Familienstrukturen als auch das Problem der modernen Patchworkfamilie ein.

Kosmann stellt in dem Beitrag „Erbmuster und Geschlechterverhältnisse im Wandel“ Entwicklungen und Gründe dafür dar, dass Frauen heute bei Erbschaften nicht mehr so deutlich benachteiligt werden wie früher.

Der Beitrag „Erbstücke – Zur individuellen Aneignung materieller Kultur“ von *Langbein* befasst sich mit der Bedeutung von Dingen, deren materieller Wert eher unbedeutend ist, die aber als „Erbstück“ innerhalb der Familie fortwirken.

In seinem abschließenden Beitrag „Desiderata und Perspektiven für eine Soziologie des Erbens und Vererbens“ stellt *Lettko* nochmals sein Forschungsanliegen im Zusammenhang dar.

Als Fazit von Tagungsteilnahme und Lektüre des Tagungsbandes bleibt festzuhalten, dass die besprochenen Materialien ungeeignet sind für den Kollegen, der Hilfe bei der Bewältigung des notariellen Alltags sucht und für anderes keine Zeit hat. Aus diesem Grund endet diese Rezension auch nicht mit einem Urteil, ob das zu besprechende Buch auf den Schreibtisch oder in das Regal eines jeden Notars gehört, denn die Beurteilung soziologischer Forschung unter dem Gesichtspunkt

ihrer praktischen Brauchbarkeit im Notariat ist sinnlos. Dieser Beitrag verfolgt ein anderes Ziel: Darzustellen, dass eine Fortsetzung der Zusammenarbeit für das Notariat als Berufsstand interessant sein müsste. Konkrete, wissenschaftlich fundierte Ergebnisse, die die tägliche Erfahrung bestätigen (oder widerlegen?), würden etwa bei der Konzeption der Aus- und Fortbildung, bei der Auswahl von Themen für wissenschaftliche Arbeiten und öffentlichkeitswirksame Veranstaltungen auf dem Gebiet des Notarrechts und auch in manchen zähen Diskussionen mit Aufsichtsbehörden und Gesetzgeber gute Dienste tun. Dieses Buch gehört somit auf den Schreibtisch von „Standesfürsten“ und von Notaren, die darüber nachdenken wollen, welche rechts- und gesellschaftspolitischen Faktoren ihre Tätigkeit bestimmen.

Notarin *Sigrun Erber-Faller*, Memmingen

Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügung in der Praxis. ZAP-Verlag, 2005. 211 S., 32 €

Die „gelben Skripten“ des Fachinstituts für Notare im Deutschen Anwaltsinstitut genießen unter Kollegen einen hervorragenden Ruf; die Überstücke aus den Veranstaltungen sind ein beliebtes Mitbringsel z. B. für den Sozius, der nicht an der Fortbildungsveranstaltung teilnehmen konnte. Diese Texte sind aber nur als Tagungsunterlagen hergestellt und deshalb aus gutem Grund nicht im Buchhandel erhältlich. Erfreulich ist es deshalb, dass die Referenten der erfolgreichen Veranstaltung „Betreuung und Vorsorgeverfügung“ (z. B. im November 2003 in München) ihr Vortragsmanuskript in überarbeiteter, aktualisierter Form vorlegen. Rechtsanwältin *Dr. Gabriele Müller*, Referatsleiterin für Erb- und Familienrecht am Deutschen Notarinstitut in Würzburg, und *Dr. Thomas Renner*, seit 14 Jahren Notar in Erfurt, informieren auf über 200 Seiten auf dem wirklich neuesten Stand (Literatur bis Mai 2005). Im ersten Teil behandelt *Müller* das Betreuungsrecht nach Inkrafttreten des Zweiten Betreuungsrechtsänderungsgesetzes (2. BtÄndG) am 1.7.2005. Ein zweiter, von *Renner* verfasster Teil stellt das Recht der Vorsorgeverfügungen dar.

Nach dem im 2. BtÄndG enthaltenen § 6 Abs. 2 Satz 1 Betreuungsbehördengesetz sind nunmehr auch die Betreuungsbehörden befugt, Beglaubigungen von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten vorzunehmen. Die Autoren behandeln in diesem Zusammenhang (Rdnr. 454) die zur Zeit die Praxis bewegende Frage, ob eine durch die Betreuungsbehörde beglaubigte Vollmacht auch dazu verwendet werden kann, Erklärungen abzugeben, die der Form des § 29 GBO oder des § 12 HGB bedürfen. Zwar spreche der Wortlaut „Beglaubigung durch die Urkundsperson der Geschäftsstelle“ für diese Ansicht. Andererseits enthält der durch das 2. BtÄndG selbst geänderte § 11 Melderechtsrahmengesetz einen Hinweis, dass die Betreuungsbehörden keine „öffentlichen Beglaubigungen“ vornehmen können, da diese Vorschrift zwischen öffentlichen beglaubigten und von der Urkundsperson der Betreuungsbehörden beglaubigten Erklärungen differenziert. Das Werk empfiehlt mit Recht, die vielen Vorteile der beurkundeten Vollmacht (Rdnr. 456 ff.) zu nutzen und den Mandanten von jeder Beglaubigung, insbesondere von der „Beglaubigung light“ durch die Betreuungsbehörden abzuraten.

Das Buch besticht durch seine Praxisnähe. Im ersten Teil wird z. B. das Problem dargestellt, ob ein Betreuer übliche, aber

doch weitgehend unentgeltliche Verträge für den Geschäftsunfähigen schließen kann, etwa die lange geplante Betriebsübergabe gegen Versorgungsleistungen nach dem überraschend eingetretenen Schlaganfall des Veräußerers. Unter Rdnr. 143 ff. diskutiert *Müller* hierzu die neuere Rechtsprechung, die eine Lockerung des strikten Schenkungsverbots andeutet. Behandelt wird auch der Fall, dass sich Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig bindend zu Erben eingesetzt haben, und jetzt einer der beiden geschäftsunfähig, aber körperlich stabil an Demenz leidet, während der andere todkrank, aber hellwach die Erbfolge ändern will. *Müller* weist bei Rdnr. 158 ff. den Weg durch die Zustellung eines Widerrufs an den gesetzlichen Vertreter des Demenzkranken. Ist der Ehegatte zugleich dessen Betreuer, muss die Widerrufserklärung einem Ergänzungsbetreuer zugestellt werden, Rdnr. 165.

Im zweiten Teil werden auch die Probleme der Vorsorgeverfügung aus der täglichen Arbeit des Notars behandelt. So findet sich bei Rdnr. 222 der Hinweis, dass Vollmachten vermieden werden sollten, deren Wirksamkeit von einem ärztlichen Attest über die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers abhängt, auch wenn fast jeder Vollmachtgeber dies in der Besprechung mit dem Notar spontan so wünscht. Der Praktiker weiß, dass solche Bescheinigungen schon wegen des schwankenden Zustands der Patienten nur schwer zu erhalten sind und deshalb eine solche bedingte Vollmacht regelmäßig untauglich ist.

Ein deutlicher Schwerpunkt des Buches ist die Patientenverfügung mit allen Problemen, welche die heutige Rechtslage aber auch die zahlreichen Gesetzesvorhaben stellen. Auf immerhin 34 Seiten beantwortet *Renner* elf Schlüsselfragen, ohne allerdings tiefer in die Dogmatik und das Vorverständnis der unterschiedlichen Ansichten einzusteigen. Letzteres erwartet der Leser aber wohl auch nicht von einem Werk aus der „Schriftenreihe für die Notarpraxis“. Richtigerweise stellt *Renner* die derzeitige, vom BGH in der Entscheidung vom 17.3.2003, MittBayNot 2003, 387 ff., geschaffene Rechtslage als für den Notar verbindlich dar, was angesichts der vielstimmigen Diskussion über eine gesetzliche Regelung des Rechts der Patientenverfügung gelegentlich in den Hintergrund zu geraten droht. Die Entscheidung, die manchem als verfassungswidrig erscheint – insbesondere im Hinblick auf die darin enthaltene sog. Reichweitenbegrenzung, also die Beschränkung der Wirksamkeit der Patientenverfügung auf bestimmte Krankheitszustände, z. B. den irreversibel tödlichen

Verlauf – hat eine Reihe von dagegen gerichteten Gesetzesvorschlägen provoziert (vgl. Rdnr. 363 ff.). Der Notar muss aber seine Urkunde auf dem Boden der *lex lata* gestalten. Dies schließt nicht aus, über die Frage zu streiten, ob der Behandlungsabbruch bei einem Wachkomapatienten oder einem hochgradig Demenzen nach der geltenden Rechtslage zulässig ist oder nicht. Hier kommt *Renner* zu dem – gerade vor dem Hintergrund des vom BGH entschiedenen Sachverhalts – richtigen Ergebnis, dass der Behandlungsabbruch auch (schon) in diesen Krankheitsstadien erlaubt ist, trotz der insoweit vielleicht verfehlten Wortwahl des Gerichts über den „irreversibel tödlichen Verlauf“. Dieser Begriff erfasst nicht nur die letzten Stunden des Menschen, sondern auch sich kontinuierlich verschlechternde Zustände, die ohne ärztlich/pflegerische Hilfe alsbald und ansonsten langsam, aber immer unausweichlich zum Tode führen.

Anders als viele von Medizinern geprägten Patientenverfügungen zeichnen sich solche des Notars häufig dadurch aus, dass sie relativ allgemein die Situation beschreiben, in welcher der Patient den Abbruch der lebensverlängernden Maßnahmen wünscht. Darin spiegelt sich die grundlegende Erfahrung aus der Arbeit im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege wider, wonach die Zukunft nur schwer vorhersehbar ist. Umso wichtiger ist es deshalb, zusammen mit der Errichtung einer Patientenverfügung einen Bevollmächtigten zu benennen, der die abstrakten Anweisungen in der konkreten Behandlungssituation umsetzt (ebenso *Renner*, Rdnr. 320 ff., 357 ff.) Die Fälle, in denen aus der notariellen Patientenverfügung eine

genügend individualisierte Behandlungsanleitung herausgelesen werden kann, werden selten sein: Zum Notar kommen regelmäßig Menschen, die noch nicht an einer alsbald zum Tode führenden Krankheit leiden und die deshalb auch nicht mit Bestimmtheit die Umstände ihrer terminalen Behandlung regeln können. Ärzte, die den sich ständig verschlechternden Verlauf einer Krankheit beobachten und begleitend die weiteren Maßnahmen mit dem Patienten besprechen, werden hier ganz andere Erfahrungen haben. Deshalb kann der auch von *Renner* angeratenen Verbindung von Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht nur zugestimmt werden, jedenfalls für den noch einigermaßen gesunden Mandanten.

Das Buch endet mit einem relativ langen Muster einer Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung, die sich nicht scheut, die gängigen veröffentlichten Entwürfe aufzugreifen und zu modifizieren. Zu loben ist dabei der rote Faden, der sich durch das ganze Werk hindurchzieht und auch eine Zwischenüberschrift prägt: „Keep it easy!“ Der Notar sollte gerade in diesem persönlichen Bereich den Mandanten nicht mit rechtstechnischen Arabesken überfordern, sondern daran denken, dass Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung an den juristischen Laien gerichtet sind. Nur ihre Verständlichkeit sichert die Akzeptanz der notariellen Urkunde!

Das griffig geschriebene Buch von *Müller/Renner* überzeugt inhaltlich, konzeptionell und stilistisch. Als Fortentwicklung eines DAI-Skripts empfiehlt es sich selbst.

Notar Dr. *Andreas Albrecht*, Regensburg

Eigner: Die Beschränkung der persönlichen Gesellschafterhaftung bei Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaft. Schriften der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, 2004. 385 S., 59,80 €

Das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) zählt auf den ersten Blick nicht zu den Kernbereichen praktischer notarieller Tätigkeit. Berührungspunkte treten jedoch auf, wenn eine GbR als Beteiligte an Immobilienverträgen auftritt, eine Grundbuchberichtigung bei Gesellschafterwechsel zu beantragen ist oder der Notar trotz fehlender Beurkundungsbedürftigkeit beauftragt wird, den Gesellschaftsvertrag einer GbR zu entwerfen. Vor allem im letztgenannten Fall wird es häufig um die Frage gehen, wie eine Haftungsbeschränkung der einzelnen Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen erreicht werden kann, um das jeweilige Privatvermögen dem Zugriff von Gläubigern zu entziehen.

Zur Haftung von Gesellschaftern einer GbR und zu den Beschränkungsmöglichkeiten hat der Kollege *Eigner*, inzwischen Notar in Ochsenfurt, mit seiner Dissertation eine grundlegende Arbeit vorgelegt, die jedem, der sich grundlegend mit Fragen der Haftung in der GbR beschäftigen will, wärmstens empfohlen werden kann. Zunächst überzeugt das Werk durch seine ausgesprochene methodische und begriffliche Genauigkeit. So stellt der Autor an den Anfang seiner Überlegungen eine Auseinandersetzung mit dem Begriff der „Haftung“ und untersucht diesen insbesondere in Abgrenzung zum Begriff der „Schuld“. In der Tat benutzt man gerade im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit von Gesellschaftern oft etwas vorschnell den Begriff der Haftung, ohne sich darüber im Klaren zu sein, ob damit ein eigenständiger zivilrechtlicher

Anspruch gegen die Gesellschafter oder lediglich der vollstreckungsrechtliche Zugriff von Gläubigern gemeint ist.

Der materielle Schwerpunkt des Werks liegt aber in der Darstellung der Haftungsverfassung der GbR vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des BGH und den daraus folgenden Konsequenzen für die Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung. Für den nicht ständig mit Fragen der GbR befassten Juristen ist es dabei äußerst hilfreich, dass *Eigner* dabei zunächst die Historie des Theorienstreits über die Rechtsfähigkeit der GbR nochmals darstellt und dabei deutlich macht, dass die Beantwortung dieser Frage letztlich den Ausgangspunkt aller Überlegungen zur Haftung der Gesellschafter bilden muss. Souverän werden dabei die „individualistische Gesamthandslehre“ und die letztlich auch durch die BGH-Rechtsprechung im Vordringen begriffene „moderne Gruppenlehre“ gegeneinander abgegrenzt.

Klar stellt der Autor auch heraus, dass die Rechtsprechung die Haftung der Gesellschafter in der GbR mittlerweile über die Etablierung der Akzessorietätstheorie der Haftung mit dem gesamten persönlichen Vermögen in der OHG angeglichen hat. Eine Konsequenz daraus, die auch von *Eigner* gezogen wird, ist, dass eine einseitige Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen, wie sie früher häufig in Form der GbR „mbH“ gesucht wurde, nicht möglich ist, sondern eine solche Beschränkung jeweils der individualvertraglichen Vereinbarung bedarf. *Eigner* stimmt insoweit dem BGH zwar im Ergebnis, nicht jedoch in der Argumentation zu, stützt dieser sich doch unter anderem darauf, dass das Recht der GbR anders etwa als dasjenige der Kapitalgesellschaften keinen Grundsatz der Kapitalaufbringung und -erhaltung kennt. Hiergegen wendet der Autor ein, dass die Rechtsordnung ent-

sprechende Regelungen auch in anderen Fällen nicht zur Voraussetzung einer Haftungsbeschränkung mache (hier kann man etwa an die zeitlich beschränkte Nachhaftung von Gesellschaftern einer Personenhandelsgesellschaft denken). *Eigener*, der zur Frage der Rechtsnatur der GbR ersichtlich der traditionellen individualistischen Theorie zuneigt, stützt die fehlende Möglichkeit einer „konsenslosen“ Haftungsbeschränkung bei der GbR vielmehr darauf, dass es auch ansonsten Einzelpersonen nicht möglich sei, durch eine einseitige Handlung ihre Haftung zu beschränken.

Abgerundet wird die Dissertation durch steuerrechtliche Überlegungen und eine Parallelbetrachtung zum Recht der Partnerschaft, die den umfassenden juristischen Blick des Autors belegen. Insgesamt tragen seine Ausführungen erheblich dazu bei, dass die GbR und ihre Haftungsverfassung kein „Mysterienspiel“ (so das Zitat von *Weber-Grellet*, S. 27, Fn. 39 des Werks) mehr bleiben, sondern der Leser das dogmatische und praktische Rüstzeug für den kautelarjuristischen Umgang mit der GbR erhält.

Notar *Tobias Fembacher*, Greiding

Rauscher: Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen. Recht und Wirtschaft, 2004. 76 S., 39 €

Keine fünf Monate nach der Veröffentlichung der Verordnung (EG) Nr. 805/2004 zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen im Amtsblatt der Europäischen Union hat *Rauscher* seinen Erläuterungsband vorgelegt. Die Herausgeber der Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR), unter ihnen auch der Aachener Notar *Robert Schumacher*, haben damit den ersten Band ihrer neuen Schriftenreihe zum Gemeinschaftsprivatrecht zu einer hochaktuellen Rechtsmaterie in Rekordgeschwindigkeit auf den Markt gebracht.

Der Verfasser steht dem durch die Verordnung eingeläuteten Systemwechsel im europäischen Anerkennungs- und Vollstreckungsrecht skeptisch gegenüber. Er formuliert seine Kritik am Entfallen der *ordre-public*-Überprüfbarkeit pointiert. Seine Zweifel an der Effektivität einer ersatzweisen Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte („EGMR-Notbremse“) sind ebenso wenig von der Hand zu weisen, wie die im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der Mindeststandards im Zustellungsrecht herausgearbeiteten praktischen Schwierigkeiten in Säumnisfällen. Allerdings hätte an verschiedenen Stellen ein differenzierender Hinweis auf die gleichermaßen von der Verordnung erfassten Anerkennsurteile, gerichtlichen Vergleiche und öffentlichen Urkunden nicht geschadet, auf die die vorgebrachten Bedenken nicht oder nur sehr eingeschränkt zutreffen.

Das Werk wendet sich an die „alsbald mit der VollstreckungstitelVO befasste Praxis“, so der Klappentext. Aus Sicht der angesprochenen Praktiker wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Verordnungstext nicht nur kompetent und prägnant abgehandelt, sondern auch mit abgedruckt worden wäre. Für die notarielle Praxis bietet das Werk eher wenig: „Besonderheiten für gerichtliche Vergleiche und öffentliche Urkunden“ werden auf zwei Druckseiten abgehandelt. Die von *Rauscher* als „üblich“ charakterisierte pauschale „Unterwerfung in die Zwangsvollstreckung wegen sämtlicher Ansprüche aus dieser Urkunde“ gehört spätestens seit der Novellierung des § 794 ZPO der Vergangenheit an. Außerdem stellt sich die Frage, ob man nicht besser die Umsetzung ins deutsche Recht abgewartet und einbezogen hätte: Zum 21.10.2005 wurde hierzu ein vierter Abschnitt in das elfte Buch der ZPO eingefügt (vgl. hierzu den Beitrag in diesem Heft, S. 470). Erfahrungsgemäß ergeben sich ein Großteil der Anwendungs- und Auslegungsproblemen an den Schnittstellen zwischen europäischer Norm und nationalstaatlicher Umsetzung, so dass der Anwender in Zweifelsfällen Erläuterungen beider Rechtsquellen heranziehen muss.

Wer sich für die Entwicklung des europäischen Zivilverfahrensrechts interessiert, findet bei *Rauscher* eine kompakte und kritische Abhandlung der Verordnung zum europäischen Vollstreckungstitel. Der Notar auf der Suche nach Hilfestellung für seine Praxis wartet besser die Neuauflagen der einschlägigen Kommentare zur ZPO und notarspezifischen Erläuterungswerke ab.

Notarassessor *Till Franzmann*, M. Jur.,
Maître en droit, München

Busse/Dirnberger/Pröbstl/Schmid: Die neue Umweltprüfung in der Bauleitplanung. Hühlig Jehle Rehm, 2005. 316 S., 39,80 €

Mit der neuen Umweltprüfung sind nicht nur Planer und die Verwaltung beschäftigt. Da die Gemeinden in der Praxis kaum von der Möglichkeit Gebrauch machen, die Kostenerstattung für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen bescheidmäßig in Rechnung zu stellen (vgl. auch S. 123), werden bezüglich des naturschutzrechtlichen Ausgleichs meist städtebauliche Verträge geschlossen. Aus diesem Grund ist das neu erschienene Buch, das keine Neuauflage des in MittBayNot 2001, 299 dargestellten Werks ist, aber auf ihm aufbaut, auch für Notare von Bedeutung. In beiden Konstellationen des naturschutzrechtlichen Ausgleichs, der Kostenerstattung und der Durchführung, sind die Prinzipien der Rechtfertigung, des Koppelungsverbots, der Angemessenheit und der Gleichbehandlung zu beachten. Auch zu der Streitfrage, ob die Kosten der Unterhaltungspflege von Vorhabenträgern übernommen werden können, nimmt das Buch (bejahend, S. 130) Stellung. Im Anhang (S. 291 ff.) sind Vertragsentwürfe zur Sicherstellung von Ausgleichsflächen sowie zur Aufwertung einer Fläche und zu ihrer Pflege abgedruckt, wobei die grundbuchmäßigen Erklärungen im Einzelfall noch konkretisiert werden müssen. Es handelt sich im besten Sinn um einen Ratgeber, der prägnant die Thematik darstellt, Probleme aufzeigt und Lösungen anbietet. Es gibt nichts Vergleichbares.

Notar Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

**Holzer: Die Richtigstellung des Grundbuchs.
Duncker & Humblot, 2005. 356 S., 79,80 €**

Bei einem unzutreffenden Grundbuchstand denkt man an den materiellrechtlichen Rechtsbehelf des § 894 BGB und an die Verfahren nach § 22 Abs. 1 oder §§ 84 ff. GBO – das Rangklarstellungsverfahren hat gemäß § 112 GBO die Schaffung einer neuen Rangordnung zum Ziel (*Eickmann*, RpfIStud 1984, 1, 2; *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 90 Rdnr. 4; *Meikel/Ebeling*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 90 Rdnr. 2), liegt also außerhalb des Problemkreises – bzw., wenn es schnell gehen soll, an die Eintragung eines Widerspruchs nach § 899 BGB, ggf. von Amts wegen gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO. Durch diese Regelungen werden aber nicht alle Konstellationen erfasst. Wer nun auf die Amtslöschung nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO verweist, trifft nur einen Teilbereich des Verbliebenen. Das Übrige herauszuarbeiten, zu systematisieren und Lösungsmöglichkeiten zu finden, war die selbst gestellte Aufgabe *Holzers* in dieser Arbeit, die von der Humboldt-Universität als Dissertation angenommen wurde. Handgreifliche Beispiele für eine Richtigstellung sind die Korrektur der tatsächlichen Angaben im Bestandsverzeichnis, Veränderungen der Grundstücksgrenzen durch Überschwemmungen oder Anlandungen (BayObLGZ 1987, 410 ff.; OLG Oldenburg, Rpfleger 1991, 412; *Demharter*, § 22 Rdnr. 24; abw. *Staudinger/Gursky*, BGB, Neubearb. 2002, § 894 Rdnr. 25 a. E.) oder Änderungen des Namens natürlicher Personen oder der Firma von Handelsgesellschaften.

Nach einer Einführung in den Problemkomplex (S. 37–47) gibt *Holzer* einen straffen Überblick über die historische Entwicklung ab dem 19. Jahrhundert, also auch in Bezug auf die Partikularrechte. Bemerkenswert ist das Aufzeigen des gescheiterten, oder besser: wieder vergessenen Versuchs einer Regelung des Problemkreises bei der Reform 1935 (S. 48–80). Der Autor beschreibt die Abgrenzung der Richtigstellung von anderen Rechtsinstituten unter der seit Geltung der GBO vorliegenden Prämisse eines Gleichlaufs des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts (S. 81–104). Er kommt zu dem Fazit, dass Gegenstand der Klarstellung nur wirksame Tatsacheneintragungen seien und solche Rechte, die außerhalb des öffentlichen Glaubens korrigiert werden können. Es handele sich um ein subsidiäres Rechtsinstitut, das der Amtslöschung nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO vorgeschaltet ist. Folglich hänge die Richtigstellung vom Umfang des öffentlichen Glaubens ab (S. 104). Aufgrund dieses Befundes musste *Holzer* nun näher auf die Reichweite des öffentlichen Glaubens eingehen (S. 105–218). Diese Untersuchung bestätigte nach Auffassung des Autors die These einer negativen Abgrenzung der Klarstellung vom Unrichtigkeitsbegriff der §§ 894 BGB,

22 Abs. 1 GBO. Allerdings drohe durch neuere gesellschaftsrechtliche Entwicklungen ein Durchlöchern dieser klaren Abgrenzungslinie, die infolge des Unterlaufens des Verfahrensrechts der Sicherheit des Grundbuchverkehrs abträglich sei (S. 218).

Nach diesen systematischen Klarstellungen stellt *Holzer* die Fragen nach einem Recht der Beteiligten auf (S. 219–247) und einer Pflicht des Grundbuchamts zur Richtigstellung (S. 248–270). Zum Recht der Beteiligten verweist er auf die Fassungsbeschwerde und den grundrechtlichen Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes und angemessener Verfahrensbeteiligung; bei Anlandungen seien die Grundrechte der Beteiligten zu wahren (S. 246 f.) – mir scheint dadurch noch keine befriedigende Antwort gegeben zu sein; in der Gesamtzusammenfassung (S. 290) sieht er eine Anspruchsgrundlage in subjektiv-öffentlichen Rechten, die auf (nicht näher bezeichneten) Grundrechten beruhen. In Bezug auf die grundbuchamtliche Pflicht zu Richtigstellung von Amts wegen zeigt er ihre Radizierung im Legalitätsprinzip auf (S. 260 ff., 270). An dieser Stelle (S. 267 ff.) führt *Holzer* auch aus, dass die Richtigstellung nicht durch § 1004 Abs. 1 BGB erfasst werde.

Abschließend erörtert er seine Vorstellungen vom Ablauf des Richtigstellungsverfahrens (S. 271–285: Amtsverfahren, für dessen Einleitung ein Ermessen besteht – das bei Vorliegen eines Anspruchs eines Beteiligten auf Null reduziert ist [S. 290] – und in dem § 12 FGG anzuwenden ist und wahlweise Strengbeweise nach § 15 FGG oder Freibeweise erhoben werden) und zeigt die Folgerungen seiner Untersuchung auf, nach denen eine gesetzliche Regelung in einem § 53 a GBO erfolgen solle (S. 286–289).

Eine systematische Untersuchung der Probleme war nicht nur aufgrund der praktischen Relevanz nötig. Das verdienstvolle Werk *Holzers* ist sicherlich geeignet, in einem fraglichen Fall schnell zu erarbeiten, ob eine Richtigstellung möglich ist und wie sie zu erfolgen hat; Lücken dürften insoweit nicht bestehen. Methodisch darf freilich angemerkt werden, dass in den deskriptiven Teilen mehrfach eine etwas zu lose Kumulation von Einzelaussagen anzutreffen ist, die zu Lasten der Stringenz geht. Dem Dissertationen eignenden Risiko einer fehlenden oder zu geringen Kenntnisnahme in Wissenschaft und Praxis hat der Autor durch den zusammenfassenden Beitrag seiner Arbeit in *ZfIR* 2005, 165 ff. vorgebeugt, so dass man fast sicher sein kann, dass die wertvollen Erkenntnisse *Holzers* Eingang in die Kommentarliteratur und Rechtsprechung finden werden.

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-RpfI. *Michael Dümig*,
Mainz/Wiesbaden

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 765, MaBV § 7 (Sicherungsumfang einer MaBV-Bürgschaft bei Vertragsaufhebung)

Eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV sichert den Rückgewähranspruch des Erwerbers nach einem mit dem Bauträger geschlossenen Aufhebungsvertrag auch dann, wenn die Gründe für die Nichtdurchführung des Bauvorhabens in der Sphäre des Erwerbers liegen.

BGH, Urteil vom 5.4.2005, XI ZR 294/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger, Insolvenzverwalter über das Vermögen der M. AG (im Folgenden: Schuldnerin) nimmt die beklagte Bank wegen der Verwertung von Sicherheiten, hilfsweise aus einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV in Anspruch.

Dem liegt – soweit für das Revisionsverfahren bedeutsam – folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Dezember 1996 schloss die Be.-Fonds 5. GbR (im Folgenden: 5. GbR) mit der W. GmbH einen notariellen Grundstückskaufvertrag mit Bauerrichtungsverpflichtung betreffend ein Mehrfamilienhaus zum Preis von 3.421.100 DM. Der Kaufpreis war entsprechend den Bestimmungen der MaBV nach Baufortschritt zu zahlen. Aus steuerlichen Gründen zahlte die 5. GbR den Kaufpreis im Voraus und schloss zum Zweck der Zwischenfinanzierung mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) am 19./23.12.1996 zwei Darlehensverträge über zusammen 4.080.000 DM. Als Sicherheit für die Kaufpreiszahlung stellte die W. GmbH der 5. GbR eine Bürgschaft der Beklagten gemäß § 7 MaBV über 3.352.700 DM „für die Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer auf Rückgewähr oder Auszahlung der vorgenannten Vermögenswerte“. Die 5. GbR gab am 13.1.1997 zur Sicherung der Zwischenkredite eine Verpfändungserklärung betreffend ihre etwaigen Ansprüche auf Rückgewähr von Vermögenswerten im Sinne von § 7 MaBV einschließlich der Ansprüche aus hierfür gestellten Bürgschaften zugunsten der Beklagten ab.

Mit der Bauausführung wurde als Generalunternehmerin die mittlerweile insolvente B. GmbH, eine 100%ige Tochtergesellschaft der Schuldnerin, beauftragt. Da es der 5. GbR nicht gelang, genügend Anleger zu finden, übernahmen die an dem Großauftrag interessierte B. GmbH und die Schuldnerin gegenüber der 5. GbR im Mai/Juni 1997 Platzierungsgarantien in Höhe von insgesamt 1.100.150 DM, die ihrerseits durch Festgelder und Bürgschaften gesichert waren. Die 5. GbR verpfändete ihre Ansprüche aus den Platzierungsgarantien zur Sicherung der Zwischenfinanzierung der Beklagten. Da auch in der Folgezeit nicht genug Fondsinvestoren gewonnen werden konnten und die 50%ige Sonder-AfA für Bauvorhaben in den neuen Ländern vor dem Auslaufen stand, hoben die 5. GbR und die W. GmbH am 21.12.1998 den Grundstückskaufvertrag vom Dezember 1996 auf. Nach Auflösung der 5. GbR kündigte die Beklagte die gewährten Zwischenkredite und verwertete unter anderem von der B. GmbH und der Schuldnerin gestellte Sicherheiten in Höhe von 720.200 DM. Mit Vertrag vom 29.3.1999 traten die Gesellschafter der 5. GbR den Kaufpreistrückzahlungsanspruch der 5. GbR gegen die zwischenzeitlich insolvent gewordene W. GmbH in Höhe von 720.200 DM einschließlich der nach § 7 MaBV gewährten Bürgschaft an die B. GmbH und die Schuldnerin ab.

Der Kläger nimmt die Beklagte aus eigenem Recht der Schuldnerin und aus abgetretenem Recht der B. GmbH auf Zahlung von 720.200 DM nebst Zinsen in Anspruch.

Gründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt im Umfang der Zulassung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat – soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung – im Wesentlichen ausgeführt, der Schuldnerin stünden keine Ansprüche gegen die Beklagte aus der von dieser übernommenen MaBV-Bürgschaft zu. Zwar habe die 5. GbR der B. GmbH und der Schuldnerin am 29.3.1999 ihren Anspruch aus dem Aufhebungsvertrag gegen die W. GmbH auf Rückzahlung des Kaufpreises abgetreten. Dieser Kaufpreistrückzahlungsanspruch werde jedoch nicht durch die MaBV-Bürgschaft gesichert. Dem Schutzzweck des § 7 MaBV unterfielen nämlich nur solche Ansprüche des Erwerbers, die auf einer vom Bauträger zu vertretenden Leistungsstörung beruhten. Nur wenn ein Bauträger seine vertraglichen Pflichten ganz oder teilweise nicht oder schlecht erfülle, sei der Erwerber schutzwürdig. Beruhe hingegen das Scheitern des Bauprojektes auf dem wirtschaftlichen Unvermögen des Erwerbers und werde deshalb der Kaufvertrag einvernehmlich aufgehoben, sei dessen Rückzahlungsanspruch nicht von einer Bürgschaft nach § 7 MaBV gesichert. Außerdem sei das Bauvorhaben bei Abschluss des Aufhebungsvertrages bereits teilweise errichtet gewesen. Da die 5. GbR demnach eine Leistung erhalten habe, habe sich ihre durch die Bürgschaft gesicherte Forderung entsprechend reduziert.

II.

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat den Sicherungsumfang einer Bürgschaft nach § 7 MaBV verkannt. Diese sichert den vom Käufer nach der Aufhebung des Kauf- und Bauerrichtungsvertrages geltend gemachten Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises.

Der Haftungsumfang der von der Beklagten übernommenen Bürgschaft ist anhand des Wortlauts der Bürgschaftserklärung und ihres unter Berücksichtigung des § 7 MaBV zu ermittelnden Schutzzweckes zu bestimmen.

a) Nach ihrem Wortlaut sichert die Bürgschaft alle etwaigen Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer auf Rückgewähr oder Auszahlung der von ihm geleisteten Vorauszahlung. Irgendeine Beschränkung auf bestimmte Ansprüche des Käufers ist dem Wortlaut der Bürgschaft nicht zu entnehmen. Entscheidend ist vielmehr, dass dem Käufer, gleich aus welchem Grund, ein Anspruch auf Rückgewähr seiner Vorauszahlung zusteht. Deshalb umfasst der Wortlaut auch Ansprüche auf Rückzahlung der Vorauszahlung, die sich aus einer einvernehmlichen Aufhebung des Kauf- und Bauerrichtungsvertrages ergeben (BGH, MittBayNot 2005, 128; *Grziwotz*, ZfIR 2004, 985; *Riemenschneider* in *Grziwotz/Koebler*, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 613). Dass der Aufhebungsvertrag hier, anders als in dem dem zitierten Urteil zugrundeliegenden Fall, nicht der Umsetzung eines Rücktrittsrechts des Käufers gemäß § 326 BGB a. F. diene, sondern den Finanzierungsschwierigkeiten des Käufers und dem Auslaufen der Sonder-AfA Rechnung trug, ist nach dem Wortlaut der Bürgschaftserklärung unerheblich.

b) Auch der Schutzzweck der Bürgschaft spricht für die Einbeziehung des Rückzahlungsanspruchs gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB in den Haftungsumfang der Bürgschaft. Der Schutzzweck ist, da es sich ausdrücklich um eine „Bürgschaft gemäß § 7 MaBV“ handelt, anhand dieser Vorschrift zu bestimmen (Senat, DNotZ 2002, 871).

aa) Durch die nach § 7 Abs. 1 MaBV vom Bauträger zu stellende Bankbürgschaft soll der Käufer einen angemessenen Ausgleich für die von ihm eingegangene Verpflichtung erhalten, die Vergütung für das herzustellende Werk sofort und nicht erst, entsprechend der gesetzlichen Regelung des § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB, bei Abnahme oder, wie es § 3 Abs. 2 MaBV gestattet, in Raten entsprechend dem Baufortschritt zu entrichten. Die Vorleistungspflicht benachteiligt den Käufer, weil er die Möglichkeit verliert, sein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 BGB geltend zu machen oder mit (Schadensersatz-)Ansprüchen aufzurechnen, wenn der Bauträger nicht oder schlecht erfüllt (BGH, DNotZ 2002, 871 ff.). Zudem trägt der Erwerber bis zur Fertigstellung das Risiko, dass der Bauträger leistungs- und zahlungsunfähig wird. § 7 MaBV soll diese Nachteile ausgleichen und sicherstellen, dass der Käufer entweder die zugesagten Leistungen des Bauträgers oder die Rückzahlung seiner eingesetzten Mittel erhält (Marcks, MaBV, 7. Aufl., § 7 Rdnr. 7).

bb) Der auf den Ausgleich des Vorleistungsrisikos gerichtete Schutzzweck des § 7 MaBV erfordert demnach die Einbeziehung vertraglicher und gesetzlicher Rückgewähransprüche, die aufgrund einer Vorleistung des Käufers bestehen, in den Haftungsumfang der Bürgschaft. Ein etwaiges Verschulden oder Vertretenmüssen des Bauträgers für die Nichtdurchführung des Bauvorhabens ist hingegen keine Tatbestandsvoraussetzung für einen Bürgschaftsanspruch gemäß § 7 MaBV. So können z. B. Auftraggeber und Bauträger nachträglich übereinkommen, den Vertrag nicht mehr durchzuführen, ohne dass eine der Vertragsparteien hierfür einen Anlass gesetzt hat. Auch können bereicherungsrechtliche Rückgewähransprüche daraus resultieren, dass der Bauvertrag aus formellen, von keiner Partei zu vertretenden Gründen nichtig ist (vgl. OLG München, BauR 1998, 1104, 1105; *Bergmeister/Reiß*, MaBV für Bauträger, 4. Aufl., S. 167). Ebenso wie in anderen Vorleistungsfällen trägt der Käufer auch hier das Risiko der Insolvenz des Bauträgers und der Durchsetzbarkeit der gegen ihn gerichteten Ansprüche. Dies gilt auch dann, wenn die Vertragsaufhebung nicht der Umsetzung eines Rücktrittsrechts des Käufers wegen einer vom Bauträger zu vertretenden Leistungsstörung dient, sondern die Gründe der Vertragsaufhebung – wie hier – in der Sphäre des Käufers liegen. Nur wenn – wofür hier nichts ersichtlich ist – Erwerber und Bauträger den Bürgschaftsfall einvernehmlich bewusst zum Nachteil des Bürgen herbeiführen, kommt eine Einschränkung der Bürgenhaftung gemäß §§ 826, 242 BGB in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 27.1.2004, XI ZR 111/03, WM 2004, 724, 726).

Einer solchen Bestimmung des Haftungsumfanges einer MaBV-Bürgschaft steht die bisherige Senatsrechtsprechung nicht entgegen. Soweit in früheren Urteilen für das Entstehen des Bürgschaftsanspruches eine (teilweise) Nicht- oder Schlechterfüllung der kauf- oder werkvertraglichen Pflichten des Bauträgers vorausgesetzt wurde (BGH, DNotZ 2002, 871 ff.; DNotZ 2003, 117 ff.; MittBayNot 2003, 216 ff.; ZfIR 2003, 609 ff.), ergab sich aus dieser Vertragsstörung für den in Vorleistung getretenen Erwerber die Gefahr, im Falle der Insolvenz des Bauträgers nicht das zu erhalten, was ihm nach dem Bauträgervertrag zustand (vgl. BGH, ZfIR 2003, 609 ff.). Diese Gefahr ist gleichermaßen dann gegeben, wenn

– wie hier – der bereits in Vorleistung getretene Erwerber infolge der Vertragsaufhebung seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliert.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die durch die Bürgschaft gesicherte Forderung nicht dadurch reduziert worden, dass die 5. GbR durch die teilweise Errichtung des Bauvorhabens eine Leistung des Bauträgers erhalten hat. Da das Berufungsgericht weder den konkreten Bautenstand noch die Übereignung des Grundstücks an die 5. GbR oder auch nur die Eintragung bzw. Beantragung einer Auflassungsvormerkung zu deren Gunsten festgestellt hat, kann von einer mit der Vorleistung der 5. GbR zu saldierenden Gegenleistung des Bauträgers nicht ausgegangen werden. Die Bauleistungen des Bauträgers können auch nicht als Entreichung (§ 818 Abs. 3 BGB) angesehen werden, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht auszuschließen ist, dass der Bauträger das Bauvorhaben auf einem in seinem Eigentum stehenden Grundstück errichtet hat.

III.

Das Berufungsurteil war daher im genannten Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Dieses wird Feststellungen zur Höhe des der B. GmbH und der Schuldnerin am 29.3.1999 abgetretenen und durch die MaBV-Bürgschaft gesicherten Rückzahlungsanspruches zu treffen und aufzuklären haben, ob die 5. GbR bei Verpfändung ihrer Rückgewähransprüche an die Beklagte am 13.1.1997 wirksam vertreten war und in welcher Höhe sich der Rückzahlungsanspruch der 5. GbR gegebenenfalls durch eine Einziehung eines Teilbetrages der verpfändeten Forderung durch die Beklagte reduziert hat.

Anmerkung:

Das vorstehend abgedruckte Urteil des BGH vom 5.4.2005 zum Sicherungsumfang einer im Hinblick auf § 7 MaBV gewährten Bürgschaft fügt sich nahtlos und konsequent in die in den vergangenen Jahren hierzu ergangene Rechtsprechung ein.¹ Der Urteilsreigen wurde durch den Vorlagebeschluss des BGH vom 2.5.2002 eröffnet.² Aufgrund des gegenüber dem Bautenstandssicherungssystem nach § 3 MaBV abweichenden Gefährdungspotentials hat der Bundesgerichtshof in Bezug auf das Bürgschaftssicherungssystem gemäß § 7 MaBV zutreffend festgestellt, dass die Bürgschaft „alle Ansprüche (sichert), die sich aus einer Störung des Gleichgewichts zwischen den geschuldeten oder geleisteten Zahlungen und dem Wert der geschuldeten oder geleisteten Bautenstände ergeben.“³

Im Unterschied zu den bisherigen Fallgestaltungen und dem vorstehenden Zitat aus dem Vorlagebeschluss beruht der im vorliegenden Falle zu sichernde Anspruch allerdings auf keiner vom Bauträger zu vertretenden Leistungsstörung. Der Kaufpreis war vielmehr bereits lange vor Fertigstellung und entgegen § 3 Abs. 2 MaBV unabhängig von dem Baufort-

¹ Vgl. zur Bürgschaftssicherung und der Rechtsprechung hierzu auch *Riemenschneider* in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 602 ff.

² DNotZ 2002, 652.

³ So zu Recht der BGH, DNotZ 2002, 652, 654, Einfügung durch den Verfasser; vgl. hierzu ausführlich *Riemenschneider*, ZfIR 2002, 949 ff., *ders.* in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 613 ff.

schrift vollständig bezahlt.⁴ Nur infolge von Schwierigkeiten des Käufers beim Weiterverkauf an Dritterwerber wurde der von Seiten des Käufers bereits vollständig erfüllte Vertrag aufgehoben. Die infolgedessen zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Vertragsaufhebung führte zu einem – scheinbar unstrittigem – Kaufpreiszahlungsanspruch des Käufers nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB. Aufgrund der Tatsache, dass die Rückzahlung aus einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung erfolgte, glaubte das Berufungsgericht eine Sicherung dieses Anspruchs durch die Bürgschaft, die entsprechend § 7 MaBV ausgereicht wurde, verneinen zu müssen.

Auffallend ist in diesem Zusammenhang zweierlei. Zum einen ist erstaunlich, dass die Anspruchsgrundlage des Rückzahlungsanspruchs im Bereicherungsrecht gefunden wurde und nicht auf einem vertraglichen Anspruch beruht. Erstaunlich deshalb, weil die Vertragsparteien dem Sachverhalt nach einen Aufhebungsvertrag geschlossen haben, so dass die Annahme eines vertraglichen und keines bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruchs nahe liegen würde. Weshalb ein vertraglicher Anspruch ausscheidet, lässt sich dem Urteil leider nicht entnehmen. Zum anderen ist verwunderlich, dass der Bauträger mit dem Käufer einen Aufhebungsvertrag ohne Zustimmung der die Bürgschaft ausreichenden Bank abschließen konnte. Im Regelfall wird bereits im Bauträgervertrag ein Angebot zur Abtretung der Kaufpreisforderung des Bauträgers gegen den Käufer an die den Bauträger finanzierende Bank beurkundet. Die Bank nimmt dieses Angebot regelmäßig zumindest konkludent an. Der Sinn und Zweck einer solchen Abtretung wird im vorliegenden Falle besonders deutlich. Wäre die Forderung an die Bank abgetreten worden, dann könnte der Bauträger nicht ohne die Zustimmung seiner Bank eine Vertragsaufhebung mit dem Käufer vereinbaren. § 407 Abs. 1 BGB würde zugunsten des Käufers nicht greifen, da infolge des im Bauträgervertrag mitbeurkundeten Abtretungsangebots der Käufer von der Abtretung Kenntnis erhalten hat.

Der hier zu besprechenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist uneingeschränkt zu zustimmen. § 7 Abs. 1 Satz 4 MaBV fordert einen Gleichlauf der Sicherungssysteme nach § 3 MaBV und § 7 MaBV im Sinne eines vergleichbaren und annähernd gleichwertigen Schutzniveaus für den Käufer.⁵ Gerade im vorliegenden Falle, in dem der Käufer den gesamten Kaufpreis im Voraus unabhängig vom Bautenstand gezahlt hat, führt nur eine wirtschaftliche Auslegung des Begriffs der „Rückgewähr“⁶ im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 MaBV zu einer ausreichenden Sicherung des Käufers. Im Unterschied zum Bautenstandssicherungssystem nach § 3 MaBV hat der Käufer bei einer Abwicklung gemäß § 7 MaBV regelmäßig noch keinen durch eine Vormerkung gesicherten Übereignungsanspruch. Das Bautenstandssicherungssystem sorgt mit einer Zahlung entsprechend Baufortschritt jedoch dafür, dass der durch die Vormerkung gesicherte Übereignungsanspruch in seinem wirtschaftlichen Wert mit zunehmendem Baufortschritt seinerseits steigt und damit der Sicherungswert dieses Systems aus Sicht des Gesetzgebers Schritt hält mit den gezahlten Kaufpreistraten. Solange die Voraussetzungen für einen Wechsel der Sicherungssysteme, nämlich vom Bürgschaftssicherungssystem auf das Bautenstandssicherungssystem

tem, nicht vorliegen, kann nur eine wirtschaftliche Interpretation des Begriffs der „Rückgewähr“ den Käufer ausreichend schützen. Unter „Rückgewähr“ ist deshalb der Rückfluss der vom Erwerber an den Bauträger geleisteten Vermögenswerte zu verstehen.⁷ Der Begriff ist losgelöst von dem Rechtsgrund der Zahlungsverpflichtung des Bauträgers zu interpretieren. Ausreichend, aber auch notwendig ist allein ein Anspruch des Käufers, der einen Zahlungsstrom mit umgekehrten Vorzeichen, mithin vom Bauträger an den Käufer, zur Folge hat.⁸

Vor dem Hintergrund des gebotenen gleichwertigen Schutzniveaus beider Sicherungssysteme wird diese Auslegung besonders deutlich, wenn man die Rückabwicklung eines vom Käufer bereits erfüllten Vertrags unter Berücksichtigung beider Sicherungssysteme miteinander vergleicht. Sofern der Aufhebungsvertrag richtig konstruiert wird, würde der Käufer im Falle einer Bautenstandssicherung gemäß § 3 MaBV seinen durch die Vormerkung gesicherten Übereignungsanspruch solange behalten, bis sein Rückzahlungsanspruch erfüllt wäre.⁹ Dieses wirtschaftliche Druckmittel, nämlich der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch, fehlt dem Käufer im Falle einer Bürgschaftssicherung. Ohne die vorstehend befürwortete Auslegung des Begriffs der „Rückgewähr“ hätte der Käufer im Falle einer vollständigen Rückabwicklung infolge einer Vertragsaufhebung keinerlei Sicherheit und von einer Vergleichbarkeit der beiden Sicherungssysteme der MaBV könnte keine Rede sein.

Der Bundesgerichtshof lehnt auch zutreffend eine Differenzierung des Sicherungsumfanges einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV dahingehend ab, ob die Ursachen der Rückabwicklung in der Sphäre des Bauträgers liegen.¹⁰ Zum einen kennt auch das Bautenstandssicherungssystem eine solche Differenzierung nicht. Der Schutz des durch die Vormerkung gesicherten Übereignungsanspruchs besteht uneingeschränkt – Stichwort: Gebot des gleichen Schutzniveaus. Zum anderen ließen sich die Fälle nicht befriedigend lösen, bei denen dem Käufer eine Teilschuld zufiele und die Vertragsbeteiligten sich gleichwohl auf eine gütliche vollständige Rückabwicklung einigen. Sollte die Bürgschaft dann nur solche Ansprüche des Käufers sichern, die der Verschuldensquote des Bauträgers entsprechen? Dies ist nicht praktikabel.

Nicht übersehen werden darf, dass dieses Urteil für die Banken einen weiteren Grund liefern dürfte, noch restriktiver mit der Ausreichung von Bürgschaften gemäß § 7 MaBV zu verfahren. Denn solange der Bauträger noch nicht auf das Bautenstandssicherungssystem gemäß § 3 MaBV in der Vertragsabwicklung umgestiegen ist, muss die Bank stets mit einer Inanspruchnahme aus der Bürgschaft rechnen. Das heißt umgekehrt, dass die Bank mehr denn je darauf achten muss, dass der vom Käufer gezahlte und durch die Bürgschaft gesicherte Kaufpreisteil nur Objekt bezogen verwendet wird, damit der Wert eventueller sonstiger Sicherheiten der Bank, insbesondere die Grundschuld am Vertragsobjekt, durch eine Steigerung des Werts des Vertragsobjekts seinerseits an wirtschaftlichem Wert gewinnt. Schließlich zeigt der vorliegende Fall einmal mehr, dass die Abtretung der Kaufpreisforderungen gegen die Käufer als Sicherheit für die Bank unabdingbar ist.

⁴ Nunmehr verstieße eine entsprechende vertragliche Vereinbarung gegen § 1 Satz 2 der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen v. 23.5.2001 (BGBl I 946), vgl. *Riemenschneider* in Grziwotz/Koebke, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 166 f.

⁵ Vgl. ausführlich *Riemenschneider*, ZfIR 2002, 949 ff., *ders.* in Grziwotz/Koebke, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 613 ff.

⁶ Vgl. auch *Riemenschneider*, ZfIR 2002, 949, 952 ff.

⁷ *Riemenschneider*, ZfIR 2002, 949, 952 ff.

⁸ *Fischer*, WM 2003, 1, 2; *Riemenschneider* in Grziwotz/Koebke, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 613 f.; dahingehend auch *Speck*, MittRhNotK 1995, 117, 125 u. 134 Fn. 208.

⁹ Vgl. *Riemenschneider* in Grziwotz/Koebke, Handbuch Bauträgerrecht, 3. Teil Rdnr. 822 f., Muster Rdnr. 871.

¹⁰ Vgl. die Ausführungen im Urteil unter II. 1. b) bb).

Zutreffend hat der Bundesgerichtshof schließlich eine Verminderung des durch die Bürgschaft gesicherten Bereicherungsanspruchs unter dem Gesichtspunkt der Entreicherung des Bauträgers gemäß § 818 Abs. 3 BGB abgelehnt. Von einer Entreicherung des Bauträgers könnte nur dann die Rede sein, wenn der Käufer bereits Eigentum am Vertragsobjekt erlangt hätte und dieses nicht durch eine Grundschuld der Bauträgerbank belastet wäre. Selbst ein durch eine eingetragene Vormerkung gesicherter Anspruch des Käufers würde zu keiner Entreicherung des Bauträgers führen. Denn eine Vertragsaufhebung wird ja gerade mit dem Ziel vereinbart, dass der Käufer entweder sofort oder zumindest nach erfolgter Rückzahlung seiner Anzahlungen seinen Übereignungsanspruch verliert. Solange der Käufer nicht Eigentümer des Vertragsobjekts ist, scheidet eine trotz der Vertragsaufhebung fortbestehende und damit rechtlich relevante Bereicherung des Käufers aus.

Notar Dr. Markus Riemenschneider, Landsberg a. Lech

2. BGB § 531 Abs. 2 (*Vermutung für das Vorliegen einer gemischten Schenkung*)

1. **Für die Beurteilung der Frage, ob ein Schenkungsvertrag vorliegt, ist auch die subjektive Sicht der Parteien maßgeblich. Weniger bedeutsam sind der Hinweis auf eine Vorwegnahme der Erfolge und der Verwandtschaftsgrad der Parteien.**
2. **Bei einem groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht eine Vermutung für das Vorliegen einer gemischten Schenkung.**

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 21.2.2005, 16 U 71/04

Die Parteien streiten um die Rückübertragung eines Miteigentumsanteils an einem Hausgrundstück, das die Klägerin der Beklagten im Jahre 2000 gegen Gewährung von Pflegeleistungen durch den Ehemann der Beklagten übertragen hat. Die Klägerin hatte in der Folge die Schenkung wegen groben Undanks widerrufen.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung der Klägerin ist zwar zulässig, (...) hat aber in der Sache keinen Erfolg. Die Beklagte ist nicht gemäß § 531 Abs. 2 BGB zur Rückübertragung des Miteigentumsanteils an die Klägerin verpflichtet.

Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Parteien am 27.2.2000 einen Schenkungsvertrag geschlossen haben und nicht – wie die Klägerin in der Berufungsinanz meint – einen entgeltlichen Übergabevertrag. Da für die Beurteilung der Frage, ob ein Schenkungsvertrag vorliegt auch die subjektive Wertung der Parteien maßgeblich ist (BGH Z 59, 132, 135; 82, 274, 281), ist als Indiz für das Vorliegen eines Schenkungsvertrages zu werten, dass die Parteien die notarielle Vereinbarung vom 27.2.2000 ausdrücklich als Schenkungsvertrag bezeichnet haben.

Unmaßgeblich für die Bewertung ist, dass die Parteien den Vertrag in Vorwegnahme der Erbfolge abgeschlossen haben. Der bloße Hinweis auf die Vorwegnahme der Erbfolge sagt nichts über die Unentgeltlichkeit (BGH, NJW 1995, 1350 m. w. N.). Allein das im Vertragstext enthaltene Motiv, Eigentum in vorweggenommener Erbfolge zu übergeben, entbindet den Tatrichter nicht von der Aufgabe, den Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände auszulegen, einschließlich seiner Vorgeschichte und der Interessenlage der Parteien (BGH, a. a. O.).

Auch die Tatsache, dass die Parteien miteinander verwandt sind, ist für den Rechtscharakter der Vereinbarung nicht von entscheidender Bedeutung, denn grundsätzlich besteht keine Vermutung für den Schenkungscharakter von Leistungen unter Verwandten. Nur bei grobem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht eine Vermutung für eine gemischte Schenkung.

Eine solche Vermutung greift hier ein. Die Leistung der Klägerin lag in der Übertragung des Miteigentumsanteils an dem Hausgrundstück. Ausgehend von den laufenden Mieteinkünften aus diesem Anteil (...) ergibt sich ein Wert von 406.000 €. Dem steht als Gegenleistung die Pflegeverpflichtung der Beklagten gegenüber. Ausgehend von einer durchschnittlichen Lebenserwartung der seinerzeit 89-jährigen Klägerin von 4,37 Jahren laut Sterbetafel 1997/1999, ergibt sich bei grob geschätzt 3 Stunden täglicher Pflege und einer Vergütung von 10 € pro Stunde ein Wert von 47.851,15 € (3 Stunden x 365 Tage x 4,37 Jahre x 10 €). Dieser Wert der Gegenleistung steht im groben Missverhältnis zur Leistung der Klägerin, so dass der unentgeltliche Teil deutlich überwiegt und eine Vermutung zugunsten des Vorliegens einer gemischten Schenkung spricht, die vorliegend nicht widerlegt ist.

Die Rückforderung einer gemischten Schenkung ist nur eingeschränkt möglich, da dem Beschenkten wegen der von ihm erbrachten Leistungen im Falle eines wirksamen Widerrufs durch den Schenker ebenfalls ein Rückforderungsrecht bezüglich der von ihm erbrachten Gegenleistung zusteht. Dieser Rückforderungsanspruch ist auch – ohne, dass die Einrede vom Beschenkten erhoben wird – von Amts wegen zu berücksichtigen. Der Rückforderungsanspruch ist derart eingeschränkt, dass er nur Zug-um-Zug gegen Wertausgleich des entgeltlichen Teils geltend gemacht werden kann (BGH, DNotZ 1989, 775).

Zum Umfang und Wert der von der Beklagten bis zum Schenkungswiderruf vom 15.3.2002 erbrachten Gegenleistungen fehlt aber jeglicher Vortrag der Klägerin, die insoweit darlegungs- und beweisbelastet ist. Mangels detaillierter Darlegung der Pflegeleistungen der Beklagten kann auch eine Zug-um-Zug-Verurteilung nicht erfolgen. Auch kann in diesem Zusammenhang keine Verrechnung mit den tatsächlichen Mieteinkünften erfolgen, da es auch insoweit an jeglicher Darlegung fehlt.

Außerdem hat die Klägerin die gemischte Schenkung nicht wirksam widerrufen, da eine schwere Verfehlung der Beklagten gegen die Klägerin, die als grober Undank angesehen werden könnte, nicht vorliegt. (...)

3. WEG §§ 10 Abs. 1, 27, 23 Abs. 4, 43 Abs. 1 Nr. 4, 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 (*Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft, Vertretungskompetenz des Verwalters, Einzelwirtschaftsplan als unverzichtbarer Bestandteil des Wirtschaftsplans*)

1. **Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist rechtsfähig, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt.**
2. **Neben der Haftung der teilrechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft kommt eine akzessorische gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer nur in Betracht, wenn diese sich neben dem Verband klar und eindeutig auch persönlich verpflichtet haben.**

3. **Gläubiger der Gemeinschaft können auf deren Verwaltungsvermögen zugreifen, das auch die Ansprüche der Gemeinschaft gegen die Wohnungseigentümer und gegen Dritte umfasst.**
4. **Zu den pfändbaren Ansprüchen der Gemeinschaft gehören der Anspruch, ihr die finanzielle Grundlage zur Begleichung der laufenden Verpflichtungen durch Beschlussfassung über den Wirtschaftsplan, seine Ergänzung (Deckungsumlage) oder die Jahresabrechnung zu verschaffen, sowie Ansprüche aus Verletzung dieser Verpflichtung.**
5. **Soweit der Verwalter als Organ der Gemeinschaft nicht kraft Gesetzes zur Vertretung berechtigt ist, werden seine Kompetenzen durch solche der Wohnungseigentümer ergänzt, denen die entsprechende Bevollmächtigung des Verwalters oder die Fassung des von ihm nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG auszuführenden Beschlusses obliegt.**
6. **Die Anfechtung von Beschlüssen der Wohnungseigentümerversammlung betrifft die Willensbildung innerhalb der Gemeinschaft und richtet sich daher nicht gegen den Verband, sondern gegen die übrigen Wohnungseigentümer.**
7. **Der Einzelwirtschaftsplan gehört zu den unverzichtbaren Bestandteilen des Wirtschaftsplans. Die Genehmigung eines Wirtschaftsplans ohne Einzelwirtschaftsplan ist auf Antrag für ungültig zu erklären.**

BGH, Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten um die Genehmigung eines Wirtschaftsplans. Die Antragsteller und die Antragsgegner sind die Wohnungseigentümer der Liegenschaft N. Straße 14–24 in M., deren Verwalterin die weitere Beteiligte ist. Die Wohnanlage befindet sich in dem ehemaligen Olympiadorf in München, dessen Infrastruktur städtebauliche Besonderheiten aufweist. Die Müllabsauganlage und andere Versorgungseinrichtungen sind nicht getrennt für jede Liegenschaft vorhanden, sondern stehen in einem nicht auflösbaren Verbund mehrerer Einheiten. Die Einrichtungen sind nicht stets auf dem Grundstück verlegt, dessen Versorgung sie sicherstellen, sondern teilweise auf benachbartem Grund. Automobil- und Personenverkehr sind auf unterschiedliche Ebenen verteilt. Die Fahrstraßen und Garagenzufahrten werden von Betonkonstruktionen überspannt, die die Fußgängerebenen tragen. Zur Betreuung der grundstücksübergreifenden Einrichtungen schloss die „WEG BH 2–4 (N. Straße 14–22)“, vertreten durch die damalige Verwalterin, mit der O.-B.B. Gesellschaft mbH & Co W. KG (im Folgenden: ODBG) am 22.9.1976 einen „Individualvertrag“. Darin übertrug sie dieser die Pflege, die Wartung, den Betrieb und die Erneuerung der Anlagen.

In den folgenden Jahren wurden die von der ODBG veranschlagten Kosten in den Wirtschaftsplan bzw. nach Abrechnung in die Jahresabrechnung aufgenommen. Am 21.3.1990 beschlossen die Wohnungseigentümer, dass für die Fälligkeit der Vorauszahlungen und für die Fälligkeit von Abrechnungsnachzahlungen und Wohngeldvorauszahlungen die Genehmigung der Gesamtabrechnung und des Gesamtwirtschaftsplans genügen solle.

In der Wohnungseigentümerversammlung vom 5.4.2000 stand auch die Genehmigung des Wirtschaftsplans für 2000 und

2001 auf der Tagesordnung. Die Beschlussvorlage wies lediglich die Gesamtkosten für die Liegenschaft aus, enthielt aber keine Einzelwirtschaftspläne. In den Ausgaben waren 146.465 DM für die Sanierung der Betonkonstruktionen, die die Fußgängerebenen über den Straßen tragen, vorgesehen. Ein Antrag, den Wirtschaftsplan nur ohne die Kosten für die Erschließungsebenen zu genehmigen, wurde abgelehnt, die ursprüngliche Beschlussvorlage unter Erhöhung der Rücklage dagegen angenommen.

Hiergegen wenden sich die Antragsteller. Sie haben beantragt, den Beschluss im Umfang der Instandhaltungsmaßnahmen für die Betonkonstruktionen (146.465 DM) für ungültig zu erklären. Das Amtsgericht hat dem Antrag entsprochen. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegner hat das Landgericht München I die Entscheidung des Amtsgerichts aufgehoben und den Antrag zurückgewiesen. Der hiergegen gerichteten sofortigen weiteren Beschwerde der Antragsteller möchte das Bayerische Oberste Landesgericht stattgeben. Es sieht sich hieran jedoch durch die Entscheidung des Kammergerichts in Berlin vom 11.2.1991 (NJW-RR 1991, 726) gehindert und hat die Sache deshalb mit Beschluss vom 29.12.2004 (BayObLGZ 2005, Nr. 69) dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die Vorlage ist statthaft (§§ 43 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, 45 Abs. 1 WEG i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG). Das vorliegende Gericht ist der Auffassung, die Genehmigung eines Wirtschaftsplanes ohne Einzelwirtschaftsplan entspreche nicht ordnungsmäßiger Verwaltung. Im Gegensatz zur Jahresabrechnung habe die Aufstellung der (voraussichtlichen) Gesamteinnahmen und -ausgaben keine eigenständige Bedeutung, da es sich hierbei nur um Prognosen handle. Die in §§ 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und 3 WEG verlangten und für den Wohnungseigentümer entscheidenden Angaben zu Verteilungsschlüssel und Einzelbelastung enthalte ein solcher Gesamtwirtschaftsplan nicht. Deshalb sei er für ungültig zu erklären.

Demgegenüber ist das Kammergericht (NJW-RR 1991, 725, 726) der Auffassung, das Fehlen der Einzelwirtschaftspläne allein führe nicht zur Anfechtbarkeit des Gesamtwirtschaftsplans. Das Erfordernis einer gleichzeitigen Beschlussfassung über Gesamt- und Einzelwirtschaftsplan führe bei Änderungen in den Gesamtansätzen ohne zwingenden Grund dazu, dass eine weitere Eigentümerversammlung wegen der Einzelwirtschaftspläne abgehalten werden müsste.

Die Divergenz rechtfertigt die Vorlage. Hierbei ist der Senat an die Auffassung des vorlegenden Gerichts, es könne ohne Beantwortung der streitigen Rechtsfrage über die sofortige weitere Beschwerde nicht entscheiden, bei Prüfung der Zulässigkeit der Vorlage gebunden (BGHZ 99, 90, 92; 109, 396, 398; 113, 374, 376 f.; 116, 392, 394).

III.

Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 45 Abs. 1, 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG, §§ 27, 29, 22 Abs. 1 FGG). Sie hat auch in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Ungültigerklärung des angegriffenen Eigentümerbeschlusses in dem beantragten Umfang.

1. Allerdings geht das Beschwerdegericht im Ergebnis zu Recht davon aus, dass die Beteiligten die Kosten für die Sanierung der Betonkonstruktionen in den Wirtschaftsplan einzustellen haben. Die hierfür angeführte Begründung trägt jedoch nicht. Rechtsfehlerfrei nehmen Beschwerdegericht und vorlegendes Gericht zwar übereinstimmend an, dass in den Gesamtwirtschaftsplan auch strittige Forderungen einzustellen sind, wenn die Wohnungseigentümer ernsthaft damit rech-

nen müssen, dafür berechtigt in Anspruch genommen zu werden. Dies ist hinsichtlich der Verbindlichkeiten aus dem Vertrag vom 22.9.1976 nach bisher herrschender Meinung aber nur dann der Fall, wenn entweder seit dem Vertragsschluss kein Eigentümerwechsel eingetreten ist oder etwaige Sondernachfolger die Verpflichtungen aus dem Vertrag übernommen haben. Sind dagegen alle Vertragspartner aus der Eigentümergemeinschaft ausgeschieden, handelt es sich nicht mehr um eine Verwaltungsschuld der jetzigen Wohnungseigentümer, die in den Wirtschaftsplan eingestellt werden darf (vgl. *Staudinger/Bub*, BGB, 12. Aufl., § 28 WEG Rdnr. 198). Hierzu sind jedoch bisher keine tatsächlichen Feststellungen getroffen worden. Sie sind auch nicht aus den von dem vorlegenden Gericht angestellten Überlegungen zur Begründung eines Übergangs der Verbindlichkeiten auf die jetzigen Wohnungseigentümer entbehrlich, weil diese Begründung der rechtlichen Prüfung nicht standhält [siehe III. 6.d)]. Eine tatsächliche Aufklärung erübrigt sich jedoch deshalb, weil es sich bei den in Rede stehenden Verbindlichkeiten um eine Verwaltungsschuld handelt, für welche die Wohnungseigentümergemeinschaft unabhängig von ihrem Personenbestand einzustehen hat.

2. Die Haftung für die Verbindlichkeiten trifft nicht nur die Wohnungseigentümer, die den Vertrag vom 22.9.1976 abgeschlossen haben. Denn der Vertrag ist ausdrücklich im Namen der Wohnungseigentümergemeinschaft Bauvorhaben 2–4, N. Straße 14–22 abgeschlossen worden. Dass damit nicht die Gemeinschaft als solche, sondern die damals im Grundbuch eingetragenen einzelnen Wohnungseigentümer Vertragspartner waren, entsprach der bislang überwiegend vertretenen Auffassung, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer selbst nicht rechtsfähig sei (BGHZ 142, 290, 294 = DNotZ 2000, 198; BGH, MittBayNot 1990, 21; BGHZ 78, 166, 172; BGH, Urt. v. 12.5.1977, VII ZR 167/76, NJW 1977, 1686; Urt. v. 20.1.1983, VII ZR 210/81, NJW 1983, 1901 f.; Urt. v. 2.7.1998, IX ZR 51/97, NJW 1998, 3279; BVerwG, NJW-RR 1995, 73, 74; BayObLG, ZMR 2002, 136, 137; ZMR 2002, 536 f.; OVG Münster, NJW-RR 1992, 458, 459; *Bamberger/Roth/Hügel*, BGB, 2003, § 10 WEG Rdnr. 2 f.; *Erman/Grziwotz*, BGB, 11. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 11; Münch-KommBGB/Commichau, 4. Aufl., Vor § 1 WEG Rdnr. 47; *Niedenführ/Schulze*, WEG, 7. Aufl., § 10 Rdnr. 2 u. Vor §§ 43 ff. Rdnr. 73; *Staudinger/Rapp*, Einl. zum WEG Rdnr. 24 ff.; *Weitnauer/Briesemeister*, WEG, 9. Aufl., Vor § 1 Rdnr. 30 ff.; *Kümmel*, Die Bindung der Wohnungseigentümer und deren Sondernachfolger an Vereinbarungen, Beschlüsse und Rechtshandlungen nach § 10 WEG, 2002, S. 18 f.; *Heismann*, Werdende Wohnungseigentümergemeinschaft, 2003, S. 78 ff.; *Becker/Kümmel/Ott*, Wohnungseigentum, 2003, Rdnr. 72; *Deckert/Ott*, Die Eigentumswohnung, 2005, Gr. 3 Rdnr. 37). Demgegenüber mehrten sich in der Literatur die Stimmen, die der Wohnungseigentümergemeinschaft, wie ehemals schon *Bärmann* (PiG 22, 215 ff.; *ders.*, NJW 1989, 1057, 1060 ff.), Teilrechtsfähigkeit zusprechen (*Bub/Petersen*, NZM 1999, 646, 648 f.; *Raiser*, ZWE 2001, 173 ff.; *Bub*, PiG 63, 1 ff.; *Derleder*, PiG 63, 29 ff.; *Sauren*, PiG 63, 61 ff.; *Schwörer*, NZM 2002, 421 ff.; *Kreuzer*, ZWE 2002, 285, 286; *Maroldt*, ZWE 2002, 387 ff.; *Pauly*, WuM 2002, 531 ff.; *Häublein*, FS Wenzel, 2005, PiG 71, S. 175 ff.). Dem schließt sich der Senat an.

3. Die fehlende Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft wurde lange Zeit als allgemein anerkannt vorausgesetzt und allenfalls mit einem nicht näher erläuterten Hinweis auf ihre Ausgestaltung als Bruchteilsgemeinschaft begründet (BGHZ 78, 166, 172; BGH, Urt. v. 12.5.1977, VII ZR 167/76, NJW 1977, 1686; Urt. v. 20.1.1983, VII ZR

210/81, NJW 1983, 1901 f.; Beschl. v. 13.7.1993, III ZB 17/93, NJW 1993, 2943, 2944; Urt. v. 2.7.1998, IX ZR 51/97, NJW 1998, 3279; BayObLG, ZMR 2002, 136, 137; ZMR 2002, 536 f.; *Bamberger/Roth/Hügel*, § 10 WEG Rdnr. 2 f.; *Erman/Grziwotz*, § 10 WEG Rdnr. 11). Im Zuge der Diskussion um eine Übertragung der Grundsätze zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf die Wohnungseigentümergemeinschaft wurde diese Auffassung eingehender damit begründet, dass es an einer entsprechenden gesetzlichen Anordnung fehle (*Ott*, ZMR 2002, 97, 100; ähnlich Münch-KommBGB/Commichau, vor § 1 WEG Rdnr. 43). Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte des Wohnungseigentumsgesetzes ließen nicht erkennen, dass der Wohnungseigentümergemeinschaft Teilrechtsfähigkeit zukommen solle. So spreche § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG nur von dem „Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander“, nicht von der Wohnungseigentümergemeinschaft als einem überindividuellen Verband (*Ott*, ZMR 2002, 97, 98 u. 169, 171; *Deckert/Ott*, a. a. O., Gr. 3 Rdnr. 37). Auch werde der Verwalter in § 27 Abs. 2 WEG ermächtigt, „im Namen aller Wohnungseigentümer“, nicht aber im Namen der Wohnungseigentümergemeinschaft zu handeln (*Ott*, ZMR 2002, 97, 98). Auch das Verfahrensrecht kenne in § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG nur Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander „aus der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer“, nicht aber dieser gegenüber (*Ott*, ZMR 2002, 97, 98). Gegen eine Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft spreche ferner die Systematik des Gesetzes, das in § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG die Vorschriften zur Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) ergänzend für anwendbar erkläre (*Weitnauer/Briesemeister*, Vor § 1 Rdnr. 30; *Heismann*, a. a. O., S. 79 f.; *Deckert/Ott*, a. a. O., Gr. 3 Rdnr. 37). Darüber hinaus sei der zweite Abschnitt des WEG mit „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer“ überschrieben, was §§ 741 ff. BGB entspreche und folglich, da die Gemeinschaft unbestritten nicht rechtsfähig sei, diesen Schluss auch für die Wohnungseigentümergemeinschaft nahe lege (*Ott*, ZMR 2002, 97, 98). Schließlich spreche die Entstehungsgeschichte gegen die Annahme, der Wohnungseigentümergemeinschaft komme Rechtsfähigkeit zu. Das Wohnungseigentum habe weitestgehend in das System des bürgerlichen Rechts eingefügt werden sollen, weshalb lediglich Alleineigentum und Bruchteilseigentum habe kombiniert werden sollen (*Ott*, ZMR 2002, 97, 98 u. 169, 171 f.; *Heismann*, a. a. O., S. 78; *Deckert/Ott*, a. a. O., Gr. 3 Rdnr. 37). Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer beruhe lediglich darauf, dass sie Bruchteilseigentümer des gemeinschaftlichen Eigentums seien. Diese Gründe tragen die herrschende Meinung nicht.

4. Das Wohnungseigentumsgesetz enthält zwar keine ausdrückliche Regelung zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft, schließt sie aber auch nicht aus (*Raiser*, ZWE 2001, 173, 177; *Schwörer*, NZM 2002, 421, 422; *Pauly*, WuM 2002, 531, 532; vgl. auch MünchKommBGB/Commichau, Vor § 1 WEG Rdnr. 43; *Heismann*, a. a. O., S. 78; wohl auch *Ott*, ZMR 2002, 97, 98).

a) Gegen eine Teilrechtssubjektivität der Wohnungseigentümergemeinschaft spricht insbesondere nicht die Tatsache, dass § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG auf das Recht der Gemeinschaft verweist. Denn die §§ 741 ff. BGB sollen nur subsidiär gelten, sofern nichts anderes geregelt ist. Ergibt sich die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft bereits aus den Regelungen des Wohnungseigentumsgesetzes, so steht dem die ergänzende Anwendbarkeit der §§ 741 ff. BGB nicht entgegen (*Maroldt*, Die Rechtsfolgen einer Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, 2004, S. 8; *ders.*, ZWE 2002, 387, 388; *Pauly*, WuM 2002, 531, 532).

b) Wenn §§ 10 Abs. 1 Satz 1, 43 Abs. 1 WEG nur das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, nicht aber ihr Auftreten als Verband im Rechtsverkehr regeln und § 27 Abs. 2 WEG den Verwalter nur zum Handeln im Namen aller Wohnungseigentümer und nicht eines Rechtssubjekts berechtigt, so ist dem zwar zu entnehmen, dass das Gesetz zur Selbstständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft als Trägerin von Rechten und Pflichten keine Vorgaben enthält. Daraus ist jedoch ähnlich wie im Falle der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. BGHZ 146, 341, 343 f. = MittBayNot 2001, 192) nicht zu folgern, dass diese Möglichkeit von Gesetzes wegen ausgeschlossen sein sollte (*Derleder*, PiG 63, 29, 56; *Maroldt*, a. a. O., S. 8, *ders.*, ZWE 2002, 387, 388; vgl. *Schwörer*, NZM 2002, 421, 424 u. aus dem gesellschaftsrechtlichen Schrifttum *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 996 f.). Vielmehr standen bei der Verabschiedung des Wohnungseigentumsgesetzes praktische Erwägungen, insbesondere das Streben nach Schaffung neuen Wohnraums im Vordergrund (*Schwörer*, NZM 2002, 421, 424).

c) Ebenso wenig ist der Kombination von Sondereigentum und Bruchteilseigentum zwingend zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die Wohnungseigentümergeinschaft ausschließlich als Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB konzipieren wollte. Zwar sollte das Wohnungseigentum als echtes Eigentum ausgestaltet werden. Dies betrifft aber nur die sachenrechtliche Seite, nicht die korporative Ausgestaltung der Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtsverkehr (*Maroldt*, a. a. O., S. 8; *ders.*, ZWE 2002, 387, 389; ähnlich *Pauly*, WuM 2002, 531, 532). Insoweit schließt die Bruchteilsgemeinschaft das Verständnis der Wohnungseigentümergeinschaft als einen überindividuellen Personenverband in Bezug auf die Teilnahme am Rechtsverkehr bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nicht aus. Die Begründung zu den Regelungen für die Eigentümerversammlung in §§ 24 bis 28 des ursprünglichen Entwurfs (§§ 23 ff. WEG) zieht denn auch ausdrücklich Parallelen zum Verein und zu den Handelsgesellschaften (BT-Drucks. 1/252, S. 13 und 29; *Schwörer*, NZM 2002, 421, 424).

5. Stehen nach alledem Wortlaut und Systematik des Wohnungseigentumsgesetzes einer Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nicht entgegen, so sprechen andererseits die organisatorische Struktur der Wohnungseigentümergeinschaft, die Entstehungsgeschichte und der Regelungszusammenhang des Gesetzes dafür.

a) Die Wohnungseigentümergeinschaft verfügt über eine eigene Satzung, die Gemeinschaftsordnung, die nach § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG die Rechte und Pflichten der Mitglieder inhaltlich gestalten kann (*Bärmann*, NJW 1989, 1057, 1062; *Kreuzer*, Die Gemeinschaftsordnung nach dem WEG, 2005, Rdnr. 5). Dies geht über die bloße Gemeinschaft nach § 741 ff. hinaus und nähert die Wohnungseigentümergeinschaft dem Verein an (*Bärmann*, NJW 1989, 1057, 1061 f.; *Pauly*, WuM 2002, 531, 532 f.).

b) Der Wohnungseigentümerversammlung ist in zahlreichen Angelegenheiten, insbesondere der laufenden Verwaltung, die Befugnis eingeräumt, gemäß § 25 Abs. 1 WEG durch Mehrheitsbeschluss zu entscheiden. Die abwesenden oder überstimmten Wohnungseigentümer sind hieran grundsätzlich gebunden. Das ist ein typisches Merkmal rechtsfähiger Verbände (vgl. *Schmid*, BIGBW 1981, 142, 143; *Bub*, PiG 63, 1, 15 f.). Die Nähe zur Körperschaft ist umso größer, als §§ 24, 25 WEG detaillierte Vorgaben über Stimmrecht, Beschlussfähigkeit und Protokollierung von Beschlüssen machen, welche die schon in der Gesetzesbegründung gezogene Parallele zum Beschlussrecht in Körperschaften aufzeigen

(*Maroldt*, ZWE 2002, 387, 389; *Pauly*, WuM 2002, 531, 532; ähnlich schon *Bärmann*, NJW 1989, 1057, 1061).

c) Die Wohnungseigentümergeinschaft hat eigene Organe, nämlich die Eigentümerversammlung, den Verwalter (vgl. BGHZ 151, 164, 171 = DNotZ 2002, 945; 152, 46, 58 = DNotZ 2003, 43) und – allerdings fakultativ – den Verwaltungsbeirat. Der Verwalter ist nach § 26 Abs. 1 Satz 4 WEG unabdingbares Organ der Wohnungseigentümergeinschaft und kann in weitem Umfang für die Wohnungseigentümer im Rechtsverkehr handeln. Dabei handelt es sich, da der Verwalter nicht aus den Reihen der Wohnungseigentümer stammen muss, nach gesellschaftsrechtlichen Kategorien sogar um einen Fall der Fremdgangeschaft, der über die Personengesellschaften hinausgeht und die Wohnungseigentümergeinschaft der juristischen Person annähert (*Bub*, PiG 63, 1, 17; ähnlich schon *Bub/Petersen*, NZM 1999, 646, 650; *Vollkommer*, ZMR 2000, 7, 9; *Kreuzer*, a. a. O., Rdnr. 5; *Armbrüster*, FS Wenzel, S. 85 ff., 95).

d) Die Wohnungseigentümergeinschaft geht auch mit der in § 11 WEG geregelten Unauflöslichkeit über die Bruchteilsgemeinschaft hinaus. Während dort den Eigentümern durch § 1010 Abs. 1 BGB lediglich ein Ausschluss der Aufhebung gestattet wird, der seine Grenze in § 749 Abs. 2 Satz 1 BGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes findet, bestimmt § 11 Abs. 1 WEG die Unauflöslichkeit der Gemeinschaft selbst bei Vorliegen eines solchen Grundes. Die Wohnungseigentümergeinschaft soll also nicht nur von dem jeweiligen Mitgliederbestand unabhängig sein, was als solches schon körperschaftliche Züge aufweist, sondern grundsätzlich nicht aufgelöst werden können. Auch hinsichtlich dieser Dauerhaftigkeit steht die Wohnungseigentümergeinschaft einer juristischen Person näher als der einfachen Bruchteilsgemeinschaft (*Vollkommer*, ZMR 2000, 7, 9; *Raiser*, ZWE 2001, 173, 174; *Bub*, PiG 63, 1, 21; *Maroldt*, ZWE 2002, 387, 389 f.; *Pauly*, WuM 2002, 531, 533).

e) Entscheidend für die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft sprechen jedoch die Entstehungsgeschichte sowie der Regelungszusammenhang der §§ 27, 28 WEG. Hierzu heißt es in den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 1/252, S. 31 f.):

„Den im Vorstehenden entwickelten Grundsätzen entsprechend sieht der Entwurf in § 30 Abs. 3 auch davon ab, dem Verwalter ähnlich wie dem französischen „Syndikus“ oder dem italienischen „Administrator“ kraft Gesetzes das Recht zuzusprechen, namens der Eigenwohner Verbindlichkeiten einzugehen. Wollte man dies zulassen, so würde nach der Regel des § 427 BGB die gesamtschuldnerische Haftung aller Eigenwohner gegenüber dem Lieferanten, beispielsweise von Heizungsmaterial, die Folge sein. Eine solche Haftung ist aber nicht zumutbar. Sie ist auch entbehrlich, da der Verwalter nötigenfalls die Zahlung von Vorschüssen verlangen kann, wenn er seine Ausgaben nicht aus vorhandenen Beständen zu decken vermag.“

Der in Bezug genommene § 30 Abs. 3 des Entwurfs ist zwar nicht Gesetz geworden, der Sache nach ist es aber dabei verblieben, dass der Verwalter nach § 27 Abs. 2 WEG zwar alle Zahlungen zu bewirken hat, die mit der laufenden Verwaltung zusammenhängen, nicht aber von Gesetzes wegen berechtigt ist, im Namen aller Wohnungseigentümer und mit Wirkung für und gegen sie Verträge abzuschließen, die nicht unter den Kanon von § 27 Abs. 1 oder Abs. 2 WEG fallen (*Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 9. Aufl., § 27 Rdnr. 8 ff.). Wenn aber der Gesetzgeber die persönliche Haftung der Wohnungseigentümer wegen der Zugriffsmöglichkeiten des Verwalters auf

die „vorhandenen Bestände“ und die beschlossenen Beiträge als unzumutbar und entbehrlich angesehen hat, so impliziert das eine rechtliche Verselbständigung des Verwaltungsvermögens gegenüber den einzelnen Wohnungseigentümern. Denn eine Schuld kann immer nur Subjekte, nicht aber Vermögensmassen treffen (BGHZ 146, 341, 345 = MittBayNot 2001, 192). Die Anerkennung eines teilrechtsfähigen Subjekts ist daher nur die rechtliche Konsequenz des von dem Gesetzgeber geäußerten Willens. Dass er sie nicht selbst ausdrücklich angeordnet hat, steht dem nicht entgegen, weil die Rechtsfähigkeit eine rechtstechnische Kategorie ist, die keiner ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bedarf, sondern auch in Form der Gesetzesauslegung ermittelt werden kann (*Aderhold*, Das Schuldmittel der BGB-Gesellschaft, 1981, S. 157 f. m. w. N.; *Häublein*, FS Wenzel, S. 175 ff., 196).

Das Mittel, um den Verwalter in die Lage zu versetzen, die erforderlichen Zahlungen (§ 27 Abs. 2 Nr. 2 WEG) zu leisten, ist das Finanz- und Rechnungswesen der Wohnungseigentümergeinschaft. Es ermöglicht ihm, den für die Tilgung bestehender und künftiger Verwaltungsschulden sowie für die Ansammlung der Instandhaltungsrückstellung als Verbandsvermögen erforderlichen Geldbedarf als Vorschusszahlungen gemäß Wirtschaftsplan oder Sonderumlagenbeschluss und als Nachschusszahlungen gemäß Abrechnungsbeschluss anzufordern. Der Verwalter ist sogar dazu verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die Wohnungseigentümer durch die Gläubiger gemeinsam eingegangener Verbindlichkeiten nicht in Anspruch genommen werden (*Briesemeister*, NZM 2003, 777, 778; *Häublein*, ZfIR 2004, 738, 739; *Armbrüster*, FS Wenzel, S. 85 ff., 99), und gewährt umgekehrt jedem Wohnungseigentümer nach § 21 Abs. 4 WEG einen Anspruch darauf, dass ein entsprechender Wirtschaftsplan oder eine Deckungsumlage auch beschlossen wird. Dieses Regelungskonzept geht über dasjenige der bloßen Miteigentümergeinschaft weit hinaus (*Bub/Petersen*, NZM 1999, 646, 650; *Bub*, PiG 63, 1, 12; *Maroldt*, ZWE 2002, 387, 389; vgl. auch *Schwörer*, NZM 2002, 421, 422 f.).

6. Für die partielle Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft spricht weiterhin der Umstand, dass nur sie es vermag, wesentliche, praxisrelevante Rechtsprobleme schlüssig zu lösen und die konzeptionellen Begründungsdefizite der herrschenden Auffassung zu vermeiden.

a) Nicht abschließend geklärt ist bisher das Schicksal gemeinschaftlicher Forderungen bei einem Eigentümerwechsel. Hier wird einerseits die Auffassung vertreten, gemeinschaftliche Forderungen gegen Dritte stünden den Wohnungseigentümern in schlichter Rechtsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB zu und die Mitberechtigung ginge nicht kraft Gesetzes auf den Erwerber über (BayObLGZ 1995, 103, 107 m. w. N. = DNotZ 1995, 627). In diesem Fall bestünde eine Bruchteilsgemeinschaft am Vermögen neben der Bruchteilsgemeinschaft am Grundstück und könnte jeder Bruchteilsberechtigter über seinen Anteil an dem Vermögen unabhängig von seinem Wohnungseigentum verfügen (§ 747 Satz 1 BGB). Diese Auffassung widerspricht dem selbständigen Finanz- und Rechnungswesen der Wohnungseigentümergeinschaft und scheitert an der praktischen Durchführbarkeit (*Weitauer/Briesemeister*, WEG, 9. Aufl., § 1 Rdnr. 25). Deswegen vertritt eine andere Meinung den Standpunkt, gemeinschaftliche Forderungen fielen in das Verwaltungsvermögen und könnten von der Gemeinschaft in ihrer aktuellen Zusammensetzung verfolgt werden, weil der Anteil an diesem Vermögen mit dem Miteigentumsanteil automatisch auf den Erwerber übergehe (OLG Köln, NZM 1998, 874). Eine Begründung hierfür wird entweder überhaupt nicht gegeben oder in sehr unterschied-

licher Weise konstruiert (vgl. i. e. *Wicke*, ZfIR 2005, 301, 303 f.). Weitgehende Einigkeit besteht insoweit nur darin, dass das Verwaltungsvermögen einer Zweckbindung unterliege, die auch bei einem Eigentümerwechsel erhalten bleiben müsse.

Unabhängig von der Frage des Übergangs soll der Verwalter andererseits berechtigt sein, Erfüllungsleistungen in jedem Fall entgegenzunehmen und z. B. eine löschungsfähige Quittung zu erteilen (BayObLG, DNotZ 1995, 627; *Demharter*, ZfIR 2001, 957 f.). Eine solche vom aktuellen Mitgliederbestand der Wohnungseigentümergeinschaft verselbständigte Verwalterbefugnis setzt aber wiederum deren Teilrechtsfähigkeit voraus (*Sauren*, PiG 63, 61, 64).

All diese Unstimmigkeiten vermeidet die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit. Denn Träger des Vermögens einschließlich der gemeinschaftlichen Forderungen und Verbindlichkeiten ist unabhängig von einem Eigentümerwechsel der Verband (*Bub*, PiG 63, 1, 25; *Ott*, ZMR 2002, 97; *Drasdo*, NJW 2004, 1988, 1989).

b) Ähnliches gilt für die Durchsetzung gemeinschaftlicher Forderungen. Bei der Bruchteilsgemeinschaft kann gemäß § 432 BGB jeder Miteigentümer alleine die Leistung an alle fordern. Anders verhält es sich bei der Wohnungseigentümergeinschaft. Hier bedarf ein Wohnungseigentümer für die Durchsetzung eines ihm zustehenden Anspruchs der Ermächtigung durch die Gemeinschaft, wenn dieser die Entscheidungskompetenz über die Rechtsverfolgung zusteht. § 432 BGB wird insoweit durch § 21 Abs. 1 WEG verdrängt (vgl. BGHZ 106, 222, 226; 111, 148, 151; 115, 253, 257). Die Konzeption der Wohnungseigentümergeinschaft als Bruchteilsgemeinschaft greift folglich auch hier zu kurz (*Raiser*, ZWE 2001, 173, 177; ähnlich *Maroldt*, a. a. O., S. 41 ff.). Mit der Teilrechtsfähigkeit ist die Wohnungseigentümergeinschaft dagegen selbst Forderungsinhaberin.

c) Schwierigkeiten bereitet bislang ferner die Parteibezeichnung im gerichtlichen Verfahren. Verfolgen die Wohnungseigentümer als Gläubiger einen Leistungsanspruch, so genügt auf der Aktivseite die Verwendung der Sammelbezeichnung „Wohnungseigentümergeinschaft X-Straße, vertreten durch den Verwalter Y“ (BGHZ 78, 166, 173; BGH Urt. v. 12.5.1977, VII ZR 167/76; NJW 1977, 1686; ähnlich BGH, Beschl. v. 13.7.1993, III ZB 17/93, NJW 1993, 2943, 2944; BayObLG, NJW-RR 1987, 1039, 1040; ZMR 2004, 926, 927 und für Verwaltungsakte BVerwG, NJW-RR, 1995, 73, 74; OVG Münster, NJW-RR 1992, 458, 459). Diese Möglichkeit der „Kurzbezeichnung“ unterscheidet sich ihrem Inhalt nach nicht von der prozessualen Behandlung eines rechtsfähigen Verbandes (vgl. *Schmid*, BIGBW 1981, 142, 143; *Derleder*, PiG 63, 29, 39 f.; *Sauren*, PiG 63, 61, 63 f.; *Schwörer*, NZM 2002, 421). Die Einreichung einer Eigentümerliste ist hier nicht mehr Bestimmtheitserfordernis, sondern nur Beteiligungserfordernis. Anders verhält es sich in Passivprozessen. Hier ist die Vorlage einer Eigentümerliste Bestimmtheitserfordernis, dem noch in der Rechtsmittelinstanz entsprochen werden kann (BayObLG, ZMR 2002, 136, 137; NJW-RR 2002, 732, 733; ähnlich ZMR 2004, 842, 843; krit. *Derleder*, PiG 63, 40; zur parallelen Wertung als Vorwegnahme der Parteifähigkeit bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts BGHZ 146, 341, 350 f. = MittBayNot 2001, 192). Ist dagegen die Eigentümergemeinschaft als solche verurteilt worden, ist sie auch als rechtsmittelbefugt angesehen worden (BGH, Beschl. v. 13.7.1993, III ZB 17/93, NJW 1993, 2943, 2944). Diese Unstimmigkeiten sind mit Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft behoben. Denn deren verfahrensrechtliche Konsequenz ist die Partei- und Beteiligungsfähigkeit hinsichtlich der das Verwaltungsvermögen

betreffenden Forderungen und Verbindlichkeiten (vgl. Münch-KommZPO/Lindacher, 2. Aufl., § 50 Rdnr. 23 ff.). Die Gemeinschaft kann in diesen Angelegenheiten als solche klagen und verklagt werden, ohne dass es auf den aktuellen Mitgliederbestand ankommt (*Maroldt*, a. a. O., S. 90; *Bub*, PiG 63, 1, 26 f.; *Derleder*, PiG 63, 29, 49 f. u. 55 f.; *Sauren*, PiG 63, 61, 71; *Ott*, ZMR 2002, 97; *Schwörer*, NZM 2002, 421, 423; *Pauly*, WuM 2002, 531, 533 f.; vgl. zum Gesellschaftsrecht *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 997 f.; *Hadding*, ZGR 2001, 713, 729 ff.; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 591 f.; *Wieser*, MDR 2001, 421).

d) Die entscheidenden Konzeptionsschwächen der herrschenden Auffassung betreffen jedoch das Haftungssystem. Im Ergebnis ist weithin anerkannt, dass für die Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen, insbesondere aus dem Verwaltervertrag, die jeweiligen Wohnungseigentümer haften, denen die Leistungen auch zugute kommen (BayObLGZ 1986, 368, 369 f.; KG, WE 1994, 54, 55; OLG Köln, NZM 1998, 874, 875; OLG Hamm, MittBayNot 2000, 429 ff.; *Weitnauer/Lüke*, § 10 WEG Rdnr. 61; *Niedenführ/Schulze*, § 10 WEG Rdnr. 34; *Staudinger/Rapp*, Einl. zum WEG Rdnr. 54; *Merle*, Das Wohnungseigentum im System des bürgerlichen Rechtes, 1979, S. 102 f.; *Kümmel*, a. a. O., S. 118 ff.; *Ott*, ZMR 2002, 169, 172). Begründet wird dies entweder vertragsrechtlich mit einer – verschieden konstruierten – rechtsgeschäftlichen Auswechslung des Schuldners beim Eigentümerwechsel (*Staudinger/Rapp*, Einl. zum WEG Rdnr. 54; *Kümmel*, a. a. O., S. 118 ff.; *Ott*, ZMR 2002, 169, 172) oder wohnungseigentumsrechtlich mit einer analogen Anwendung von § 10 Abs. 4 WEG (BayObLGZ 1986, 368, 369 f.; KG, WE 1994, 54, 55; OLG Köln, NZM 1998, 874, 875; OLG Hamm, MittBayNot 2000, 429 ff.; *Weitnauer/Lüke*, § 10 WEG Rdnr. 61; *Merle*, a. a. O., S. 102 f.). Beides vermag nicht zu überzeugen (*Häublein*, FS Wenzel, S. 175 ff., 181 ff.).

aa) Eine vorab mit dem Gläubiger vereinbarte befreiende Schuldübernahme durch den Erwerber ist ohne dessen Einverständnis unwirksam, da dies sonst auf einen Vertrag zu Lasten Dritter hinausliefe (*Kümmel*, a. a. O., S. 118 f.). Die entsprechende Erklärung ist aber bei von dem Erwerber nicht gebilligten Vertragsbeziehungen oft nicht zu erlangen und entspricht auch nicht immer dem objektiven Erklärungswert seiner rechtsgeschäftlichen Erklärungen, sondern muss fingiert werden, um das gewünschte Ergebnis zu erreichen. Dasselbe gilt für Dauerschuldverhältnisse. Ein aus § 10 Abs. 3 WEG abgeleiteter gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Erteilung der Genehmigung (*Kümmel*, a. a. O., S. 119) könnte dem in der Praxis allenfalls teilweise abhelfen. Denn bis zur rechtskräftigen Entscheidung hierüber käme es nicht zum Wechsel des Vertragspartners. Folglich könnte und müsste der Vertragspartner weiterhin den Veräußerer wegen der Kosten aus einem Dauerschuldverhältnis in Anspruch nehmen. Selbst eine Rückwirkung der gerichtlich ersetzten Genehmigung würde nur interne Ausgleichsansprüche zwischen Veräußerer und Erwerber begründen, was im Ergebnis keinen Vorteil gegenüber der herkömmlichen Lösung böte, wonach alleine der Wohnungseigentümer zur Zeit des Vertragsabschlusses Vertragspartner des Gläubigers bleibt.

bb) Auch die Auffassung von einer analogen Anwendung des § 10 Abs. 4 WEG überzeugt nicht. Zum einen hätte eine solche Lösung im Falle des Eigentümerwechsels eine Schuldnervermehrung zur Folge, weil § 10 Abs. 4 WEG eine zeitliche oder sonstige Begrenzung der Alteigentümerhaftung nicht vorsieht (vgl. zuletzt *Elzer*, ZMR 2004, 633, 636) und ein Kündigungsrecht vereinbart sein müsste. Zudem ließe sich eine analoge Anwendung von § 10 Abs. 4 WEG nicht auf den

Verwaltervertrag oder andere Dauerschuldverhältnisse begrenzen.

cc) Lässt sich eine Auswechslung der Vertragspartner kaum begründen, müssten konsequenterweise nur die zur Zeit des Vertragsschlusses im Grundbuch eingetragenen Wohnungseigentümer für die hieraus resultierenden Verbindlichkeiten haften (vgl. OLG Oldenburg, WE 1994, 218, 219; OLG Düsseldorf, BauR 1997, 334; *Maroldt*, a. a. O., S. 81; *Derleder*, PiG 63, 29, 41 u. 46; *Ott*, ZMR 2002, 169, 170; *Elzer*, ZMR 2004, 633, 636; vgl. für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit BGHZ 146, 341, 345 = MittBayNot 2001, 192), es sei denn, etwaige Sondernachfolger hätten sie übernommen und den Alteigentümer entlastet (vgl. BGH, Urt. v. 9.2.2004, II ZR 218/01, NJW-RR 2004, 874). Dies ist in jedem Veräußerungsfall festzustellen, erschwert in größeren Anlagen nicht nur die Verwaltung in unzumutbarer Weise, sondern müsste bei unterschiedlicher Vertragsgestaltung eines Eigentümerwechsels auch dazu führen, dass die Begleichung von Verbindlichkeiten ausgeschiedener Alteigentümer keine Angelegenheit der Gemeinschaft mehr ist, über die zu beschließen sie eine Beschlussfassungskompetenz hätte. Das widerspräche aber der Vorstellung des Gesetzgebers von der Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft und einer Haftung des Verwaltungsvermögens für Verwaltungsschulden. Hier vermag nur die Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft ein schlüssiges Erklärungsmodell zu bieten. Es vermeidet zudem das dem Willen des Gesetzgebers widerstreitende Ergebnis, dass der ausgeschiedene Wohnungseigentümer Dritten noch als Gesamtschuldner für das Entgelt haftet, während die Leistungen dem Erwerber zugute kommen.

7. Mit der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft sind zudem Erleichterungen bei der Durchsetzung von Beitragsforderungen gegen säumige Wohnungseigentümer verbunden. Insbesondere kann die Gemeinschaft als Gläubiger einer Zwangshypothek in das Grundbuch eingetragen werden. Bisher genügte der Verweis auf eine dem Titel beigefügte Eigentümerliste im Gegensatz zum Erkenntnisverfahren nicht. Vielmehr bedurfte es nach § 15 Abs. 1 GBV der Eintragung aller Gläubiger unter Angabe von Namen, Vornamen, Wohnort und Beruf (OLG Köln, WE 1995, 22 f.; BayObLG, ZWE 2001, 375). Das hat bei großen Gemeinschaften zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten geführt und das Grundbuch überfrachtet. Die Wohnungseigentümer mussten sich daher häufig mit einer fiduziarischen Abtretung der Forderung oder mit der Ermächtigung des Verwalters behelfen, die Forderung als Prozessstandschafter einzuklagen (vgl. BGHZ 148, 392).

8. Für die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft spricht schließlich ein Vergleich mit anderen Rechtsgebieten.

a) So steht im Steuerrecht außer Frage, dass die Wohnungseigentümergeinschaft selbst als Unternehmerin zu behandeln und als solche steuerpflichtig ist, nicht die einzelnen Wohnungseigentümer (s. etwa *Deckert/Jaser*, Die Eigentumswohnung, 2005, Gr. 8 Rdnr. 900; *Vogel/Schwarz/Huschens*, UStG, 2004, § 14 Nr. 13 Rdnr. 12; *Sauren*, PiG 63, 61, 62 f.). Tritt sie als Vermieterin von Gemeinschaftseigentum auf, ist sie im Verfahren der Feststellung von Einkünften beteiligtenfähig und klagebefugt (BFH, NJW 2004, 2774 f.).

b) Die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit trägt ferner der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts Rechnung. Die Behandlung als nicht rechtsfähiger Verband brachte hier ähnliche Probleme

mit sich wie im Fall der Wohnungseigentümergeinschaft, namentlich bei der korrekten Bezeichnung von Anspruchs- bzw. Prozessgegner (BGHZ 146, 341, 348 ff. = MittBayNot 2001, 192), beim Wechsel im Mitgliederbestand und bei der Haftungsverfassung (BGHZ 146, 341, 345). Die Gründe, die hier für die Teilrechtsfähigkeit gesprochen haben, müssen erst recht für die Wohnungseigentümergeinschaft gelten, zumal diese im Gegensatz zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts über ein eigenes „Refinanzierungssystem“ verfügt.

c) Die Teilrechtsfähigkeit bedeutet andererseits nicht, dass die Wohnungseigentümergeinschaft als eine besondere Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzusehen wäre (so *Kappus*, NZM 2001, 353; offen lassend *Schwörer*, NZM 2002, 421, 422; zu Recht a. A. *Bub*, PiG 63, 1, 14 ff.; *Maroldt*, ZWE 2002, 387, 388). Von ihr unterscheidet sie sich vielmehr in ganz wesentlichen Punkten. Während die Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks gegründet wird, steht bei den Wohnungseigentümern der individuelle Zweck der Wohnungsnutzung im Vordergrund, bei der die damit verbundene Einbindung in den Verband der Wohnungseigentümergeinschaft als „notwendiges Übel“ hingenommen werden muss (*Raiser*, ZWE 2001, 173, 174; *Derleder*, PiG 63, 29, 34; *Schwörer*, NZM 2002, 421). Entsprechend ist das Regelungswerk, nach dem sich die Beziehungen innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft richten, im Regelfall kein von den Wohnungseigentümern ausgehandelter Vertrag wie unter Gesellschaftern. Vielmehr stehen Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung der Satzung eines Vereins weit näher. Im Gegensatz zu § 709 Abs. 1 BGB bedarf es zur Willensbildung in der Wohnungseigentümerversammlung nach § 25 WEG nur der Mehrheit. Anders als die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die Wohnungseigentümergeinschaft aufgrund gesetzlicher Anordnung vom Mitgliederwechsel unabhängig und unauflöslich (vgl. *Bub*, PiG 63, 1, 18 f.; *Pauly*, WuM 2002, 531, 533). Die Wohnungseigentümer haben im Gegensatz zur Gesellschaft regelmäßig noch nicht einmal nennenswerten Einfluss auf den Eintritt eines neuen Miteigentümers, sofern kein wichtiger Grund vorliegt (§ 12 Abs. 2 WEG). Mit dieser Unabhängigkeit von der jeweiligen Mitgliedschaft korrespondiert die Selbständigkeit des Finanzwesens der Wohnungseigentümergeinschaft, die die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht kennt. Ähnliches gilt schließlich für die Verwalterbestellung. Während hier der Grundsatz der Fremddorganschaft gilt und der Verwalter aus den Reihen der Wohnungseigentümer die Ausnahme darstellt, ist er für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Regel (*Bub*, PiG 63, 1, 16 f.).

Die Wohnungseigentümergeinschaft vereint Elemente verschiedener Verbandstypen in sich, ohne insgesamt einem von ihnen anzugehören. So nähert die Gemeinschaftsordnung mit ihrem satzungähnlichen Charakter die Wohnungseigentümergeinschaft dem Verein an, von dem sie sich wiederum durch die fehlende Austrittsmöglichkeit und die Vererblichkeit der Miteigentümerstellung unterscheidet (vgl. *Schmid*, BIBGW 1981, 142, 143). Parallelen zur Genossenschaft erlaubt die personalistische Struktur, von der sich die Wohnungseigentümergeinschaft aber durch das Kündigungsrecht der Genossen nach § 65 GenG und die Ausschlussmöglichkeit nach § 68 GenG unterscheidet (*Schmid*, BIBGW 1981, 142, 143). Die Willensbildung ist dagegen dem Recht der Kapitalgesellschaften angenähert (*Bärmann*, Die Wohnungseigentümergeinschaft, 1986, PiG 22, S. 210 f.), mit denen die personalistische Struktur der Wohnungseigentümergeinschaft indessen nicht zu vergleichen ist. Im Ergebnis lässt sich die Wohnungseigentümergeinschaft also keinem der anderen Typen von Körperschaften zuordnen. Sie

stellt einen rechtsfähigen Verband sui generis dar (*Schmid*, BIBGW 1981, 142; *Maroldt*, a. a. O., S. 7; *Pauly*, WuM 2002, 531, 533), „eine Personenmehrheit, die durch Gesetz zu einer Organisation zusammengefasst ist“ (*Bärmann*, a. a. O., S. 209; ähnlich *Maroldt*, a. a. O., S. 11). Im Gegensatz zu anderen Verbänden ist daher auch ihr Zweck nicht frei vereinbar oder gegenüber dem gesetzlichen Leitbild abänderbar. Sie bleibt auf Verwaltungsfunktionen im Innern, insbesondere das Finanz- und Rechnungswesen, und die Erleichterung des Rechtsverkehrs nach außen beschränkt. Sie handelt im Rechtsverkehr durch den Verwalter. Soweit er nicht kraft Gesetzes als Organ der Gemeinschaft zur Vertretung berechtigt ist, werden seine Kompetenzen durch solche der Wohnungseigentümer ergänzt, denen die entsprechende Bevollmächtigung des Verwalters oder die Fassung des von ihm nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG auszuführenden Beschlusses obliegt (*Maroldt*, a. a. O., S. 27).

9. Die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft hat Konsequenzen für das Haftungssystem. Konnte ein Gläubiger für Schulden der Gemeinschaft nach bisheriger Auffassung sämtliche Wohnungseigentümer als Vertragspartner und somit als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen, ist Vertragspartner nunmehr in der Regel das teilrechtsfähige Subjekt, der Verband (vgl. *Raiser*, ZWE 2001, 173, 178). Er haftet mit seinem Verwaltungsvermögen. Daneben kommt eine akzessorische gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer nicht von Gesetzes wegen, sondern nur in Betracht, wenn sie sich neben dem Verband klar und eindeutig auch persönlich verpflichtet haben.

a) Eine analoge Anwendung von § 128 HGB – teilweise darüber hinaus auch von § 130 HGB (*Sauren*, PiG 63, 61, 69 m. Fn. 30; *Schwörer*, NZM 2002, 421, 423) – scheidet ebenso aus wie der Rückgriff auf einen in diesem Zusammenhang behaupteten (*Maroldt*, a. a. O., S. 75 ff.; ähnlich *Schwörer*, NZM 2002, 421, 425; im Ergebnis ebenso ohne nähere Begründung *Bub*, PiG 63, 1, 23; *Derleder*, PiG 63, 29, 49) allgemeinen verbandsrechtlichen Grundsatz, dass neben dem Verband auch dessen Mitglieder haften. Wenn die Wohnungseigentümer im Rechtsverkehr als Gemeinschaft Träger von Rechten und Pflichten sind, kommt eine persönliche Haftung nur für eine persönliche Schuld in Betracht. Diese kann aber nur individuell durch Rechtsgeschäft oder ein Verhalten entstehen, an das die Rechtsordnung eine Haftung knüpft. Sie lässt sich nicht mit der dem Gesellschaftsrecht entlehnten „Doppelverpflichtungstheorie“ (vgl. *Raiser*, ZWE 2001, 173, 178) begründen. Abgesehen davon, dass diese als Grundlage eines Entstehens von Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts umstritten ist (vgl. zusammenfassend *Ulmer*, ZIP 1999, 554 u. 556 ff.; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 998; *Lang/Fraenkel*, WM 2002, 261 f.), kann sie im Wohnungseigentumsrecht schon deswegen nicht greifen, weil seine Organstellung den Verwalter nur zur Vertretung der Wohnungseigentümer als Verband berechtigt, und das auch nur nach Maßgabe des § 27 WEG. Von einem Recht, darüber hinaus Verbindlichkeiten im Namen der Wohnungseigentümer einzugehen, hat der Gesetzgeber bewusst Abstand genommen (BT-Drucks. 1/252, S. 31 f.; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 9. Aufl., § 27 Rdnr. 9). Der Verwalter kann die Wohnungseigentümer neben dem Verband also nur verpflichten, wenn sie ihn hierzu eigens bevollmächtigt haben. Hierzu genügt, anders als für eine Vollmacht, den Verband zu vertreten, nicht ein Mehrheitsbeschluss, weil die Eigentümerversammlung keine Beschlusskompetenz hat, eine persönliche Leistungspflicht durch Mehrheitsentscheidung zu begründen (*Wenzel*, NZM 2004, 542, 543).

Dass der Verband teilrechtsfähig ist, führt nicht per se zu einer persönlichen gesamtschuldnerischen Haftung seiner Mitglieder (a. A. *Derleder* PiG 63, 29, 49). Beides hat miteinander nicht schuld begründend, sondern setzt eine persönliche Haftung voraus (*Beuthien*, NJW 2005, 855, 858; *Hadding*, FS Raiser, 2005, S. 129, 140 f.). Dies ergibt sich daraus, dass der Verband Träger der Rechte und Pflichten ist und nicht seine Mitglieder (*Reichert*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 9. Aufl., Rdnr. 1970 a; *Soergel/Hadding*, BGB, 13. Aufl., Vor § 21 Rdnr. 35; *Stöber*, Handbuch zum Vereinsrecht, 8. Aufl., Rdnr. 390). Deswegen bedarf die Haftung neben dem Verband entweder der Übernahme einer persönlichen Schuld oder einer ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers (vgl. §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB). Letztere fehlt im Wohnungseigentumsgesetz. Eine entsprechende Anwendung der handelsrechtlichen Vorschriften scheidet schon daran, dass das die Verwaltungsschulden betreffende Finanzierungssystem der Gemeinschaft einer entsprechenden Lücke entbehrt und der Gesetzgeber eine persönliche Haftung daneben für „nicht zumutbar“ und „entbehrlich“ angesehen hat (BT-Drucks. 1/252, S. 31 f.).

b) Kommt eine – akzessorische – Haftung der Wohnungseigentümer nach dem Willen des Gesetzgebers und dem Regelungszusammenhang des Gesetzes nicht in Betracht, so sind die Gläubiger gleichwohl nicht schutzlos. Sie können vielmehr auf das Verwaltungsvermögen der Wohnungseigentümergeinschaft zugreifen, das deren Ansprüche gegen die Wohnungseigentümer und gegen Dritte, insbesondere die Bankinstitute, umfasst, bei denen Gemeinschaftskonten geführt werden. Sollte die Wohnungseigentümergeinschaft auf eine titulierte Forderung nicht leisten, kann im Verfahren nach § 899 ff. ZPO die Offenbarung dieser Konten und in der Folge die Pfändung des jeweiligen Tagesguthabens durchgesetzt werden (BGHZ 84, 325, 329 ff.; 84, 371, 373 ff.; *Stöber*, Forderungspfändung, 13. Aufl., Rdnr. 166 ff.; *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl., Anh. § 829 Rdnr. 2). Darüber hinaus können die Ansprüche der Gemeinschaft gegen die Wohnungseigentümer insbesondere auf Zahlung der Beitragsvorschüsse und Sonderumlagen gepfändet werden, die ebenfalls zum Verwaltungsvermögen zählen.

c) Haben die Wohnungseigentümer solche Ansprüche noch nicht durch Beschluss entstehen lassen (vgl. hierzu *Wenzel*, NZM 2004, 542, 544), kann der Gläubiger auch auf den Anspruch des rechtsfähigen Verbandes auf ordnungsgemäße Verwaltung zurückgreifen. Denn die Wohnungseigentümer treffen wie alle Mitglieder einer Körperschaft Treuepflichten, die ein Mindestmaß an Loyalität dem Verband gegenüber erfordern. Hierzu gehört die Pflicht, dem Verband die finanzielle Grundlage zur Begleichung der laufenden Verpflichtungen durch Beschlussfassung über einen entsprechenden Wirtschaftsplan, seine Ergänzung (Deckungsumlage) oder die Jahresabrechnung zu verschaffen. Der Verband hat hierauf aus dem Treueverhältnis (vgl. hierzu allgemein *Armbrüster*, ZWE 2002, 333 f.) ebenso einen Anspruch wie auch dem einzelnen Wohnungseigentümer nach § 21 Abs. 4 WEG ein solcher Anspruch gegen die übrigen Wohnungseigentümer zusteht. Auch dieser Anspruch ist pfändbar.

d) Erfüllen die Mitglieder schuldhaft ihre Verpflichtung gegenüber dem Verband zur Beschlussfassung nicht, so kann der Verband seine Mitglieder zwar nicht unmittelbar auf Zahlung in Anspruch nehmen, wie das bei Regelungen über Entgelte und Beiträge in einer zweigliedrigen Gemeinschaft anerkannt ist (BGH, Urt. v. 17.12.1973, II ZR 59/72, NJW 1974, 364,

365; Urt. v. 4.2.1982, IX ZR 88/80, NJW 1982, 1753, 1754; Urt. v. 6.7.1983, IVa ZR 118/82, NJW 1984, 45, 46; Urt. v. 13.4.1994, XII ZR 3/93, NJW 1994, 1721; MünchKommBGB/K. *Schmidt*, 4. Aufl., § 745 Rdnr. 36). Ihm steht aber gegen seine Mitglieder ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung nach § 280 BGB zu. Verzögern die Mitglieder ihre Beschlussfassung und entsteht dem Verband dadurch ein Schaden etwa in Gestalt von Verzugszinsen, die er seinem Vertragspartner zu zahlen hat, haben die Mitglieder diesen unter den Voraussetzungen von §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB zu ersetzen. Verweigern die Mitglieder die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderliche Beschlussfassung, entsteht dem Verband ein über die Folgen der verzögerten Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeiten gegenüber Dritten hinausgehender Schaden. Diesen Schaden kann er als Schadensersatz statt der Leistung unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB geltend machen. Fassen die Wohnungseigentümer also trotz Aufforderung und Setzung einer angemessenen Frist keinen Beschluss über die Zuführung von Mitteln, so hat jeder einzelne von ihnen dem Verband als Schadensersatz den Betrag zu zahlen, den er bei ordnungsgemäßer Beschlussfassung von den Wohnungseigentümern insgesamt hätte einfordern können. Haben nämlich mehrere denselben Schaden in gleicher Weise schuldrechtlich zu verantworten, haften sie grundsätzlich als Gesamtschuldner (*Erman/Ehmann*, BGB, 11. Aufl., § 421 Rdnr. 20; MünchKommBGB/Bydlinski, 4. Aufl., § 421 Rdnr. 53). Diesen Anspruch kann ein Gläubiger ebenfalls pfänden, so dass er sich bei einzelnen solventen Wohnungseigentümern erholen kann. Allerdings setzt das ein Verschulden des in Anspruch genommenen Wohnungseigentümers voraus (BayOBLG, NJW-RR 1992, 1102, 1103; *Bärmann/Pick/Merle*, § 21 WEG Rdnr. 181), das aber nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet wird. So hat der einzelne Wohnungseigentümer die Pflichtverletzung insbesondere dann zu vertreten, wenn er die erforderlichen Schritte für die Einberufung einer Eigentüerversammlung zur Beschlussfassung nicht unternommen, gegebenenfalls die Anfechtung eines Negativbeschlusses unterlassen oder die gerichtliche Ersetzung des Beschlusses nicht verfolgt hat.

e) Schließlich kann unter Umständen auch noch eine entsprechende Anwendung der im Körperschaftsrecht entwickelten Grundsätze zur Durchgriffshaftung in Betracht kommen. Da diese Haftung für den Fall der unzureichenden finanziellen Ausstattung des Verbandes von der Rechtsprechung letztlich aus § 826 BGB abgeleitet wird (BGH, Urt. v. 30.11.1978, II ZR 204/76, WM 1979, 229 f.; BGH, Urt. v. 25.4.1988, II ZR 175/87, NJW-RR 1988, 1181 f.; OLG Saarbrücken, ZIP 1992, 1623, 1627; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl., § 13 Rdnr. 8; *Michalski/Michalski*, GmbHG, § 13 Rdnr. 340; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 9. Aufl., § 13 Rdnr. 89), ergibt sich aus § 840 BGB ebenfalls eine gesamtschuldnerische Haftung der Wohnungseigentümer. Damit besteht auch ohne akzessorische Haftung analog § 128 HGB nicht die Gefahr, dass sich die Wohnungseigentümer „hinter dem Verband verstecken“ (*Derleder*, PiG 63, 29, 49).

10. Mit der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit geht entgegen bisweilen geäußerten Befürchtungen (*Armbrüster*, DNotZ 2003, 493, 514; *Rapp*, ZfIR 2004, 596, 597) keine Entwertung der Eigentümerstellung jedes einzelnen Miteigentümers einher. Denn die Wohnungseigentümergeinschaft wird hierdurch nicht insgesamt zu einer Gesellschaft, an der die einzelnen Wohnungseigentümer nur noch in Form verdinglichter Miteigentumsanteile partizipieren (so aber *Junker*, Die Gesellschaft nach dem Wohnungseigentumsgesetz, 1993, S. 73 ff.; hiergegen zu Recht etwa *Bub*, PiG 63, 1, 15;

Derleder, PiG 63, 29, 33 f.). Vielmehr bleiben das Sonder Eigentum und das Gemeinschaftseigentum als echtes Eigentum ausschließlich in den Händen der Miteigentümer und sind nicht Teil des Vermögens des rechtsfähigen Verbandes (s. *Maroldt*, a. a. O., S. 17). Schon deswegen steht es auch nicht als Haftungsmasse für dessen Verbindlichkeiten zur Verfügung.

11. Die Teilrechtsfähigkeit hängt nicht von der Größe der Wohnungseigentümergeinschaft, etwa der Zahl der Miteigentümer (so *Bub*, PiG 63, 1, 22; *Kreuzer*, ZWE 2002, 285, 286; *Pauly*, WuM 2002, 531, 533) oder der objektiven Notwendigkeit eines Verwalters (so *Derleder*, PiG 63, 29, 47 f.) ab. Für eine solche Differenzierung bietet das Gesetz keine Anhaltspunkte. Sie würde auch zu kaum lösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten und somit zu einer erheblichen Unsicherheit des Rechtsverkehrs führen.

12. Die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht umfassend, sondern auf die Teilbereiche des Rechtslebens beschränkt, bei denen die Wohnungseigentümer im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums als Gemeinschaft am Rechtsverkehr teilnehmen. Das ist insbesondere bei Rechtsgeschäften oder Rechtshandlungen im Außenverhältnis der Fall, kann aber auch, wie z. B. bei der Verfolgung von gemeinschaftlichen Beitrags- oder Schadensersatzansprüchen gegen einzelne Wohnungseigentümer, im Innenverhältnis vorliegen. Dagegen betrifft die Anfechtung von Beschlüssen der Wohnungseigentümersammlung die Willensbildung innerhalb der Gemeinschaft und nicht den Rechtsverkehr des Verbandes. Sie bleibt eine Angelegenheit der Wohnungseigentümer als Einzelpersonen mit der Folge, dass der Anfechtungsantrag sich im vorliegenden Verfahren zu Recht – wie bisher – gegen die übrigen Wohnungseigentümer richtet (vgl. BGH, Urt. v. 30.6.1966, II ZR 149/64, BB 1966, 1169; BGH, Urt. v. 2.5.1983, II ZR 94/82; *Baumbach/Hopt/Merkt*, HGB, 31. Aufl., § 109 Rdnr. 38 ff. jew. zur KG; *Bamberger/Roth/Timm*, § 709 BGB Rdnr. 65; *Giefers/Ruhkamp*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2003, Rdnr. 442; *Erman/Westermann*, 11. Aufl., § 709 Rdnr. 39; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl., § 709 Rdnr. 113; *Ulmer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnergesellschaft, 4. Aufl., § 709 Rdnr. 113; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 591 f.; a. A. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 15 II 3 jew. zur GbR).

IV.

Im Ergebnis handelt es sich bei der Zahlungsverpflichtung gegenüber der ODBG um eine Verbindlichkeit der Wohnungseigentümergeinschaft. Denn ein mit den Wohnungseigentümern abgeschlossener Vertrag ist auch dann, wenn er nicht, wie hier, ausdrücklich die Wohnungseigentümergeinschaft als Vertragspartei benennt, in der Regel mit dem rechtsfähigen Verband, nicht mit den einzelnen Eigentümern geschlossen. Etwas anderes wird ausnahmsweise nur dann in Betracht kommen, wenn der Vertrag aufgrund besonderer Umstände (z. B. geringe Größe der Liegenschaft, einmaliger Leistungsaustausch, persönliche Verbundenheit der Vertragspartner, besonderes Sicherungsinteresse des Gläubigers) gerade mit jedem einzelnen Wohnungseigentümer abgeschlossen wurde. Dafür ist hier jedoch nichts ersichtlich. Die Verbindlichkeit ist daher in den Wirtschaftsplan einzustellen. Insoweit ist der angegriffene Beschluss nicht zu beanstanden. Die Anfechtung ist aber deswegen begründet, weil die Antragsgegner nur einen Gesamtwirtschaftsplan ohne Einzelwirtschaftsplan genehmigt haben.

1. Der Auffassung der Antragsgegner, dass dieser Umstand im konkreten Fall von vornherein unerheblich ist, weil nach

dem Beschluss der Wohnungseigentümersammlung vom 21.3.1990 unter Tagesordnungspunkt 1 für die Fälligkeit der Vorauszahlung die Genehmigung des Gesamtwirtschaftsplanes genügen solle, ist nicht zu folgen. Denn für diesen Beschluss fehlte der Wohnungseigentümersammlung die Beschlusskompetenz. Nach § 28 Abs. 5 WEG kann die Eigentümersammlung zwar einen einzelnen Wirtschaftsplan genehmigen, was auch dann nur zur Anfechtbarkeit führt, wenn er – etwa infolge des Fehlens von Einzelwirtschaftsplänen – fehlerhaft ist. Der Wohnungseigentümersammlung fehlt aber die Kompetenz, die Anforderungen an Wirtschaftspläne auf Dauer zu verändern, insbesondere generell für die Zukunft auf die Vorlage von Einzelwirtschaftsplänen zu verzichten. Ein solcher Beschluss, der auf eine Abweichung von dem Gesetz hinauslief, ist nichtig (BGHZ 145, 158, 167 f. = MittBayNot 2000, 546; speziell zu den Vorschriften über den Wirtschaftsplan s. *Bärmann/Pick/Merle*, § 28 WEG Rdnr. 6; *Jennißen*, Die Verwalterabrechnung nach dem Wohnungseigentumsgesetz, 5. Aufl., VI Rdnr. 15; *Niedenführ/Schulze*, § 28 WEG Rdnr. 6). Dem Beschluss vom 21.3.1990 kommt somit auch ohne Anfechtung keine rechtliche Wirkung zu. Mangels wirksamer Abänderung der gesetzlichen Anforderungen erfüllt damit der am 5.4.2000 ohne Einzelwirtschaftspläne beschlossene Wirtschaftsplan nicht die Vorgaben des § 28 Abs. 1 Nr. 2 WEG und ist deswegen für ungültig zu erklären.

2. Allerdings führt nicht jeder Fehler in den Beschlussvorlagen von Wirtschaftsplänen oder Jahresabrechnungen auch zur Ungültigerklärung des Genehmigungsbeschlusses. Fehlen wesentliche Bestandteile, so kann dies auch nur einen Ergänzungsanspruch nach sich ziehen (BayObLG, NJW-RR 1989, 1163, 1164; WuM 1993, 92 f.; KG, NJW-RR 1996, 526, 527; ZMR 1997, 541, 542 f.; *Bärmann/Pick/Merle*, § 28 WEG Rdnr. 28 u. 116; *Niedenführ/Schulze*, § 28 WEG Rdnr. 85; zu den Einzelheiten *Abramenko*, ZMR 2004, 91 ff.). Das gilt jedoch nicht bei dem Fehlen von Einzelwirtschaftsplänen. Vielmehr widerspricht ein ohne sie beschlossener Gesamtwirtschaftsplan ordnungsmäßiger Verwaltung.

Die eigentliche Bedeutung des Wirtschaftsplanes liegt nämlich darin, dass er die Belastung der Wohnungseigentümer mit Vorschüssen nach § 28 Abs. 2 WEG verbindlich regelt und deren Zahlungsverpflichtung erst entstehen lässt (BGHZ 111, 148, 153; BayObLG, NJW-RR 1990, 720, 721; WuM 1990, 455, 456; OLG Hamm WE 1996, 33, 36; *Bärmann/Pick/Merle*, § 28 WEG Rdnr. 30; *Jennißen*, a. a. O., VI Rdnr. 27; *Niedenführ/Schulze*, § 28 WEG Rdnr. 27; *Weitnauer/Gottschalg*, § 28 WEG Rdnr. 3 u. 5; *Müller*, WE 1993, 11, 14; *Wenzel*, NZM 2004, 542, 544). Deswegen schreibt § 28 Abs. 1 Nr. 2 WEG vor, dass der Wirtschaftsplan auch die anteilmäßige Verpflichtung der Wohnungseigentümer zur Lasten- und Kostentragung enthalten muss. Die Entscheidung über die Umlage der Kosten auf die einzelnen Eigentümer darf also nicht dem Verwalter überlassen bleiben. Da die Verteilung der Kosten Gegenstand des Einzelwirtschaftsplans ist, gehört er zu den unverzichtbaren Bestandteilen des Wirtschaftsplans. Mithin ist die Genehmigung eines Wirtschaftsplans ohne Einzelwirtschaftsplan auf Antrag für ungültig zu erklären (BayObLG, NJW-RR 1991, 1360; OLG Hamm, WE 1996, 33, 36; *Bärmann/Pick/Merle*, § 28 WEG Rdnr. 30; *Niedenführ/Schulze*, § 28 WEG Rdnr. 27).

3. Dem steht die Tatsache, dass die Wohnungseigentümer die Ansätze in dem von dem Verwalter vorgelegten Gesamtwirtschaftsplan bei der Beschlussfassung abändern können, nicht entgegen (so aber KG, NJW-RR 1991, 725, 726). Denn in der Regel können die Wohnungseigentümer anhand des

Verteilungsschlüssels in den Einzelwirtschaftsplänen unschwer ermitteln, mit welcher Belastung sie nach Änderung der Gesamtansätze rechnen müssen. Ob für den Fall, dass die Wohnungseigentümersammlung so erhebliche Änderungen vornimmt, dass sich die Auswirkungen auf die Einzelwirtschaftspläne nicht mehr ohne weiteres ermitteln lassen, etwas anderes zu gelten hat, bedarf hier keiner Entscheidung.

4. Obwohl das Fehlen von Einzelwirtschaftsplänen die angegriffene Genehmigung des Wirtschaftsplanes insgesamt erfasst, war sie nur in dem beantragten Umfang wegen der Sanierungskosten für die Betonkonstruktionen in Höhe von 146.465 DM für ungültig zu erklären. Denn die Antragsteller haben den ihnen bekannten Mangel der fehlenden Einzelabrechnungen bei den übrigen Positionen ausdrücklich nicht beanstandet, sondern nur die Ungültigerklärung der angegriffenen Position beantragt. Die Genehmigung von Jahresabrechnung bzw. Wirtschaftsplan kann aber nur insoweit für ungültig erklärt werden, als sie angegriffen worden ist (BayObLG, NJW-RR 1990, 1107, 1108; 1992, 1169 f.; WE 1995, 91, 92; KG, NJW-RR 1991, 1235, 1236; *Jennißen*, a. a. O., XII 3 f.; *Bärmann/Pick/Merle*, § 28 WEG Rdnr. 51; *Niedenführ/Schulze*, § 28 WEG Rdnr. 83).

V.

1. Eine Vorlage der Entscheidung über die Frage der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft an den Großen Senat nach § 132 Abs. 3 und 4 GVG oder an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes nach § 2 Abs. 1 RsprEinhG kam nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen hierfür jeweils nicht vorliegen (vgl. BGH, IX. Zivilsenat, Beschl. v. 15.2.2000 in XI ZR 10/98, NJW 2000, 1185; Beschl. v. 19.5.1993, GSt 1/93, MDR 1993, 776, 777; *Kissel*, GVG, 4. Aufl., § 133 Rdnr. 38).

2. Die Entscheidung über die Gerichtskosten aller drei Rechtszüge folgt aus § 47 Satz 1 WEG. Sie den Antragsgegnern aufzuerlegen, entspricht billigem Ermessen, weil sie unterlegen sind. Hingegen besteht kein Anlass, von dem in Wohnungseigentumssachen geltenden Grundsatz nach § 47 Satz 2 WEG abzuweichen, wonach die Beteiligten ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen haben.

3. Für den Geschäftswert ist bei einer Teilanfechtung des Wirtschaftsplans nach herrschender Meinung die Höhe der angegriffenen Positionen maßgeblich (BayObLGZ 1988, 326, 328; ähnlich BayObLG, WuM 1995, 505, 506; *Staudinger/Wenzel*, § 48 WEG Rdnr. 20; *Niedenführ/Schulze*, § 48 Rdnr. 40). Eine Festsetzung in voller Höhe von 146.465 DM scheidet aber aus, da dies das Interesse der Antragsteller an einer Teilungültigerklärung des angegriffenen Beschlusses wirtschaftlich weit überstiege, so dass der Zugang zu Gericht in unzumutbarer Weise erschwert worden wäre (BVerfG, NJW 1992, 1673, 1674; OLG Hamm, ZWE 2000, 482, 484 f.; BayObLG, ZMR 2001, 127, 128; 2003, 50).

Aus diesem Grunde ist der Geschäftswert nach § 48 Abs. 3 Satz 2 WEG niedriger festzusetzen. Dabei kommt im Gegensatz zu einer bisweilen in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung (OLG Hamm, ZWE 2000, 482, 484 f.; KG, NJW-RR 1988, 14, 15) eine schematische Herabsetzung etwa auf das Fünffache des Eigeninteresses des anfechtenden Wohnungseigentümers nicht in Betracht. Abzustellen ist vielmehr auf das anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles (BayObLG, NJW-RR 1989, 79 ff.; NZM 2001, 713; OLG Hamburg, ZMR 2004, 295 f.; OLG Karlsruhe, WuM 1996, 180; OLG Köln, WE 1995, 23; *Staudinger/Wenzel*, § 48 WEG Rdnr. 16; *Niedenführ/Schulze*, § 48 WEG Rdnr. 28) zu ermittelnde Interesse aller Beteiligten und auf

das Verhältnis der daraus erwachsenden Kosten zu dem Interesse eines Beteiligten.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze war nicht nur der vergleichsweise geringen Beteiligung der Antragsteller an den streitigen Kosten Rechnung zu tragen, sondern auch der erheblichen Bedeutung der Sache für alle Wohnungseigentümer. Von daher erscheint ein Geschäftswert von 12.000 € angemessen.

4. BGB § 1643 Abs. 1 (*Rechtliches Gehör des Minderjährigen wird durch Bestellung eines Verfahrenspflegers gewahrt*)

1. **Erlässt der Rechtspfleger einen Vorbescheid, mit dem er die Genehmigung eines von den Eltern für den Minderjährigen abgeschlossenen Grundstückskaufs ankündigt (vgl. BVerfGE 101, 397 ff.), ist zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des Minderjährigen ein Verfahrenspfleger zu bestellen.**
2. **Hat die Staatskasse Aufwendungsersatz oder Vergütung des Verfahrenspflegers gezahlt, kann sie bei dem Minderjährigen auch durch Kostenansatz Regress nehmen. In diesem Verfahren ist die Höhe des Aufwendungsersatzes oder der Vergütung eigenständig zu überprüfen.**
3. **Allein der Umstand, dass ein Rechtsanwalt zum berufsmäßigen Verfahrenspfleger bestellt wurde, berechtigt diesen nicht zur Abrechnung auf der Grundlage der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung.**

BayObLG, Beschluss vom 30.11.2004, 3Z BR 125/04; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Aus den Gründen:

Der minderjährige Beteiligte erwarb zu notarieller Urkunde vom 25.5.2001 zwei Grundstücke zum Preis von 100.000 DM. In einer weiteren notariellen Urkunde vom selben Tag versprach sein Großvater, ihm diesen Betrag zu schenken, der Beteiligte räumte im Gegenzug dem Großvater den Nießbrauch an den Grundstücken bis zu dessen Ableben, längstens jedoch bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres des Beteiligten ein. Der Minderjährige wurde bei allen Geschäften durch seine Eltern vertreten. Ein für die Schenkung und Nießbrauchsbestellung zum Ergänzungspfleger bestellter Onkel des Beteiligten genehmigte am 24.10.2001 die Rechtsgeschäfte mit dem Großvater. Am 9.11.2001 bestellte das Vormundschaftsgericht eine Rechtsanwältin als berufsmäßige Verfahrenspflegerin zur Prüfung der Rechtsmitteleinlegung gegen den Vorbescheid, mit dem es am 13.11.2001 die Genehmigung aller beurkundeten Rechtsgeschäfte in Aussicht stellte. Am 29.11.2001 erteilte das Gericht diese Genehmigung.

Mit Schriftsatz vom 6.12.2001 forderte die Verfahrenspflegerin eine auf der Grundlage von § 118 Abs. 1 Nr. 1 BRAGO errechnete Vergütung von 1.911,45 DM von dem Großvater des Beteiligten ein, der sich in dem Kaufvertrag zur Übernahme von Genehmigungskosten verpflichtet hatte. Nachdem dieser sich hiergegen wehrte, setzte das Amtsgericht am 10.10.2002 den eingeforderten, jetzt umgerechneten Betrag von 977,31 € als aus der Staatskasse zu zahlenden Aufwendungsersatz der Verfahrenspflegerin fest. Die Staatskasse verlangte nach Auszahlung mit Kostenansatz vom 14.10.2002 (= Kostenrechnung vom 21.10.2002) von dem Beteiligten die Erstattung des

verauslagten Betrags. Die Erinnerung des Beteiligten hiergegen, vertreten wie auch im weiteren Verlauf durch seinen Vater, der auch namens der Mutter handelte, wies das Amtsgericht am 9.1.2004 zurück. Die hiergegen eingelegte Beschwerde des Beteiligten hat das Landgericht am 29.4.2004 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig. Sie wurde vom LG wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassen (§ 163 KostO n. F.). In der Sache führt das Rechtsmittel zur Aufhebung der Entscheidung des LG und zur Zurückverweisung dorthin. (...)

2. Die Ausführungen des Landgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 14 Abs. 3 Satz 3 KostO a. F., § 546 ZPO) nicht in allen Punkten stand. Zwar durfte die Staatskasse die Auslagen für die Verfahrenspflegerin gegenüber dem Beteiligten durch Kostenansatz geltend machen. Nach den vom LG festgestellten Umständen ist jedoch eine Abrechnung auf der Grundlage der BRAGO nicht zulässig. Dies ist auch im Verfahren über den Kostenansatz zu berücksichtigen.

a) Das Amtsgericht hat im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu Recht einen Verfahrenspfleger bestellt.

Zu Rechtsgeschäften für das Kind bedürfen die Eltern der Genehmigung des Familiengerichts in den Fällen, in denen nach § 1821 BGB und nach § 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11 BGB ein Vormund der Genehmigung bedarf (§ 1643 Abs. 1 BGB). Der Vormund bedarf der Genehmigung unter anderem zu einem Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks gerichtet ist (§ 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB). Ein Ergänzungspfleger bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unter anderem zu jeder Verfügung über ein Grundstück (§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1915 Abs. 1 BGB), wozu auch die Einräumung eines Nießbrauchs zählt. Das Genehmigungsverfahren des Familiengerichts unterliegt, wie dasjenige des Vormundschaftsgerichts, den Vorschriften des FGG (§ 64 Abs. 3 Satz 1 FGG; § 621 Abs. 1 Nr. 1, § 621 a Abs. 1 Satz 1 ZPO). Nach den §§ 55, 62 FGG wird die gerichtliche Genehmigung unabänderlich und damit unanfechtbar, wenn sie einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist.

Das ist beim Grundstückskaufvertrag bzw. einem Vertrag über die Bestellung eines Nießbrauchs der Fall, wenn sie dem Vertragspartner durch den jeweiligen Vertreter mitgeteilt wird (§§ 1643 Abs. 3, 1828, 1829 Abs. 1 Satz 2, 1915 Abs. 1 BGB). Um gleichwohl die richterliche Überprüfung der vom Rechtspfleger zu erteilenden Genehmigung (§§ 3 Nr. 2 Buchst. a, 11 Abs. 1 RPfLG; § 19 Abs. 1 FGG) zu ermöglichen, verpflichtet das BVerfG den Rechtspfleger, vor Erlass einer in den Anwendungsbereich der §§ 55, 62 FGG fallenden Entscheidung diese durch einen beschwerdefähigen Vorbescheid anzukündigen, wenn erkennbar ist, dass die beabsichtigte Entscheidung Rechte Dritter berührt, denen sonst der Rechtsweg gegen die Entscheidung selbst – jedenfalls praktisch – versperrt wäre (vgl. BVerfGE 101, 397 ff. = MittBayNot 2000, 311; BayObLGZ 2002, 208, 212). Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des Minderjährigen, der insoweit nicht durch den Ergänzungspfleger (vgl. BVerfG, MittBayNot 2000, 311, 313), aber aufgrund des bestehenden Interessenkonflikts auch nicht von seinen Eltern vertreten werden kann, ist für ihn, jedenfalls soweit er nicht selbst verfahrensfähig ist (vgl. auch § 59 FGG) in diesem Vorbescheidsverfahren ein Verfahrenspfleger zu bestellen (vgl. *Bork*, FamRZ 2002, 65, 68, 70 f.; s. a. BayObLG, Rpfleger 2004, 625). Dies ist die verfahrensrechtlich nicht

vermeidbare Konsequenz aus der – für den Senat bindenden (§ 31 Abs. 1 BVerfGG) – erwähnten verfassungsgerichtlichen Entscheidung.

b) Für den Aufwendersatz und die Vergütung dieses Verfahrenspflegers enthält das Gesetz zwar keine ausdrückliche Regelung. Jedoch sind die in § 67 Abs. 3 FGG niedergelegten Grundsätze anzuwenden.

§ 50 Abs. 5 FGG erfasst nur den Pfleger für ein die Person des Minderjährigen betreffendes Verfahren (§ 50 Abs. 1 FGG), § 67 und § 70 b FGG gelten nur in Betreuungs- und Unterbringungsverfahren. Das hier in Frage stehende Genehmigungsverfahren bezieht sich nicht auf die Person, sondern auf das Vermögen des Minderjährigen (vgl. auch *Bork*, FamRZ 2002, 65, 72). Gleichwohl gilt, dass sich in allen Fällen, in denen nach dem Gesetz ausdrücklich ein Verfahrenspfleger zu bestellen ist, dessen Aufwendersatz und Vergütung entweder unmittelbar oder in entsprechender Anwendung (vgl. § 50 Abs. 5, § 70 b Abs. 1 Satz 3 FGG) nach § 67 Abs. 3 FGG richtet. Daher ist es auch in den Fällen, in denen wie hier aus verfassungsrechtlichen Gründen ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage eine Verfahrenspflegschaft eingerichtet werden muss, angezeigt, für die Vergütung und den Aufwendersatz des Pflegers auf diese Vorschrift zurückzugreifen. Dies erscheint auch wegen der Ähnlichkeit der Aufgabenstellung angemessen, zumal die Aufgaben des Verfahrenspflegers im Genehmigungsverfahren häufig weniger umfangreich sind als in den erwähnten personenrechtlichen Verfahren.

c) Nach § 67 Abs. 3 Satz 1 FGG sind Aufwandsentschädigung und Vergütung des Verfahrenspflegers aus der Staatskasse zu zahlen. Hinsichtlich des Festsetzungsverfahrens verweist § 67 Abs. 3 Satz 3 FGG auf § 56 g Abs. 1 und 5 FGG. Nicht eindeutig geregelt ist in diesem Zusammenhang, wie sich der Rückgriff der Staatskasse gegen den Betroffenen bzw. Minderjährigen gestaltet. Nach Auffassung des Senats können die Aufwendungen als Auslagen (§ 137 Nr. 17 KostO) unmittelbar im Verfahren nach § 14 KostO geltend gemacht werden, allerdings mit der Maßgabe, dass deren Berechtigung durch den Zahlungspflichtigen in Frage gestellt werden kann.

aa) Nach § 137 Nr. 17 KostO werden an Verfahrenspfleger gezahlte Beträge als Auslagen erhoben. Kostenschuldner ist im Genehmigungsverfahren, sei es als Antragsschuldner (§ 2 Nr. 1 KostO), sei es als Interessenschuldner (§ 2 Nr. 2 KostO), zumindest auch der Betroffene oder Minderjährige. Nach üblicher Auffassung kann die Staatskasse, da es sich um einen Kostenanspruch handelt, daher die gezahlten Beträge im Rahmen eines Kostenansatzes (§ 14 Abs. 1 KostO) zurückfordern (OLG Stuttgart, FamRZ 2004, 1305, 1306; vgl. auch *Bienwald*, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 67 FGG Rdnr. 15; *HK-BUR/Bauer*, § 67 FGG Rdnr. 111; *Damrau/Zimmermann*, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 67 FGG Rdnr. 35).

Aus § 93 a Abs. 2 KostO ergibt sich kein Argument für eine andere Handhabung. Nach dieser Vorschrift ist hinsichtlich der Geltendmachung der Auslagen für einen Verfahrenspfleger (§ 137 Nr. 16 a. F., nunmehr Nr. 17; in der geltenden Fassung ist die redaktionelle Änderung durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz vom 5.5.2004, BGBl I, S. 1718, nicht berücksichtigt) die Leistungsfähigkeit des Betroffenen zu berücksichtigen, da die Auslagen nur nach Maßgabe des § 1836 c BGB erhoben werden dürfen. Dies ist nach der Systematik des Gesetzes aber nur als Begrenzung der Inanspruchnahme Betroffener für Verfahrenspflegerkosten zu verstehen.

Hierin erschöpft sich der Regelungsgehalt (vgl. BT-Drucks. 13/7158, S. 41; OLG Stuttgart, FamRZ 2004, 1305, 1307), ein

Hinweis darauf, dass das Gericht selbst außerhalb des Kostenverfahrens über den Rückgriff zu entscheiden hätte, ist der Vorschrift nicht zu entnehmen.

bb) Andererseits bestimmt nach § 56 g Abs. 1 Satz 2 oder 3 FGG, die in § 67 Abs. 3 FGG ebenfalls in Bezug genommen sind, das für die Festsetzung zuständige Gericht, im vorliegenden Fall das Familiengericht (§ 64 Abs. 3 Satz 2 FGG), auch Höhe und Zeitpunkt der Zahlungen, die der Minderjährige an die Staatskasse zu leisten hat. Dies könnte dahin verstanden werden, dass die Entscheidung über den Rückgriff, in deren Rahmen auch § 1836 c BGB zu berücksichtigen wäre, dem die Vergütung festsetzenden Gericht vorbehalten und ohne eine solche Entscheidung der Rückgriff gegenüber dem Minderjährigen nicht zulässig ist. Eine Einforderung durch Kostenansatz wäre in diesem Fall ohne vorangehende Entscheidung des festsetzenden Gerichts ausgeschlossen.

cc) Der Senat folgt der erstgenannten Auffassung. Für sie spricht zunächst, dass die durch den Verfahrenspfleger verursachten Kosten anfallen können, ohne dass ein Festsetzungsverfahren im Sinn des § 56 g Abs. 1 Satz 1 FGG durchgeführt werden muss (vgl. das vereinfachte Verfahren nach § 56 g Abs. 1 Satz 4 FGG i. V. m. den Vorschriften über die Entschädigung von Zeugen). Darüber hinaus setzt die Anwendung der (verfahrensrechtlichen) Vorschriften des § 56 g Abs. 1 Satz 2 und 3 FGG einen materiellrechtlichen Rückgriffsanspruch voraus. Dieser ergibt sich für den allgemeinen Fall der Vergütung und des Aufwendersersatzes aus § 1836 e BGB.

Danach gehen Ansprüche des Vormunds, Pflegers oder Betreuers auf die Staatskasse über, soweit diese die Aufwendungen oder die Vergütung bezahlt hat.

Da der Verfahrenspfleger von vornherein nur einen Anspruch gegen die Staatskasse hat, ist in seinem Fall ein solcher Anspruchsübergang ausgeschlossen. Vielmehr sieht das Gesetz einen Ersatz über das Kostenrecht vor. Konsequenterweise ist daher § 1836 e BGB im Gesetz bezüglich der den Verfahrenspfleger betreffenden Vorschriften auch nicht erwähnt, ebenso nicht § 56 g Abs. 2 FGG, der auf die besonderen Erhebungsmöglichkeiten des § 118 Abs. 2 Satz 1 und 2 ZPO in Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Betroffenen abstellt und vorsieht, die vorläufige Einstellung der Zahlungen des Betroffenen zu bestimmen, bei veränderten Verhältnissen die Entscheidung über die zu leistenden Zahlungen zu ändern (§ 120 Abs. 3 und 4 Satz 1 und 2 ZPO, § 56 g Abs. 2 Satz 2 FGG), oder bei unverhältnismäßigem Ermittlungsaufwand von der Prüfung der Leistungsfähigkeit abzusehen (§ 56 g Abs. 2 Satz 3 FGG).

dd) Zutreffend weist der Beteiligte allerdings darauf hin, dass ihm im Verfahren zur Festsetzung der Verfahrenspflegervergütung keine Möglichkeit offen stand, seine Belange wahrzunehmen. Die Verpflichtung zur Gewährung rechtlichen Gehörs gebietet es, § 137 Nr. 17 KostO dergestalt auszulegen, dass vom Kostenschuldner einerseits Erstattung nur des Betrages verlangt werden kann, der von der Staatskasse an den Verfahrenspfleger tatsächlich gezahlt wurde, andererseits ein tatsächlich gezahlter Betrag nur insoweit zu erstatten ist, als ein Anspruch des Verfahrenspflegers gegenüber der Staatskasse bestand. Somit ist die Höhe der Verfahrenspflegervergütung bzw. des Aufwendersersatzes im Kostenansatzverfahren eigenständig zu überprüfen (vgl. allgemein BVerfG, NJW 1970, 853, 854; für den Rückgriff bei Sachverständigenentschädigung zuletzt BGH, Beschluss vom 18.11.2004, 3Z BR 224/04, DS 2005, 265 und *Korintenberg/Lappe*, § 137 Rdnr. 14 und 15).

d) Die bisher getroffenen tatsächlichen Feststellungen reichen allerdings nicht aus, um die Höhe der berechtigterweise

an die Verfahrenspflegerin zu zahlenden Vergütung abschließend beurteilen zu können.

aa) Dem Verfahrenspfleger für ein minderjähriges Kind steht grundsätzlich nur eine Vergütung zu, deren Höhe nach Maßgabe des § 1 BVormVG zu bemessen ist (§ 50 Abs. 5, § 67 Abs. 3 Satz 2 FGG). § 1 Abs. 2 Satz 2 BRAGO eröffnet Rechtsanwältin aber die Möglichkeit, die Wahrnehmung bestimmter Einzelaufgaben über § 1835 Abs. 3 BGB abzurechnen, und zwar, trotz des Ausschlusses des § 1835 Abs. 3 BGB in § 67 Abs. 3 Satz 1 FGG, auch im Rahmen einer Tätigkeit als Verfahrenspfleger. Dies entspricht der (bindenden, vgl. § 31 Abs. 1 BVerfGG) verfassungskonformen Auslegung der letztgenannten Vorschrift durch das BVerfG (Beschlüsse vom 7.6.2002, FamRZ 2000, 1280, 1282 und 1284, 1285), welcher der Senat und andere Obergerichte im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit mittlerweile gefolgt sind (vgl. BayObLG, MDR 2001, 1376, 1377 und NJW-RR 2003, 1372; Bay-ObLGZ 2002, 11, 13 und 2003, 117; OLG Zweibrücken, FamRZ 2002, 906; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 427; OLG Stuttgart, NJW-RR 2004, 424; OLG Köln Report 2004, 53, 55).

bb) Eine Abrechnung auf der Grundlage der BRAGO ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn die zu bewältigende Aufgabe besondere rechtliche Fähigkeiten fordert und daher eine originär anwaltliche Dienstleistung darstellt. Es muss sich um eine Aufgabe handeln, für die ein anderer Verfahrenspfleger in vergleichbarer Lage vernünftigerweise einen Rechtsanwalt herangezogen hätte, weil sie eine für den Beruf des Rechtsanwalts spezifische Tätigkeit einschließt. Abzustellen ist hierbei darauf, ob gerade auch ein Verfahrenspfleger mit einer Qualifikation, die ihm Anspruch auf Honorierung seiner Tätigkeit nach der höchsten Vergütungsstufe gibt, im konkreten Fall einen Rechtsanwalt zu Rate gezogen hätte. Dies entspricht dem Maßstab des § 670 BGB, der auch für den Ersatz von Aufwendungen gemäß § 1835 Abs. 3 BGB den Rahmen absteckt. Als derartige rechtsanwaltsspezifische Tätigkeit ist die gerichtliche Geltendmachung oder Abwehr von Ansprüchen sowie die außergerichtliche Vertretung in rechtlich besonders schwierig gelagerten Fällen oder Verhandlungen anzusehen. Allein die Tatsache, dass der Verfahrenspfleger in dem gerichtlichen Verfahren handelt, für das er bestellt ist, rechtfertigt nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1 Abs. 2 Satz 1 BRAGO noch nicht die Annahme einer anwaltsspezifischen Tätigkeit.

Daher kann sich, solange der Verfahrenspfleger nur in diesem Verfahren zu handeln hat, für seine Tätigkeit die Einstufung als besondere berufsspezifische Tätigkeit im Grundsatz nur aus der besonderen rechtlichen Schwierigkeit der Sache ergeben (vgl. BayObLG, NJW-RR 2003, 1372 m. w. N.).

cc) Nach diesen Grundsätzen durfte das Landgericht auf der Grundlage der von ihm bisher getroffenen Feststellungen die Abrechnung der Verfahrenspflegerin nicht billigen. Die Verfahrenspflegerin hatte lediglich zu prüfen, ob im Interesse des Beteiligten ein Rechtsmittel gegen den Vorbescheid einzulegen war. Dass diese Prüfung den dargestellten Schwierigkeitsgrad hatte, kann den Akten nicht entnommen werden. Der Kauf eines Grundstücks und die Bestellung eines Nießbrauchs sind nicht so ungewöhnliche Geschäfte, dass sie durch einen geeigneten Verfahrenspfleger der höchsten Vergütungsstufe nicht sachgerecht, insbesondere wie in erster Linie geboten nach ihrer wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit beurteilt werden könnten, zumal wenn der Verfahrenspfleger die Beratung durch den beurkundenden Notar und damit dessen Sachverstand in Anspruch nehmen kann. Auch das Amtsgericht hat dies offenbar zunächst ähnlich gesehen, da es für die Aufgabe

des Ergänzungspflegers eine nicht rechtskundige Person als ausreichend kompetent erachtet hat. Dafür, dass im vorliegenden Fall besondere Schwierigkeiten juristischer Art im Vordergrund der Tätigkeit gestanden hätten, liegen hinreichende Anhaltspunkte bisher nicht vor.

e) Daher ist die Entscheidung des Landgerichts aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen. (...)

5. BGB § 2197 (Alleinerbe als Testamentsvollstrecker)

Ein Alleinerbe oder alleiniger Vorerbe kann zugleich Erbentestamentsvollstrecker sein, wenn sich die Testamentsvollstreckung auf die sofortige Erfüllung eines Vermächnisses beschränkt und das Nachlassgericht bei groben Pflichtverstößen einen anderen Testamentsvollstrecker bestimmen kann.

BGH, Urteil vom 26.1.2005, IV ZR 296/03

Die Klägerin verlangt als Testamentsvollstreckerin Ersatz für Wertpapiere, die die beklagte Bank aus dem Nachlass des 1992 gestorbenen Erblassers auf dessen Sohn übertragen hat. Die Parteien streiten darüber, ob diese Leistung an den Berechtigten und damit schuld-befreiend erfolgt sei. In dem notariellen Testament war der Sohn als alleiniger, nicht befreiter Vorerbe eingesetzt worden. Nacherben sollten bei seinem Tod seine Kinder werden. Allerdings sollte nach dem Wortlaut des Testaments nur das Einfamilienhaus des Erblassers der Vor- und Nacherbfolge unterliegen; der Erblasser wandte deshalb seinem Sohn den gesamten übrigen Nachlass als Vorausvermächtnis zu, soweit er nicht dessen ältestem Kind vermächtnisweise zudedacht war. Dieser Enkeltochter vermachte der Erblasser unter anderem ein Zweifamilienwohnhaus sowie festverzinsliche Wertpapiere im Nominalwert von 125.000 DM. Der Erblasser ordnete Testamentsvollstreckung an, bestimmte seinen Sohn zum Testamentsvollstrecker und benannte Ersatztestamentsvollstrecker. Bei Ausfall aller von ihm als Testamentsvollstrecker vorgesehener Personen sollte das Nachlassgericht den Testamentsvollstrecker bestimmen. Weiter heißt es: „Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist es, das angeordnete Vermächtnis zu erfüllen und die meiner Enkelin ... zugewandten Nachlasswerte zu verwalten, bis sie das 25. Lebensjahr vollendet hat.“ Der Erblasser gab dem Testamentsvollstrecker ferner Anweisungen zur Verwaltung; unter anderem sollte das der Enkelin zugewandte Geldvermögen zur Tilgung der auf dem vermachten Grundstück lastenden Verbindlichkeiten sowie zur Bezahlung der Erbschaftsteuer verwendet und im Übrigen zu bestmöglichen Bedingungen für die Enkeltochter angelegt werden. Der Erblasser befreite den Testamentsvollstrecker von den Beschränkungen des § 181 BGB und ordnete an, dass er über seine Tätigkeit Buch zu führen habe. Die Enkeltochter war beim Erbfall erst elf Jahre alt. Ausweislich des Protokolls über die Testamentseröffnung erklärte der Sohn des Erblassers, er nehme das Amt des Testamentsvollstreckers an; als dessen Aufgaben nennt das Protokoll die Erfüllung des angeordneten Vermächnisses sowie die Verwaltung der zugewandten Nachlasswerte, bis die Enkelin das 25. Lebensjahr vollendet habe.

Im Jahre 1993 veranlasste der Sohn des Erblassers die beklagte Bank unter Vorlage des notariellen Testaments und des Eröffnungsprotokolls, die Wertpapiere des Erblassers einschließlich des der Vermächtnisnehmerin zudedachten Anteils auf sein eigenes Depot zu übertragen. 1997 wurde der Sohn des Erblassers auf Antrag der Vermächtnisnehmerin aus dem Amt des Testamentsvollstreckers entlassen, weil er den seiner Verwaltung unterstehenden Grundbesitz mit Grundschulden belastet und die Darlehensvaluten für eigene Zwecke verbraucht habe. In dem Entlassungsbeschluss wies das Nachlassgericht die Auffassung zurück, Ansprüche der Vermächtnisnehmerin auf Übertragung der vermachten Gegenstände würden erst mit deren Vollendung des 25. Lebensjahres fällig. Vielmehr hätten diese Ansprüche sofort nach dem Erbfall erfüllt werden müssen, damit die für die Begünstigte angeordnete Vermächtnisvollstreckung habe einsetzen können. Später ernannte das Nachlassgericht die Klägerin als Testamentsvollstreckerin für die Erfüllung sowie für die Verwaltung

der angeordneten Vermächnisse. Mit der Klage nimmt sie die Bank auf Zahlung des dem Wertpapiervermächtnis entsprechenden Betrages in Anspruch. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat die Beklagte nicht nur gemäß Nr. 5 der Banken-AGB schuld-befreiend geleistet, sondern der Sohn des Erblassers sei als Testamentsvollstrecker im Jahre 1993 auch berechtigt gewesen, die Leistung der Beklagten mit Erfüllungswirkung (§ 362 BGB) anzunehmen. Er sei im Testament sowohl zum Erbentestamentsvollstrecker zur Erfüllung des Vermächnisses als auch zum Vermächtnistestamentsvollstrecker zur Verwaltung des Vermächnisses bis zum 25. Lebensjahr der Begünstigten berufen worden. Wie sich aus dem Protokoll über die Testamentseröffnung ergebe, habe der Sohn des Erblassers das Amt in beide Richtungen wirksam angenommen und deshalb den der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlass in Besitz nehmen dürfen. Da er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit gewesen sei, sei er berechtigt gewesen, die Überweisung aus dem Wertpapierdepot des Erblassers auf ein eigenes Depot zu veranlassen. Der Einwand der Klägerin, gegenüber der Beklagten sei der Sohn des Erblassers nicht als Vermächtnistestamentsvollstrecker, sondern als Erbentestamentsvollstrecker aufgetreten, ein Alleinerbe könne aber nicht wirksam gleichzeitig auch Erbentestamentsvollstrecker sein, greife nicht durch. Wie die Auslegung des Testaments deutlich ergebe, sei die Anordnung einer Erbentestamentsvollstreckung über die Vermächtnisgegenstände hier ausnahmsweise auch neben der Stellung als Alleinerbe sinnvoll und damit wirksam. Testamentsvollstreckung auch zu Lasten des Erben sei nicht etwa nur für den Fall angeordnet worden, dass der Alleinerbe die Erbschaft ausschlage. Vielmehr habe der Erblasser eine bessere Durchschaubarkeit der Vermögens-transaktionen erreichen wollen. Darauf weise die im Testament angeordnete Buchführungspflicht bezüglich der Gegenstände des Vermächnisses hin. Der Sohn habe sich als Testamentsvollstrecker im Hinblick auf die Vermächtnisgegenstände die unterschiedliche Interessenlage gegenüber den ihm sonst letztwillig hinterlassenen Werten bewusst machen sollen. Außerdem stehe der Testamentsvollstrecker unter der Aufsicht des Nachlassgerichts. Eigengläubiger des Erben könnten nicht in die der Testamentsvollstreckung unterliegenden Gegenstände vollstrecken. Zwar werde Testamentsvollstreckung üblicherweise angeordnet, um den Erben in seiner Verfügungsmacht zu beschränken. Hier sei es dem Erblasser dagegen nur darum gegangen, dem Sohn, dem als Alleinerben die Funktion des Vermächtnistestamentsvollstreckers verliehen werden konnte, zusätzlich das Recht zu verschaffen, den Vermächtnisgegenstand aus der Erbschaft heraus auf die Vermächtnisnehmerin zu übertragen. Die Ansicht der Klägerin, für die Herausgabe des Vermächtnisgegenstands an den Vermächtnistestamentsvollstrecker habe es der Bestellung eines weiteren Testamentsvollstreckers bedurft, finde im Testament keine Stütze und sei auch im Hinblick darauf nicht sinnvoll, dass der vom Erben herauszugebende Vermächtnisgegenstand sogleich wieder diesem in seiner Eigenschaft als Vermächtnisvollstrecker herauszugeben gewesen wäre.

2. Dem hält die Revision entgegen, nach ganz herrschender Auffassung könne der Alleinerbe und auch der alleinige nicht befreite Vorerbe nicht zugleich Testamentsvollstrecker sein. Denn der Erbe sei Herr des Nachlasses und zur schrankenlosen Verfügung darüber berechtigt. Deshalb sei es sinnlos, ihm als Testamentsvollstrecker an demselben Nachlass bloße

Verwaltungsrechte einzuräumen, die doch nur als Beschränkung der Rechte des Erben gedacht seien (§ 2306 BGB; vgl. RGZ 77, 177 f.; 163, 57, 58 f.; BayObLG ZEV 2002, 24, 25; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, § 2197 Rdnr. 32 f. m. w. N.; a. A. *Adams*, ZEV 1998, 321 ff.). Im Übrigen habe das Berufungsgericht außer Acht gelassen, dass im notariellen Testament des Erblassers Ersatztestamentsvollstrecker vorgesehen seien. Darin sei ein Anhaltspunkt dafür zu finden, dass der Sohn, wenn er das Erbe antrete, nach den Vorstellungen des Erblassers nicht befugt gewesen sei, zugleich als Testamentsvollstrecker für die Übertragung der Vermächtnisgegenstände aus dem Nachlass auf die Vermächtnisnehmerin zu sorgen. Er habe die Vermächtnisse aber auch als Erbe nicht erfüllen können, weil insoweit Testamentsvollstreckung angeordnet worden sei.

3. Dem folgt der Senat nicht. Vielmehr ist das Berufungsgericht mit Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Sohn des Erblassers im Jahre 1993 als Testamentsvollstrecker für den Erben die Leistung der Beklagten mit schuldbefreiender Wirkung entgegennehmen konnte.

a) Nach dem Wortlaut des notariellen Testaments war sowohl für die Vermächtnisvollstreckung als auch für die Erben-testamentsvollstreckung nur eine Person als Testamentsvollstrecker ausersehen, nämlich zunächst der Sohn des Erblassers und alleinige Vorerbe. Der Erblasser hat zwar Ersatztestamentsvollstrecker bestimmt. Sie sollten aber nur bei einem „Ausfall“ der vorrangig Berufenen ernannt werden, wie insbesondere aus dem testamentarischen Ersuchen an das Nachlassgericht gemäß § 2200 Abs. 1 BGB hervorgeht. Danach ist die Auffassung des Tatrichters, dem Testament sei kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass im Fall einer Annahme der Erbschaft durch den Sohn des Erblassers von vornherein ein Ersatztestamentsvollstrecker für die zu Lasten des Vorerben vorgesehene Testamentsvollstreckung habe bestellt werden sollen, nicht zu beanstanden.

b) Dass der alleinige Erbe oder Vorerbe die Funktion der Vermächtnisvollstreckung nach § 2223 BGB ausüben kann, entspricht allgemeiner Meinung. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung geklärt ist auch, dass dieselbe Person in Bezug auf einen Vermächtnisgegenstand gleichzeitig Testamentsvollstrecker für den Erben und (zur Verwaltung des vermachten Gegenstands) auch für den Vermächtnisnehmer sein kann (BGH, Urteil vom 29.4.1954, IV ZR 152/53, LM BGB § 2203 Nr. 1). Das lässt indessen offen, ob auch der Alleinerbe oder alleinige Vorerbe Testamentsvollstrecker über den eigenen Nachlass sein kann. Diese Frage ist hier zu bejahen.

aa) Von dem Grundsatz der Unvereinbarkeit, den die Revision hervorhebt, werden Ausnahmen in Fällen zugelassen, in denen diese Doppelstellung nicht sinnlos erscheint: Bereits das Reichsgericht hat die Bestellung mehrerer Miterben zu gemeinschaftlichen Testamentsvollstreckern mit Rücksicht darauf für zulässig gehalten, dass an die Stelle des Mehrheitsentscheids nach §§ 2038 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. 745 BGB eine Entscheidung des Nachlassgerichts nach § 2224 Abs. 1 Satz 1 BGB tritt und der Erblasser die Verwaltung anders als in der Erbengemeinschaft durch Zuweisung besonderer Wirkungskreise regeln könne (RGZ 163, 57, 58 f.). Weiterhin ist die Bestimmung von Erben zu Testamentsvollstreckern über die Erbschaft im Hinblick auf Kontrollmöglichkeiten des Nachlassgerichts deshalb für zulässig gehalten worden, weil es den Erben als Testamentsvollstrecker bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, insbesondere grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit, auf Antrag anderer Beteiligter entlassen (§ 2227 BGB) und – wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind – durch einen anderen Testamentsvollstrecker ersetzen kann (BayObLG, ZEV 2002, 24, 25).

bb) Danach hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, dass die Bestimmung eines alleinigen Erben oder Vorerben zum Testamentsvollstrecker auch dann zulässig und wirksam ist, wenn sich dessen Aufgabe auf den sofortigen Vollzug bestimmter Vermächtnisse zu Lasten der Erbschaft und im Interesse des Begünstigten beschränkt und bei groben Pflichtverstößen des Erben ein anderer als Testamentsvollstrecker an seine Stelle tritt. In einem solchen Fall, wie er hier gegeben ist, geht es nicht etwa um eine sinnlose Verdoppelung bereits bestehender Befugnisse des Erben. Vielmehr wird seine nur schuldrechtliche Verpflichtung, die Vermächtnisse zu erfüllen (§ 2174 BGB), verstärkt, indem ihm die dingliche Verfügungsbefugnis als Erbe über die Vermächtnisgegenstände entzogen wird (§§ 2208 Abs. 1 Satz 2, 2211 BGB). In diese Gegenstände können Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören, nicht vollstrecken (§ 2214 BGB). Insbesondere steht die Verpflichtung des Erben als Testamentsvollstrecker, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB), unter der Kontrolle des Nachlassgerichts. Es kann nicht nur den Erben nach § 2227 BGB aus seinem Amt als Testamentsvollstrecker entlassen, sondern vor allem, weil dies hier im Testament vorgesehen ist, einen Ersatztestamentsvollstrecker bestimmen oder einen nach § 2200 BGB ausgewählten Testamentsvollstrecker einsetzen. Ein Erbe, der die ihm auferlegten Verpflichtungen nicht erfüllt, muss also damit rechnen, unter die Testamentsvollstreckung eines anderen zu geraten. Im Hinblick auf diese Sanktion liegt in der Bestimmung des Erben oder Vorerben zum Testamentsvollstrecker eine nicht nur formale Einschränkung seiner Verfügungsfreiheit. Es fehlt in Fällen wie dem vorliegenden also gerade nicht an der für die Testamentsvollstreckung charakteristischen Beschränkung der Erbenrechte. Solche Fälle werden mithin von dem Grundsatz, der alleinige Erbe könne nicht zum Testamentsvollstrecker berufen werden, nicht erfasst.

c) Rechte der Nacherben werden nicht beeinträchtigt, wenn die Ernennung des Vorerben zum Testamentsvollstrecker nur den Zweck hat, einen wie hier ohnehin fälligen Anspruch gegen den Vorerben aus § 2174 BGB zu erfüllen (vgl. BayObLG, DNotZ 2001, 808, 809 f.; OLG Düsseldorf ZEV 2003, 296 f. m. Anm. *Ivo*; *Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, § 2113 Rdnr. 22; alle m. w. N.). Mithin kommt es nicht auf die Frage an, ob ein Vorerbe auch dann wirksam zum Erben-testamentsvollstrecker berufen werden kann, wenn er den Zeitpunkt oder den Umfang der Erfüllung des Vermächtnisses nach seinem Ermessen bestimmen und dadurch in einen Interessenkonflikt zum Vermächtnisnehmer oder auch zu den Nacherben geraten kann.

6. BGB § 2113; GBO § 22 (*Keine Zustimmung des Ersatznacherben bei Übertragung eines zur Vorerbschaft gehörenden Gegenstandes auf den Vorerben*)

Ein Grundstück scheidet aus der Nacherbschaft aus, wenn der Nacherbe es durch Vertrag mit dem Vorerben in dessen freies Vermögen überträgt; der Zustimmung des Ersatznacherben bedarf er dafür nicht. Da die Unrichtigkeit des Grundbuchs damit nachgewiesen ist, ist der Nacherbenvermerk am betreffenden Grundstück zu löschen. (Leitsatz des Einsenders)

BayObLG, Beschluss vom 1.3.2005, 2Z BR 231/04, eingesandt von Notar Dr. *Christian Mikisch*, Neumarkt i. d. OPf.

Aus den Gründen:

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundstücks. Er hat dieses als testamentarischer Vorerbe erworben. Nacherben sind die Beteiligten zu 2 und 3. Ersatznacherben sind die Abkömmlinge der Nacherben. Im Grundbuch ist ein Nacherben- und Ersatznacherbenvermerk eingetragen.

Mit notarieller Urkunde vom 2.6.2003 übertrug der Beteiligte zu 1 der Beteiligten zu 2 eine Teilfläche des verfahrensgegenständlichen Grundstücks. Die Teilung ist zwischenzeitlich erfolgt und das Messergebnis ist anerkannt. Der Beteiligte zu 3 stimmte dieser Grundstücksübertragung zu. In derselben Urkunde übertrugen die Beteiligten zu 2 und 3 das nach Abmessung der vorbezeichneten Teilfläche noch verbleibende Restgrundstück an den Beteiligten zu 1 zu dessen Alleineigentum und zwar in der Weise, dass dieses Restgrundstück von den Beschränkungen der Nacherbfolge frei wird. Die Beteiligten zu 2 und 3 bewilligten die Löschung des Nacherbenvermerks bezüglich des Restgrundstücks. Der Antrag auf Löschung des Nacherbenvermerks wurde von den Beteiligten zu 1 und 2 mit notarieller Urkunde vom 10.5.2004 nochmals bewilligt und beantragt. Das Grundbuchamt hat beanstandet, dass die Bewilligung der Ersatznacherben nicht vorliege. Für die nicht benannten Ersatznacherben sei eine Pflegerbestellung erforderlich. Die vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen für die minderjährigen Ersatznacherben und die Bekanntmachung derselben an den Vertreter bzw. Pfleger seien in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Mit der weiteren Beschwerde verfolgten die Beteiligten den Antrag auf Löschung des Nacherbenvermerks weiter.

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Zur Löschung des Nacherbenvermerks sei eine Bewilligung des Nacherben sowie etwa vorhandener Ersatznacherben oder ein Unrichtigkeitsnachweis erforderlich. Bewilligungen der Ersatznacherben lägen nicht vor. Eine Grundbuchunrichtigkeit sei ebenfalls nicht gegeben, da durch die „Übertragung“ des Eigentums auf den Beteiligten zu 1 durch die Beteiligten zu 2 und 3 das Grundstück nicht nach § 2113 BGB freigeworden sei.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Das Landgericht geht in Übereinstimmung mit dem OLG Hamm (DNotZ 1955, 538) und der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1970, 137, 142) davon aus, dass es zur Löschung des Nacherben- und Ersatznacherbenvermerks nicht nur der Bewilligung des Nacherben, sondern auch der des Ersatzerben bedürfe, wenn das dingliche Recht, bei dem der Vermerk eingetragen ist, den Vorerben verbleibt. Ob an dieser Rechtsauffassung festzuhalten ist, kann dahinstehen.

b) Ein Nacherbenvermerk kann nicht nur dann gelöscht werden, wenn die Löschung bewilligt wird, sondern nach § 22 GBO auch dann, wenn der Unrichtigkeitsnachweis geführt wird (*Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 51 Rdnr. 40 ff. m. w. N.). Der Unrichtigkeitsnachweis ist durch die notariellen Urkunden vom 2.6.2003 und 10.5.2004 geführt.

aa) Nach der seit der Entscheidung des RG vom 8.11.1934 (RGZ 145, 316 ff.) ständigen Rechtsprechung (vgl. z. B. BGHZ 40, 115, 119; BayObLGZ 1959, 493, 497) ist eine Ver-

fügung des Vorerben im Sinn von § 2113 BGB voll wirksam, wenn der Nacherbe zustimmt; einer Zustimmung des Ersatznacherben bedarf es nicht.

Der BGH (DNotZ 2001, 392, 394) hat anerkannt, dass eine endgültige Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben mit der Folge vorgenommen werden kann, dass die dem Vorerben übertragenen Gegenstände aus dem Nachlass ausscheiden und damit von der Nacherbeneinsetzung nicht mehr erfasst werden. Aus dieser Rechtsauffassung, der der Senat folgt, ergibt sich, dass durch ein Rechtsgeschäft zwischen dem Vorerben und dem Nacherben ein Erbschaftsgegenstand aus dem Nachlass herausgenommen werden kann und damit nicht mehr der Nacherbschaft unterliegt. Da Verfügungen über das Grundstück der Zustimmung des Ersatznacherben nicht bedürfen, besteht auch keine Veranlassung, eine solche für eine Vereinbarung zwischen dem Vorerben und dem Nacherben zu verlangen. Der ansonsten erforderliche Umweg der Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auf einen Dritten mit nachfolgender Rücküberweisung auf den Vorerben nach Löschung des Nacherbenvermerks würde lediglich einen unnötigen Aufwand verbunden mit erheblichen Kosten erfordern. Die Übertragung des nicht mit der Nacherbschaft belasteten Eigentums an den Vorerben kommt einer Erbausinandersetzung nach § 2042 BGB zwischen Vor- und Nacherben (vgl. hierzu BGH, DNotZ 2001, 392 ff.) zumindest nahe. Die Übertragung eines zur Vorerbschaft gehörenden Gegenstandes auf den Vorerben zu freiem Eigentum ist vergleichbar mit der Überführung des Nachlassgegenstandes aus dem Gesamthandseigentum der Erbengemeinschaft in ein Alleineigentum.

bb) Eine interessengerechte Auslegung des Vertrags vom 2.6.2003 führt zu dem Ergebnis, dass sich die Beteiligten zu 1 und 2 mit Zustimmung des Beteiligten zu 3 darüber einig waren, dass das verfahrensgegenständliche Grundstück dem Beteiligten zu 1 übertragen werden und aus dem Nachlass ausscheiden soll. Zwar ist nur von einer Eigentumsübertragung durch die Beteiligten zu 2 und 3 die Rede. Jedoch ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang des Vertragswerkes, dass der Beteiligte zu 1 das Grundstück frei von den Beschränkungen der Nacherbschaft erhalten wollte. Dem Vertrag kann deshalb zwanglos entnommen werden, dass sich der Beteiligte zu 1 mit den Beteiligten zu 2 und 3 über den Eigentumsübergang durch Herauslösung des Gegenstandes aus der Vorerbschaft einig war (§§ 873, 925 BGB). Dass der Notar möglicherweise von einer anderen rechtlichen Konstruktion, nämlich von einer einseitigen Insichverfügung der Nacherben ausging, ist demgegenüber unerheblich. Das Grundbuchamt hat eine Auslegung der Erklärung vorzunehmen, wie sie sich aus der Urkunde ergibt, wenn die Auslegung zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (*Demharter*, § 19 Rdnr. 28). Das ist hier der Fall, da es offensichtlich den Wünschen aller Beteiligten entsprach, dass der Beteiligte zu 1 nacherbschaftsfreies Eigentum erhalten sollte.

cc) Da somit das Grundstück mit dem grundbuchmäßigen Vollzug der notariellen Urkunde aus dem Nachlass ausscheidet, wird das Grundbuch unrichtig, soweit es noch den Nacherben- und Ersatznacherbenvermerk enthält. Für eine Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO bedarf es nicht der Bewilligung der Ersatznacherben.

7. BGB §§ 2078, 2229, 2256 (*Rücknahme eines notariellen Testaments aus der amtlichen Verwahrung*)

Die Rücknahme eines notariellen Testaments aus der amtlichen Verwahrung ist auch Verfügung von Todes wegen. Ihre Wirksamkeit setzt Testierfähigkeit zum Zeitpunkt der Rücknahme voraus. Die Rücknahme unterliegt ferner der Anfechtung nach § 2078 BGB.

BayObLG, Beschluss vom 9.3.2005, 1Z BR 108/04

Aus den Gründen:

I.

Die am 16.7.2003 verstorbene Erblasserin hinterließ zwei leibliche Abkömmlinge, die Beteiligte zu 1 und den Beteiligten zu 2. Mit notariellem Testament vom 21.10.1983 setzte die Erblasserin ihre Tochter, die Beteiligte zu 1, als Alleinerbin ein. Dieses Testament nahm die Erblasserin am 1.12.1992 aus der amtlichen Verwahrung zurück. Die Beteiligte zu 1 beantragte mit Schreiben vom 26.11.2003 die Erteilung eines Erbscheins, der sie als Alleinerbin ausweist. Als Begründung hierfür gab sie an, dass die Widerrufswirkung der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nicht eingetreten sei, weil die Erblasserin zum Zeitpunkt der Rücknahme nicht testierfähig gewesen sei und sie unter psychischem Druck des Beteiligten zu 2 gehandelt habe. Ergänzend focht die Beteiligte zu 1 den Widerruf des Testaments durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung wegen Irrtums und Drohung an. Der Beteiligte zu 2 beantragt die Erteilung eines Erbscheins aufgrund gesetzlicher Erbfolge, wonach als Erben die beiden Beteiligten je zur Hälfte berufen sind.

Für die Erblasserin war mit Beschluss vom 5.2.1993 die Beteiligte zu 1 als Betreuerin für die Aufgabenkreise Vermögenssorge sowie für die Geltendmachung von Ansprüchen auf Altersversorgung, Sozialhilfe, Unterhalt und Krankenversorgung bestellt worden. Die Betreuung bestand bis zu ihrem Ableben.

Mit Beschluss vom 21.1.2004 kündigte das Nachlassgericht die Erteilung eines Erbscheins an, wonach die Erblasserin von den Beteiligten zu 1 und 2 je zur Hälfte beerbt worden ist. Die Beteiligte zu 1 hat den amtsgerichtlichen Beschluss angefochten. Das Landgericht hat ohne Beweisaufnahme das Rechtsmittel mit Beschluss vom 17.9.2004 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1, mit dem sie ihren Antrag auf Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin weiterverfolgt.

II.

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

1. Das Landgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Erblasserin habe das notarielle Testament vom 21.10.1983 durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung wirksam widerrufen. Sie sei zu diesem Zeitpunkt testierfähig gewesen. Da die Störung der Geistestätigkeit die Ausnahme bilde, sei die Erblasserin bis zum Beweis des Gegenteils als testierfähig anzusehen. Dies gelte auch, wenn für den Erblasser ein Betreuer bestellt werde. Zwar habe das Vormundschaftsgericht für die Erblasserin eine Betreuerin bestellt; nach den im Betreuungsverfahren getroffenen Feststellungen sei sie aber in der Zeit der Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung nicht, auch nicht partiell, geschäftsunfähig gewesen. Ferner habe die Beteiligte zu 1 die Rück-

nahme des Testaments nicht wirksam angefochten. Für einen Inhalts- oder Erklärungsirrtum der Erblasserin habe die Beteiligte zu 1 keine Anhaltspunkte vorgetragen. Gleiches gelte für das Vorbringen der Beteiligten zu 1 zu dem Anfechtungsgrund der behaupteten Drohungen durch den Beteiligten zu 2 gegenüber seiner Mutter, um sie zu einer Testamentsänderung zu veranlassen. Insoweit fehle es an zureichendem Sachverhalt für die Annahme, dass Drohungen zur Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung geführt haben.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Ein vor einem Notar errichtetes Testament gilt als widerufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser übergeben wird (§ 2256 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Rücknahme eines notariellen Testaments aus amtlicher Verwahrung ist nach der Rechtsprechung des Senats und überwiegender Meinung auch eine Verfügung von Todes wegen (vgl. BGHZ 23, 207, 211; BayObLGZ 1973, 35, 36; *Erman/Schmidt*, BGB, 11. Aufl., § 2256 Rdnr. 1; *Münch-KommBGB/Hagena*, 4. Aufl., § 2256 Rdnr. 6; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 64. Aufl., § 2256 Rdnr. 3; a. A. *Soergel/J. Mayer*, BGB, 13. Aufl., § 2256 Rdnr. 7). Diese Rechtshandlung setzt zur Begründung ihrer Wirksamkeit folglich Testierfähigkeit voraus (vgl. BayObLG, a. a. O.; *Erman/Schmidt*, a. a. O.; *Münch-KommBGB/Hagena*, a. a. O.; *Palandt/Edenhofer*, a. a. O.).

Das Landgericht war nicht gehalten, zur Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin bei der Rücknahme des notariellen Testaments aus der amtlichen Verwahrung ergänzende Sachverhaltsermittlungen durchzuführen. Zwar lässt sich die Frage, ob die Erblasserin im Zeitpunkt der Rücknahmehandlung testierfähig gewesen ist oder nicht nach ständiger Rechtsprechung in der Regel nur mit Hilfe eines psychiatrischen Sachverständigen beantworten (vgl. BayObLGZ 1995, 383, 391; BayObLG, FamRZ 2001, 55, 56). Allerdings ist die Hinzuziehung eines Sachverständigen nur erforderlich, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte Anlass besteht, an der Testierfähigkeit des Erblassers zu zweifeln. Ein solcher Sachverhalt ist hier nicht gegeben. Zwar wurde für die Erblasserin verhältnismäßig zeitnah zur Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung eine Betreuerin bestellt. Die Vorinstanzen durften sich aber für die Beurteilung der Testierfähigkeit der Erblasserin auf den im Rahmen des Betreuungsverfahrens erstellten Bericht des staatlichen Gesundheitsamts vom 20.1.1993 beziehen, wonach die Erblasserin durchaus in der Lage sei, ihre Entscheidungen von vernünftigen Erwägungen abhängig zu machen und sie nicht, auch nicht partiell, geschäftsunfähig sei. Da keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, dass diese Beurteilung nicht auch für den Zeitpunkt Anfang Dezember 1992 zutrifft, war eine weitere Aufklärung durch das Beschwerdegericht nicht veranlasst.

b) Demgegenüber können die Ausführungen des Beschwerdegerichts, dass die Beteiligte zu 1 keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen Irrtum der Erblasserin bei der Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung vorgebracht habe, keinen Bestand haben. Es ist nach dem vorgelegten Sachverhalt durchaus möglich, dass der Beteiligte zu 1 ein Anfechtungsgrund nach §§ 2078, 2080 Abs. 1 BGB zur Seite steht.

aa) Das Landgericht hat seiner Pflicht, den für die Umstände der Rücknahme des notariellen Testaments aus der amtlichen Verwahrung maßgeblichen Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären (§ 2358 BGB Abs. 1, § 12 FGG), nicht in vollem Umfang genügt. Der Grundsatz der Amtsermittlung verpflichtet das Tatsachengericht, alle zur Aufklärung des Sachverhalts

erforderlichen Ermittlungen durchzuführen und die geeignet erscheinenden Beweise zu erheben. Das bedeutet zwar nicht, dass allen Beweisanträgen der Beteiligten stattgegeben und allen denkbaren Möglichkeiten zur Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen nachgegangen werden müsste. Eine Aufklärungspflicht besteht aber insoweit, als das Vorbringen der Beteiligten und der festgestellte Sachverhalt aufgrund der Tatbestandsvoraussetzungen des materiellen Rechts bei sorgfältiger Überlegung zu weiteren Ermittlungen Anlass geben. Das Gericht darf seine Ermittlungen erst abschließen, wenn von einer weiteren Beweisaufnahme ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht mehr zu erwarten ist (BGHZ 40, 54, 57; BayObLGZ 1983, 153, 161; Palandt/Edenhofer, § 2358 Rdnr. 1).

bb) Gemessen an diesen Grundsätzen ist das Beschwerdegericht der Frage nicht zureichend nachgegangen, ob sich die Erblasserin bei der Rücknahme des notariellen Testaments aus der amtlichen Verwahrung am 1.12.1992 in einem Irrtum befunden hat, der einen Anfechtungsgrund nach § 2078 BGB begründen würde. Die Rücknahme eines Testaments aus der amtlichen Verwahrung unterliegt, da sie auch Verfügung von Todes wegen ist, der Anfechtung nach § 2078 BGB (vgl. BayObLG, NJW-RR 1990, 1481, 1482; Erman/Schmidt, § 2256 Rdnr. 4; MünchKommBGB/Hagen, § 2256 Rdnr. 11; Palandt/Edenhofer, § 2256 Rdnr. 3; auch Soergel/J. Mayer, § 2256 Rdnr. 10).

Die Beteiligte zu 1 hat in der Beschwerdeinstanz Umstände vorgetragen, die entgegen der Auffassung des Landgerichts einen Irrtum der Erblasserin bei der Rücknahme des Testaments am 1.12.1992 nicht fern liegend erscheinen lassen. Das in Kopie vorliegende Schreiben des Rechtsvertreters der Erblasserin vom 23.12.1992, wonach dieser den Beteiligten zu 2 darauf hinweist, seine Mandantin habe ein Testament zugunsten der Beteiligten zu 1 errichtet und nicht die Absicht, diese letztwillige Verfügung zu ändern, deutet darauf hin, dass die Erblasserin zeitnah zu der Rücknahmehandlung mit ihrem Rechtsanwalt die Regelung ihres Nachlasses besprochen haben muss. Das Beschwerdegericht hätte bei der zeitlichen Nähe der widerrufsbegründenden Rücknahme und der Wiedergabe der das Testament inhaltlich bestätigenden Haltung der Erblasserin in dem Schreiben des Rechtsanwalts H. die näheren Umstände der Rücknahme und der Mandatierung aufklären müssen. Es kann sich bei dem vorliegenden Sachverhalt sehr wohl ergeben, dass sich die Erblasserin bei der Rücknahme in einem Irrtum über die Rechtswirkungen ihrer Handlung befunden hat und bei deren zutreffender Kenntnis anders gehandelt hätte. Es fällt auf, dass in den Nachlassakten eine ordnungsgemäße Belehrung der Erblasserin über die Wirkungen der Rücknahme nach § 2256 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht aufzufinden ist. Soweit erkennbar, ist nicht versucht worden, die Akten über die Verwahrung des Testaments (vgl. § 27 AktO) beizuziehen und festzustellen, ob eine entsprechende Belehrung erfolgt ist (§ 27 Abs. 9 AktO). Das Landgericht wird dies nachzuholen haben und gegebenenfalls den damaligen Rechtsvertreter der Erblasserin als Zeugen zu den näheren Umständen der Haltung der Erblasserin zu ihrem notariellen Testament im Dezember 1992 zu befragen haben.

Die Annahme eines Irrtums bei der Erblasserin ist ferner deshalb nicht fern liegend, weil sie – worauf die Beteiligte zu 1 mehrfach hingewiesen hat – anlässlich der amtsärztlichen Untersuchung im Rahmen des Betreuungsverfahrens am 20.1.1993 dem Arzt des staatlichen Gesundheitsamts mitteilte, sie habe vor Jahren ein Testament angefertigt, in welchem sie ihre Tochter (die Beteiligte zu 1) als Haupterin vorgesehen hätte, weil sie sich seit dem Tod ihres Mannes ver-

mehrt um sie gekümmert habe. Die Erblasserin ging bei ihrer Mitteilung an den untersuchenden Arzt am 20.1.1993 offenbar davon aus, dass dieses Testament noch gültig sei. Über eine Rücknahme dieser letztwilligen Verfügung aus der amtlichen Verwahrung findet sich in der wiedergegebenen Exploration des Arztes nichts. Zwar ist zu berücksichtigen, dass bei der ärztlichen Untersuchung im Rahmen des Betreuungsverfahrens die Beteiligte zu 1 zugegen war und die Erblasserin möglicherweise die Rücknahme des Testaments nicht vertiefen wollte. Die Erblasserin hat im Rahmen der Untersuchung ihr Testament allerdings von sich aus angesprochen. Wäre ihr bewusst gewesen, dass das Testament nicht mehr gilt, und hätte sie die Beteiligte zu 1 nicht von der Rücknahme in Kenntnis setzen wollen, hätte sie das Thema gegenüber dem explorierenden Arzt nicht detailliert mit einem eindeutigen Inhalt ansprechen müssen.

Auffällig ist jedenfalls, dass weder das Schreiben des Rechtsvertreters der Erblasserin vom 23.12.1992 noch der Bericht über die Untersuchung vom 20.1.1993 den Umstand des bewussten Widerrufs auch nur andeuten, obwohl beide Ereignisse verhältnismäßig zeitnah zur Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung angesiedelt und in beiden schriftlichen Zeugnissen jeweils Aussagen zur Regelung des Nachlasses der Erblasserin enthalten sind.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

8. GmbHG §§ 30, 31, 32 a, 32 b; KO § 32 a (*Mietweise Überlassung eines Grundstücks an eine GmbH als eigenkapitalersetzende Leistung; Ausgleichspflicht des Gesellschafters bei Nutzungsentziehung durch Zwangsverwaltung*)

- a) **Die mietweise Überlassung eines Grundstücks an eine GmbH kann eine eigenkapitalersetzende Leistung des Gesellschafters sein. In der Insolvenz über das Vermögen der GmbH hat der Insolvenzverwalter dann das Recht, das Grundstück für den vertraglich vereinbarten Zeitraum – bei einer missbräuchlichen Zeitbestimmung für den angemessenen Zeitraum – unentgeltlich zu nutzen (Bestätigung von BGHZ 109, 55).**
- b) **Wird dem Insolvenzverwalter dieses Recht durch eine Beschlagnahme des Grundstücks im Rahmen einer Zwangsverwaltung entzogen, hat der Gesellschafter den Wert des Nutzungsrechts zu ersetzen (Bestätigung von BGHZ 127, 1; 127, 17).**
- c) **Das gilt auch dann, wenn der Insolvenzverwalter das Grundstück an den Zwangsverwalter vor Ablauf der Mietzeit herausgibt.**
- d) **Der Ersatzanspruch setzt aber voraus, dass der Insolvenzverwalter das Grundstück, hätte er es nicht herausgegeben, tatsächlich hätte nutzen können, etwa im Wege der Untervermietung (Bestätigung von BGHZ 127, 1; 127, 17).**

BGH, Urteil vom 31.1.2005, II ZR 240/02

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist in ZIP 2005, 484 ff. abgedruckt.

9. HGB § 13 g Abs. 2, 3; GmbHG §§ 8 Abs. 4, 10 Abs. 1 Satz 2; BGB § 181 (*Eintragung der Gestattung des Selbstkontrahierens bei Zweigniederlassung einer Limited unzulässig*)

Die Eintragung des Zusatzes im Handelsregister „Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit“, ist für die Zweigniederlassung einer englischen private limited company grundsätzlich unzulässig.

OLG München, Beschluss vom 17.8.2005, 31 Wx 049/05; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am BayObLG

Die Beteiligte ist eine Gesellschaft (private limited company) mit Sitz in .../England. Sie hat die Errichtung einer Zweigniederlassung in ... zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Zugleich wurde beantragt einzutragen, dass der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Insoweit hat das Registergericht die Eintragung abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde wurde durch Beschluss des LG Augsburg vom 24.5.2005 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtete sich die weitere Beschwerde, die sich als zulässig, jedoch unbegründet erwies.

Aus den Gründen:

1. Die Eintragung der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wie der englischen private limited company, in das deutsche Handelsregister richtet sich nach §§ 13 d, 13 e, 13 g HGB. Die Eintragung hat deklaratorische Bedeutung (KG, FGPrax 2004, 45). Dabei sind auch die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft zur Eintragung anzumelden (§ 13 g Abs. 2 Satz 2 HGB i. V. m. § 8 Abs. 4 GmbHG).

a) Die Geschäftsführung wie auch die Vertretungsmacht der Organe einer Gesellschaft richten sich nach dem Personalstatut der Gesellschaft (*Palandt/Heldrich*, BGB, 64. Aufl., Anh. zu § 12 EGBGB Rdnr. 13). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist die in einem Vertragsstaat nach dessen Vorschriften wirksam gegründete Gesellschaft in einem anderen Vertragsstaat – unabhängig von dem Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes – in der Rechtsform anzuerkennen, in der sie gegründet wurde (vgl. EuGH, NJW 2002, 3614 – Überseering; EuGH, ZIP 2003, 1885 – Inspire Art; BGHZ 154, 185, 189). Personalstatut ist in diesen Fällen unabhängig vom tatsächlichen Verwaltungssitz das Recht des Staates, in dem die Gesellschaft gegründet wurde (vgl. BGH, NJW 2005, 1648; BGH, NJW 2003, 1461; BayObLGZ 2002, 413, 417). Die Frage, wer gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft ist und welchen Umfang dessen Befugnisse haben, bestimmt sich deshalb hier nach englischem Recht.

b) Eine private limited company wird von einem oder mehreren Geschäftsführern (director) vertreten. Nach englischem Recht besteht kein allgemeines gesetzliches Verbot von In-sich-Geschäften des rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vertreters, wie es § 181 BGB ausspricht. Beschränkungen im Hinblick auf In-sich-Geschäfte des Direktors einer englischen Gesellschaft ergeben sich jedoch aus Treuepflichten, die auf dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen der Gesellschaft und den für sie handelnden Vertretern beruhen (vgl. ausführlich zum englischen Recht *Wachter*, ZNotP 2005, 122, 132 f. und NZG 2005, 338; *Schall*, EWIR 2004, 1225). Angesichts der differenzierten Regelungen des englischen Rechts verbietet es sich, die Vertretungsbefugnis des directors einer private limited company pauschal gleichzusetzen mit derjenigen des von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführers einer deutschen GmbH. Dabei ist es ohne Belang, ob die Vorschrift des § 181 BGB ausdrücklich genannt oder ihr Inhalt umschrieben wird. In beiden Fällen

würde die Vertretung der englischen Gesellschaft durch ihren Direktor mit den dem deutschen Rechtssystem eigenen Regelungen beschrieben, denen sie überhaupt nicht unterliegt. Das widerspricht der Verpflichtung aus Art. 43 und Art. 48 EG, die Rechtspersönlichkeit der Beteiligten und ihre Eigenschaft als Gesellschaft englischen Rechts zu achten.

c) Das Handelsregister dient dazu, bestimmte tatsächliche und rechtliche Verhältnisse, die für den Rechtsverkehr von besonderer Bedeutung sind, in einer zuverlässigen und vollständigen Weise zu beurkunden (OLG Hamm, NJW-RR 1993, 807, 809; KG, FGPrax 2000, 249; *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 1). Bei einer dem deutschen Recht unterliegenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist es dementsprechend im Handelsregister einzutragen, wenn der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, weil in diesem Fall die Vertretungsmacht des Geschäftsführers vom gesetzlichen Regelfall abweicht. Der Rechtsverkehr soll deshalb auf die gegenüber der gesetzlichen Regelung erweiterte Befugnis des Geschäftsführers hingewiesen werden, im Namen der Gesellschaft mit sich selbst Geschäfte abzuschließen und so Vermögen der Gesellschaft zu verlagern (BGHZ 87, 59, 62). Wird dagegen bei der Eintragung der Zweigniederlassung einer nach englischem Recht gegründeten private limited company der Zusatz aufgenommen, dass der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, bewirkt das in mehrfacher Hinsicht eine Irreführung (vgl. auch *Klose-Mokroß*, DStR 2005, 1013, 1015). Zum einen wird der Anschein erweckt, der Umfang der Vertretungsmacht des Geschäftsführers und die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft unterlägen deutschem Recht, was nicht der Fall ist. Zum anderen wird durch die undifferenzierte Übertragung von Kategorien des deutschen Rechts auch bezüglich des Umfangs der Vertretungsmacht der für die Gesellschaft geltende rechtliche Rahmen verkürzt dargestellt und ein Rechtszustand im Handelsregister verlautbart, der tatsächlich so nicht gegeben ist. Das widerspricht dem Zweck des Handelsregisters, die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zuverlässig und vollständig darzustellen. Zu Recht sind die Vorinstanzen daher einigen gegenteiligen Entscheidungen (LG Freiburg, GmbHR 2005, 168, 169; LG Ravensburg, GmbHR 2005, 489, 490; LG Augsburg NZG 2005, 356) nicht gefolgt.

10. BGB §§ 709, 710; AktG § 136 (*Verpflichtungswirkung eines Stimmbindungsvertrags*)

Ein gemäß den Regelungen eines Stimmbindungsvertrags wirksam mit einfacher Mehrheit gefasster Beschluss verpflichtet die Parteien des Vertrags auch dann, entsprechend dieser Beschlussfassung in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft abzustimmen, wenn für die entsprechende Beschlussfassung der Aktionäre eine größere Mehrheit vorgeschrieben ist.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.1.2005, 7 U 181/03 (*nicht rechtskräftig*)

Hinweis der Schriftleitung:

Das Gericht hat die Revision wegen der grundlegenden Bedeutung der Rechtssache gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zugelassen. Das Urteil ist in NZG 2005, 636 ff. abgedruckt.

11. HGB §§ 15 Abs. 2, 48, 49, 125 Abs. 3; GmbHG §§ 46 Nr. 7, 35 Abs. 1 (*Keine Mitwirkung des neu bestellten Prokuristen bei Registeranmeldung*)

Der neu bestellte Prokurist kann bei der Registeranmeldung zur Eintragung der ihm erteilten Gesamtprokura nicht mitwirken (Anschluss an BayObLG, DNotZ 1974, 42).

OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.2.2005, 20 W 451/04

Herr A meldete am 2.4.2004 gemeinsam mit dem Geschäftsführer B, welcher gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer oder einem Prokuristen gesamtvertretungsberechtigt ist, zur Eintragung in das Handelsregister an, dass er zum Prokuristen bestellt worden sei und die Gesellschaft gemeinschaftlich mit einem Geschäftsführer oder einem anderen Prokuristen vertrete. Der Anmeldung war ein entsprechender Gesellschafterbeschluss vom 23.3.2004 beigelegt. Daraufhin teilte die Rechtspflegerin des Registergerichts mit Schreiben vom 13.4.2004 mit, dass die Eintragung nicht erfolgen könne, weil es der Anmeldung durch einen weiteren Geschäftsführer oder einen Prokuristen bedürfe, da der neu bestellte Prokurist A nicht berechtigt sei, bei seiner eigenen Anmeldung zur Prokura mitzuwirken. Gegen die Zurückweisung der Beschwerde durch das Landgericht wendet sich die Gesellschaft mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde führte in der Sache nicht zum Erfolg, da die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO). Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht entschieden, dass eine Eintragung der Prokura aufgrund der bisher eingereichten Unterlagen nicht in Betracht kommt. Das Registergericht hat zu Recht die Mitwirkung des einzutragenden Prokuristen bei der Anmeldung beanstandet.

Gemäß § 53 Abs. 1 HGB ist die Erteilung einer Prokura in Gestalt der hier vorliegenden Gesamtprokura von dem Inhaber des Handelsgeschäftes zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Bei der GmbH ist die Anmeldung durch die gesetzlichen Vertreter in vertretungsberechtigter Anzahl vorzunehmen, hier also durch zwei Geschäftsführer oder einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem bereits bestellten und in das Handelsregister eingetragenen Prokuristen.

Im Anschluss an eine grundlegende Entscheidung des BayObLG (NJW 1973, 2068) entspricht es fast einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass der Prokurist, dessen Gesamtprokura erst in das Handelsregister eingetragen werden soll, bei dieser Handelsregisteranmeldung nicht mitwirken kann (vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 31. Aufl., § 53 Rdnr. 1; *Ensthaler*, GK HGB, 6. Aufl., § 53 Rdnr. 1; *Koller/Roth/Morck*, HGB, 4. Aufl., § 53 Rdnr. 3; *Röhrich/von Westphalen*, HGB, 2. Aufl., § 53 Rdnr. 10; *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 395; *Gustavus*, Handelsregisteranmeldungen, 6. Aufl., A 114 m. w. N.; *Müther*, Das Handelsregister in der Praxis, § 10 Rdnr. 8). Das BayObLG hat dies zutreffend mit der Erwägung begründet, dass der Antrag auf deklaratorische Eintragung der Prokura zugleich der Glaubhaftmachung der einzutragenden Tatsache dient und das Registergericht in der Regel der Prüfung entheben soll, ob die angemeldete Tatsache richtig ist. Der Anmeldung kommt aber die Vermutung für die wirksame Erteilung der Prokura nur dann zu, wenn sie durch die zur Erteilung dieser Prokura berechtigten Vertretungsorgane erfolgt.

Denn in der Anmeldung durch diese Personen kann regelmäßig auch die Bestellung des einzutragenden Prokuristen gesehen werden, falls sie zuvor noch nicht erfolgt sein sollte (RGZ 134, 303, 304). Dieser Auffassung schließt sich der erkennende Senat an und kann die hiergegen gerichteten Einwendungen einer vereinzelt Stimme in der Literatur

(*Bärwaldt*, NJW 1997, 1404), auf die sich die Anmelderin beruft, nicht teilen. Insbesondere vermag der Hinweis auf die Zulässigkeit der Anmeldung der eigenen Bestellung durch den Geschäftsführer sowie der Mitwirkung des Prokuristen bei der Eintragung eines anderen Prokuristen im Falle der unechten Gesamtvertretung nicht zu überzeugen. Denn es handelt sich hierbei um unterschiedliche und deshalb nicht vergleichbare Sachverhalte. So ist im Falle der Anmeldung eines Geschäftsführers nach § 39 Abs. 2 GmbHG die Urkunde über die Bestellung des Geschäftsführers in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen, so dass hierdurch die für die Eintragung erforderliche Vermutung für die Richtigkeit der einzutragenden Tatsache begründet wird. Die Berechtigung des Prokuristen zur Mitwirkung bei der Anmeldung eines weiteren Prokuristen leitet sich aus der Publizitätswirkung seiner eigenen vorangegangenen Eintragung in das Handelsregister nach § 15 Abs. 2 HGB ab. Für die Anmeldung der Prokura sieht § 53 Abs. 1 HGB jedoch weder den Nachweis der nach § 46 Ziff. 7 GmbHG allein für das Innenverhältnis maßgeblichen Entscheidung der Gesellschafterversammlung noch den Nachweis der bereits erfolgten wirksamen Bestellung im Außenverhältnis durch die vertretungsberechtigten Gesellschaftsorgane vor, sondern begnügt sich mit deren Anmeldung gemäß § 53 Abs. 1 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister. Hierdurch soll eine möglichst schnelle, einfache und zügige Verlautbarung der eintragungspflichtigen Tatsache der Erteilung einer Prokura erreicht werden. Wie das BayObLG bereits zutreffend herausgestellt hat, liegt die innere Rechtfertigung für den Verzicht eines näheren Nachweises bezüglich der wirksamen Bestellung hier in dem Umstand, dass nur solche Personen bei der Anmeldung mitwirken dürfen, die aufgrund ihrer Vertretungsberechtigung für die Gesellschaft auch zur Erteilung der Prokura zuständig sind.

Die Rechtspflegerin des Registergerichts hat deshalb zutreffend darauf bestanden, dass an der Registeranmeldung ein weiterer Geschäftsführer oder ein bereits in das Handelsregister eingetragener Prokurist mitzuwirken hat.

Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde ist es nicht Aufgabe des Registergerichts, sich im Falle einer formell nicht ordnungsgemäßen Anmeldung durch Ausschöpfung des Amtsermittlungsgrundsatzes nach § 12 FGG auf anderem Wege Gewissheit über die Richtigkeit der einzutragenden Tatsache zu verschaffen. Bereits aus diesem Grunde ist das erstmals im Verfahren der Rechtsbeschwerde und lediglich in Fotokopie vorgelegte Schreiben vom 23.3.2004 nicht geeignet, dem Eintragungsbegehren zum Erfolg zu verhelfen. Vielmehr greift im Registerverfahren eine Berechtigung und auch eine Pflicht des Registergerichts zur Anstellung weiterer Amtsermittlungen nach § 12 FGG erst dann ein, wenn trotz Vorliegens einer ordnungsgemäßen Anmeldung aufgrund konkreter Umstände begründete Zweifel an der Richtigkeit der einzutragenden Tatsache bestehen.

12. AktG §§ 119 Abs. 2, 124 Abs. 2 Satz 2, 243 Abs. 1 (*Notwendiger Inhalt der Einladung zur HV bei Beschluss über Zustimmung zu einem Unternehmenskaufvertrag*)

Wird zu einem Unternehmenskaufvertrag die Zustimmung der Hauptversammlung eingeholt, muss der wesentliche Inhalt des Vertrags bereits in der Einladung bekannt gemacht werden. Dabei gehören zum wesentlichen Inhalt eines Vertrags über die Veräußerung von Unternehmens-

beteiligungen neben der Nennung des Käufers die Angaben zum Preis bzw. zu den Kriterien, nach welchen der Preis ermittelt werden soll.

LG Frankfurt am Main, Urteil vom 11.1.2005, 3-05 O 106/04 (nicht rechtskräftig)

Hinweis der Schriftleitung:

Die Berufung ist anhängig beim OLG Frankfurt am Main unter dem Az. 5 U 22/05. Das Urteil ist vollständig abgedruckt in ZIP 2005, 579 ff.

Beurkundungs- und Notarrecht

13. BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO § 19 Abs. 1; ErbbauVO §§ 5, 6 Abs. 1 (Hinweispflicht des Notars bei Veräußerung eines Erbbaurechts)

- a) **Der Notar ist verpflichtet, die Erwerber eines Erbbaurechts darauf hinzuweisen, dass der Grundstückseigentümer seine Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts erteilen, jedoch zur Belastung verweigern kann, wenn die Zustimmungsbefähigung dieser Verfügungen Inhalt des Erbbaurechts ist (§ 5 ErbbauVO) und der Notar, z. B. aufgrund einer in dem Kaufvertrag enthaltenen Belastungsvollmacht, damit rechnen muss, dass die Erwerber das Recht zur Finanzierung des Kaufpreises belasten wollen.**
- b) **Der Notar ist in derartigen Fallgestaltungen weiter verpflichtet, die Erwerber über die Gefahren einer „gespaltenen“ Eigentümerzustimmung zu belehren und ihnen Möglichkeiten, diesen entgegenzuwirken, aufzuzeigen.**

BGH, Urteil vom 2.6.2005, III ZR 306/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger nimmt den beklagten Notar auf Schadensersatz in Anspruch. Der Beklagte beurkundete am 1.7.1999 einen Vertrag, mit dem der Kläger und seine Ehefrau von den Eheleuten M. ein Wohnungserbbaurecht für 248.000 DM kauften. Das Erbbaurecht durfte nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers veräußert und mit Grundpfandrechten belastet werden. Hierauf war in der notariellen Urkunde bei der Beschreibung des verkauften Erbbaurechts hingewiesen. § 12 des Kaufvertrags enthielt weiter die Feststellung, dass der Beklagte über das Erfordernis der Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung und Belastung belehrt habe. Der Beklagte wies jedoch nicht darauf hin, dass die erforderliche Zustimmung des Eigentümers auch getrennt für die Veräußerung erteilt und für die Belastung verweigert werden konnte.

Der Kläger und seine Ehefrau beabsichtigten, das Erbbaurecht zur Sicherung eines Darlehens, das sie zur Finanzierung des Kaufpreises aufnehmen wollten, mit einer Grundschuld über 200.000 DM zu belasten. Zu diesem Zweck war ihnen von den Verkäufern eine Belastungsvollmacht eingeräumt worden (§ 7 des Kaufvertrags).

Im Hinblick auf die Höhe der vorgesehenen Grundschuld verweigerten die Eigentümer jedoch ihre Einwilligung in die Belastung des Erbbaurechts. Demgegenüber erteilten sie auf entsprechende Anfrage des Beklagten ihre Zustimmung zur Veräußerung.

Verhandlungen über die Erbbaurechtsbelastung blieben ergebnislos. Der Kläger und seine Ehefrau nahmen von der Durchführung des Kaufvertrags Abstand. Die Verkäufer verlangten von den Eheleuten daraufhin Schadensersatz. Diese wurden in dem hierüber geführten Rechtsstreit, in dem sie dem Beklagten den Streit verkündet hatten, in erster Instanz zur Zahlung von 28.347,40 DM nebst Zinsen verurteilt. Ihre Berufung gegen diese Entscheidung nahmen sie auf Anraten des

Gerichts zurück. Der Kläger verlangt den Schadensersatzbetrag und die in dem Vorprozess entstandenen Gerichts- und Anwaltskosten von dem Beklagten erstattet. Die auf Zahlung von 24.300,92 € gerichtete Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Aus den Gründen:

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

(...)

II.

(...)

1. Der Beklagte hat seine aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG folgende Pflicht zur Rechtsbelehrung verletzt, indem er es unterließ, den Kläger und seine Ehefrau darauf hinzuweisen, dass die Grundstückseigentümer nicht verpflichtet waren, ihre Zustimmung zur Veräußerung und zur Belastung des Erbbaurechts einheitlich zu erteilen, vielmehr die Situation eintreten konnte, dass die Zustimmung zur Veräußerung gegeben, zur Belastung jedoch verweigert wurde. Überdies hätte er die hieraus folgenden Gefahren und die Möglichkeiten, ihnen entgegenzuwirken, aufzeigen müssen. Als Abhilfemöglichkeiten kommen etwa die Vorabereinholung der Zustimmungen des Eigentümers (dies hält *Kersten/Bühling/Wolfsteiner*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl., § 64 Rdnr. 57 f., sogar für zwingend), die Vereinbarung der Zustimmung des Eigentümers zur Belastung als Bedingung für die Wirksamkeit des Kaufvertrags oder die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts des Käufers für den Fall des Ausbleibens dieser Zustimmung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt in Betracht.

a) Nach der vorgenannten Bestimmung hat der Notar den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben. Der Inhalt der Rechtsbelehrung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Der Notar ist nicht gehalten, eine schematische Belehrung vorzunehmen und ohne Rücksicht auf die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten sämtliche in dem Vertrag enthaltenen Klauseln eingehend zu erläutern. Eine solche Handhabung würde nicht nur die notarielle Verhandlung überfrachten, sondern die Aufmerksamkeit der Beteiligten von den wesentlichen Punkten ablenken (vgl. BGH, Urteil vom 27.10.1994, IX ZR 12/94, DNotZ 1995, 407 m. w. N.). Der Notar ist auch nicht verpflichtet, über die wirtschaftlichen Folgen und die wirtschaftliche Durchführbarkeit des beabsichtigten Geschäfts zu belehren (BGH, Urteil vom 5.11.1992, IX ZR 260/91, DNotZ 1993, 459 m. w. N.; *Ganter* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1084 f.). Zur rechtlichen Tragweite gehören aber die formellen und materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen, die außerhalb der Beurkundung erforderlichen weiteren Voraussetzungen zur Erreichung der mit dem Rechtsgeschäft beabsichtigten Wirkungen, die unmittelbaren Rechtsfolgen und etwaige Hindernisse beim Vollzug des beurkundeten Rechtsgeschäfts (*Ganter*, a. a. O., Rdnr. 985 m. w. N.).

b) Nach diesen Maßstäben durfte sich der Beklagte nicht darauf beschränken, auf die Zustimmungsbefähigung von Veräußerung und Belastung des Erbbaurechts hinzuweisen. Vielmehr hatte er die oben aufgeführten weitergehenden Belehrungen zu erteilen, da für den Fall, dass die Eigentümer mit der Veräußerung, nicht aber mit der Belastung einverstanden waren, der Vollzug des beurkundeten Rechtsgeschäfts gefährdet war.

aa) Stimmt der Eigentümer nur der Veräußerung zu, ohne auch die Belastung zu bewilligen, scheidet die Durchführung des Erbbaurechtsübertragungsvertrags, wenn der Käufer, wie hier geltend gemacht wird, zur Finanzierung des Erwerbs auf die Belastung des Erbbaurechts mit einem Grundpfandrecht angewiesen ist, da er ohne diese nicht in der Lage ist, den Kaufpreis aufzubringen. Zudem ist er regelmäßig Schadensersatzansprüchen des Verkäufers und gegebenenfalls auch seines finanzierenden Kreditinstituts ausgesetzt (*Kersten/Bühling/Wolfsteiner*, a. a. O., Rdnr. 57), ohne in den Genuss der Gegenleistung zu kommen. In diesen Fällen scheidet der vertraglich vorgesehene Austausch der im Synallagma stehenden Leistungen, und zwar im Wesentlichen einseitig zu Lasten einer Vertragspartei. Jedenfalls der durchschnittliche Vertragsbeteiligte bedarf der Belehrung über diese Gefahren, da ihm die Möglichkeit der isolierten Zustimmung des Eigentümers regelmäßig nicht bekannt ist.

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung werden diese Gefahren nicht durch eine aus § 6 Abs. 1 ErbbauVO folgende Verknüpfung der Veräußerung und der Belastung vermieden. Die fehlende Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Belastung des Erbbaurechts wirkt sich nicht in der Weise aus, dass damit gemäß § 6 Abs. 1 ErbbauVO auch das der Veräußerung zugrunde liegende Kausalgeschäft – hier der Kaufvertrag – schwebend unwirksam ist. § 6 Abs. 1 ErbbauVO bestimmt zwar, dass nicht nur die zustimmungsbedürftige (§ 5 ErbbauVO) Verfügung über ein Erbbaurecht unwirksam ist, solange der Grundstückseigentümer sie nicht bewilligt hat. Die Unwirksamkeit erstreckt sich vielmehr auch auf den Vertrag, durch den sich der Erbbauberechtigte zu einer Verfügung verpflichtet. Diese Rechtsfolge ist jedoch auf die jeweilige Verfügung und das ihr zugrundeliegende Kausalgeschäft beschränkt. Die schwebende Unwirksamkeit des Veräußerungsgeschäfts erstreckt sich nicht auf die im Zusammenhang mit der Belastung stehenden Verträge und umgekehrt. Eine solche Verknüpfung könnte nur über § 139 BGB hergeleitet werden, dessen Voraussetzungen hier jedoch nicht vorliegen.

bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts handelt es sich bei dem Risiko, dass der Eigentümer der Belastung des Erbbaurechts nicht zustimmt, auch nicht um das allgemeine, in die Sphäre des Käufers eines solchen Rechts fallende rein wirtschaftliche Wagnis, die Kaufpreisfinanzierung zustande zu bringen, zu dem der Notar keinen Rat zu erteilen hat. Vielmehr begründen gerade die rechtlichen Bedingungen, die für einen derartigen Erwerb gelten, die dargestellte Gefahr. Es ist in den Vorschriften des Erbbaurechts angelegt, dass die Zustimmungen zur Veräußerung und zur Belastung des Erbbaurechts auseinander fallen können. Zwar ist der Eigentümer in seiner Entscheidung nicht völlig frei (siehe § 7 ErbbauVO). Jedoch unterscheiden sich die Voraussetzungen, unter denen der Erbbauberechtigte die Zustimmung des Eigentümers zur Veräußerung verlangen kann (§ 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO), von denjenigen, unter denen eine Verpflichtung des Eigentümers zur Bewilligung der Belastung des Erbbaurechts (§ 7 Abs. 2 ErbbauVO) besteht. Die Zustimmung zur Veräußerung kann der Erbbauberechtigte insbesondere nur dann verlangen, wenn die Person des Erwerbers Gewähr für die Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Pflichten bietet. Für einen Anspruch, der Belastung des Rechts zuzustimmen, kommt es hingegen auf die Person des Erwerbers nicht an. Erforderlich ist vor allem, dass die Belastung mit den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft vereinbar ist (vgl. hierzu z. B. *Ingenstau/Hustedt*, Kommentar zum Erbbaurecht, 8. Aufl., § 7 Rdnr. 21 ff.; *MünchKommBGB/v. Oefele*, ErbbauVO, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 12; v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 3. Aufl., Rdnr. 4.234 ff., jeweils m. w. N.).

cc) Für die notarielle Pflicht zur Belehrung über die Möglichkeit der gespaltenen Eigentümerzustimmung zur Veräußerung und Belastung eines Erbbaurechts, die daraus folgenden Gefahren und die Möglichkeiten, ihnen entgegenzuwirken, spricht auch, wie die Revision mit Recht hervorhebt, dass eine der Vereinbarung von ungesicherten Vorleistungen vergleichbare Gefahrenlage besteht.

Soll ein Urkundsbeteiligter nach der rechtlichen Konstruktion des vorgesehenen Vertrags eine ungesicherte Vorleistung erbringen, die als solche nicht ohne weiteres erkennbar ist, obliegt dem Notar nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine doppelte Belehrungspflicht. Er hat zum einen über die Gefahren der Vorleistung zu belehren und zum anderen Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden können (z. B. BGH vom 12.2.2004, III ZR 77/03, MittBayNot 2004, 294 m. w. N.; BGH, Urteile vom 15.4.1999, IX ZR 93/98, DNotZ 2001, 473 und vom 27.10.1994, a. a. O.). Hiermit soll – vorbehaltlich einer bewusst abweichenden Entscheidung beider Vertragsparteien – verhindert werden, dass ein Vertragsteil seine Leistung ohne Sicherstellung der Gegenleistung der anderen Vertragspartei erbringen muss. Die in Vorleistung gehende Partei soll davor bewahrt werden, dass sich Störungen des Leistungsaustauschs allein zu ihren Lasten auswirken. Die notarielle Rechtsbelehrung dient damit der Sicherung des vereinbarten Synallagmas. Diese Situation ist mit der Übertragung eines unter den Zustimmungsvorbehalten des § 5 Abs. 1 und 2 ErbbauVO stehenden Erbbaurechts vergleichbar, da die Zustimmung des Eigentümers zur Veräußerung bei gleichzeitiger Weigerung, die Belastung zu bewilligen, zu einem Scheitern des vereinbarten Leistungsaustauschs unter einseitiger Belastung einer Vertragspartei führen kann.

Der Erwerber eines Erbbaurechts, der zur Finanzierung des Kaufpreises auf die Zustimmung des Eigentümers zur Belastung des Rechts angewiesen ist, ist im Vergleich mit einer Vertragspartei, die eine ungesicherte Vorleistung erbringen soll, sogar in gesteigertem Maße belehrungsbedürftig. In beiden Fallgestaltungen verwickelt sich das Risiko, dem durch die Belehrung entgegengewirkt werden soll, im Fall einer Leistungsstörung. Deren Eintritt wird durch die Vereinbarung einer ungesicherten Vorleistung aber regelmäßig nicht gefördert. Demgegenüber ist bei der zustimmungsbedürftigen Erbbaurechtsübertragung und -belastung aufgrund der Rechtslage das Risiko einer Leistungsstörung, die zu den von *Wolfsteiner* (a. a. O.) als katastrophal bezeichneten Folgen führt, aus den unter bb) genannten Gründen gerade immanent.

c) Der Beklagte ist seinen Rechtsbelehrungspflichten nicht nachgekommen. Der Streitfall weist auch keine Besonderheiten auf, die diese Pflichten entfallen ließen.

So ist es entgegen der Ansicht des Beklagten unbeachtlich, ob ihm bei der Beurkundung des Kaufvertrags nicht bekannt war, dass die Höhe des beabsichtigten Grundpfandrechts den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft (§ 7 Abs. 2 ErbbauVO) zu widersprechen drohte und deshalb die berechnete Verweigerung der Zustimmung der Eigentümer nahe lag. Es reicht aus, wenn der Notar, wie hier aufgrund der in § 7 Abs. 1 des Vertrags den Käufern eingeräumten Belastungsvollmacht, damit rechnen muss, dass der Erwerber zur Finanzierung des Kaufpreises das Erbbaurecht belasten möchte. Die Belehrungsbedürftigkeit der Parteien besteht auch in einem derartigen Fall schon deshalb, weil auch eine rechtlich zweifelhafte oder gar unberechtigte Versagung der Bewilligung regelmäßig zu einer Gefährdung des Vertragszwecks führt: der Vertragsvollzug wird erheblich verzögert, so dass sich zumindest die Zeitvorstellungen der Beteiligten kaum mehr verwirklichen lassen (*Wolfsteiner*, a. a. O., Rdnr. 56).

Die Belehrung war schließlich nicht unter dem Gesichtspunkt entbehrlich, dass die Gefahren der isolierten Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts bereits vermieden waren (vgl. *Ganter*, a. a. O., Rdnr. 1032, zur entsprechenden Problematik bei der ungesicherten Vorleistung). Weder lag die Einwilligung der Eigentümer zur Belastung bereits vor der Beurkundung vor noch war die Gefahr durch die Vertragsgestaltung gebannt.

2. Dem Beklagten fällt hinsichtlich seiner Amtspflichtverletzung Fahrlässigkeit zur Last. (*wird ausgeführt*)

14. BeurkG § 17 Abs. 1 und 2; BNotO § 19; ErbStDV § 13 Abs. 1 und 5 a. F. (*Belehrung des Notars über den Anfall von Schenkungsteuer*)

Der Notar hat bei der Beurkundung auf die Möglichkeit des Anfalls von Schenkungsteuer hinzuweisen. (Leitsatz der Schriftleitung)

Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 6.5.2004, 11 U 103/02

Aus den Gründen:

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten aus Notaramtspflichtverletzung in Anspruch. Der Sohn der Klägerin, der Zeuge Dieter H., schloss am 11.1.1994 mit seiner damaligen Ehefrau, der Zeugin Doris H., einen Ehescheidungsfolgenvergleich ab, aufgrund dessen sich die Zeugin u. a. verpflichtete, dem Zeugen das Grundstück S.-Straße 46 in F. zu Eigentum zu übertragen. Nachdem sich der Zeuge Dieter H. in der Folgezeit wirtschaftlich in Schwierigkeiten befand, wollte er einen sofortigen Übergang des Grundstücks in sein Eigentum zunächst vermeiden. Am 18.10.1996 beurkundete der Beklagte einen „Übergabevertrag mit Auflassung“, durch den die Zeugin Doris H. der Klägerin – ihrer Schwiegermutter – das Grundstück S.-Straße 46 in F. zu Eigentum übertrug.

Die Klägerin wurde als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Der Zeuge Dieter H., ihr Sohn, bewohnte das Grundstück weiter, wie er es auch schon zuvor getan hatte. Er trug alle insoweit anfallenden Kosten und Lasten. Mit notariellem Vertrag vom 10.3.2000 übertrug die Klägerin das Grundstück schließlich dem Zeugen Dieter H. zu Alleineigentum.

Am 19.10.2000 erließ das Finanzamt gegen die Klägerin einen Schenkungsteuerbescheid, in dem es den Vertrag vom 18.10.1996 als Schenkung wertete und die Schenkungsteuer in einer Höhe von 41.480 DM festsetzte.

Die Klägerin hat den Beklagten auf Ersatz dieses zwischenzeitlich bestandskräftig festgesetzten Schenkungsteuerbetrages zzgl. Steuerberatungskosten und bislang entstandener Säumniszuschläge und Steuerzinsen in Anspruch genommen. Sie hat dem Beklagten vorgeworfen, sie und ihren Sohn bei Abschluss des Vertrages vom 18.10.1996 falsch beraten zu haben. Er habe nämlich auf die ihm mehrfach gestellte Frage hin, ob durch die beabsichtigte Übertragung des Grundstücks auf sie, die Klägerin, keine Schenkungsteuer ausgelöst werde, wiederholt versichert, dass das nicht der Fall sei.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat – bis auf einen geringfügigen Teil der verlangten Zinsen – Erfolg. Die Klägerin hat einen Anspruch auf den begehrten Schadensersatz und auch auf die Feststellung aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO.

Der Beklagte hat seine Pflichten bei der Beurkundung des Vertrages vom 18.10.1996 schon nach seinem eigenen Vortrag, den sich die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausdrücklich hilfsweise zu Eigen gemacht hat, verletzt. Es ist allerdings im Grundsatz anerkannt, dass dem Notar im Rahmen der Belehrung und Beratung im Vorfeld einer Beurkundung gemäß § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG keine generelle Steuerberatungspflicht obliegt. Man kann den Notar im Allgemeinen auch nicht dafür haftbar machen, dass durch eine besondere Rechtsgestaltung eine günstigere steuerliche Konstellation möglich geworden wäre (OLG Schleswig, U. v. 23.1.2003, 11 U 59/01; OLG Frankfurt, DNotZ 1996, 589, 590; *Rinsche*, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, 6. Aufl. 1998, Rdnr. II 91 ff.).

Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte auf die Möglichkeit des Anfalls von Schenkungsteuer aber nach § 13 Abs. 1 und 5 Erbschaftsteuer-Durchführungsverordnung (in der im Beurkundungszeitpunkt und bis zum 31.7.1998 geltenden Fassung) hinzuweisen. Nach dieser Norm muss der Notar bei der Beurkundung von Schenkungen die Beteiligten auf die mögliche Steuerpflicht aufmerksam machen (vgl. auch OLG Schleswig, U. v. 31.10.2002, 11 U 70/01 S. 3). Der Beklagte ist selbst von einer Schenkung ausgegangen, denn er hat die Urkunde dem Finanzamt (nach § 13 Abs. 2 der genannten Norm) vorgelegt. Gegen die Hinweispflicht hat der Beklagte bereits nach seinem eigenen Vortrag verstoßen, denn er führt aus, über steuerrechtliche Gesichtspunkte sei zu keinem Zeitpunkt gesprochen worden. Der Hinweis auf den möglichen Anfall einer Schenkungsteuer war hier aber schon nach der genannten Norm und davon unabhängig auch nach der dem Beklagten ohne weiteres erkennbaren Interessenlage der Beteiligten, die nämlich – wie die Aussage beider Zeugen ergeben hat – Kosten vermeiden wollten, unumgänglich.

(...)

Angesichts der aufgezeigten Pflichtverletzung, die sich bereits aus dem Vortrag des Beklagten selbst – den sich die Klägerin hilfsweise zu Eigen macht – ergibt, kommt es nicht mehr darauf an, ob der Beklagte im Vorfeld der Beurkundung jedenfalls gegenüber dem Sohn der Klägerin und bei der Beurkundungsverhandlung auch gegenüber der Klägerin und beiden Zeugen ausdrücklich geäußert hat, Schenkungsteuer würde nicht anfallen. (...) Übernimmt der Notar tatsächlich die steuerrechtliche Beratung, dann muss sie zutreffend sein (vgl. OLG Schleswig, U. v. 23.1.2003, 11 U 59/01; *Rinsche*, a. a. O., Rdnr. II 94). Im vorliegenden Fall war die Auskunft des Beklagten, bei der geplanten Übertragung des Grundstücks würde keine Schenkungsteuer anfallen, aber sachlich nicht zutreffend und deshalb pflichtwidrig.

Allerdings stellt der Grundstückserwerb durch den früheren Ehegatten des Veräußerers im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung – insbesondere im Rahmen des Zugewinnausgleichs – keine Schenkung dar und ist deshalb von der Besteuerung ausgenommen (vgl. *Kapp/Ebeling*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Stand Juli 2003, § 7 Rdnr. 22, 22.1). Dieser Fall lag hier aber nicht vor. Zwar war das Grundstück fast drei Jahre zuvor Gegenstand von Abmachungen im Rahmen eines Ehescheidungsfolgenvergleiches zwischen den beiden Zeugen. Die frühere Ehefrau hat das Grundstück aber ausdrücklich auf die Klägerin und mithin auf ihre frühere Schwiegermutter übertragen. In dem Vertrag ist auch keine Verpflichtung der Klägerin aufgenommen, dieses Grundstück weiter auf ihren Sohn zu übertragen. Eine solche rechtlich bindende Verpflichtung können die Parteien gerade nicht gewollt haben, denn sie wollten das Grundstück in Kenntnis des Beklagten dem eventuellen Zugriff von Gläubigern des Sohnes entziehen.

Es lag auch keine sog. „ausgehöhlte“ Schenkung vor, so dass deshalb ausnahmsweise Schenkungsteuer nicht zu entrichten wäre. Zu Unrecht meint der Beklagte, hier scheidet eine steuerpflichtige Schenkung wegen des Umstandes aus, dass die Klägerin dingliche Belastungen in Höhe von 372.000 DM übernommen habe. Grundpfandschulden werden nämlich als aufschiebend bedingte Lasten i. S. von § 6 Abs. 1 BewG eingeordnet. Sie vermindern den Wert der Schenkung in steuerrechtlicher Hinsicht deshalb nicht. Anders ist es nur, wenn zugleich auch die zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verpflichtungen von dem Beschenkten übernommen werden (vgl. *Kapp/Ebeling*, a. a. O., § 7 Rdnr. 80.19 Beispiel 6 und SG Münster, U. v. 28.1.1999, 3 K 21120/97 Erb), was hier nach den vertraglichen Regelungen aber gerade nicht der Fall war. Solange der Beschenkte aus den Grundpfandrechten tatsächlich nicht in Anspruch genommen wird und die zugrunde liegenden Schulden weiterhin von dem Schenker bedient werden, ist die Schenkung wirtschaftlich nicht belastet. Sollte der Schenker später in Anspruch genommen werden, gelten die §§ 6 Abs. 2, 5 Abs. 2 BewG. Dann ist auf Antrag der tatsächliche Wert des Erwerbs zu berichtigen und der Steuerbescheid entsprechend zu ändern. Es gibt keinen Anhalt, dass die Klägerin aus den Grundpfandrechten in Anspruch genommen worden ist.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht der Klägerin eine anderweitige Ersatzmöglichkeit i. S. v. § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO nicht zur Verfügung.

(Wird ausgeführt.)

Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung fügt sich ein in die Reihe ober- und höchstrichterlicher Entscheidungen über die Haftung des Notars für steuerliche Folgen eines beurkundeten Rechtsgeschäfts. Sie bedarf bereits deshalb einer kritischen Betrachtung, um aus notarieller Sicht Haftungsgefahren zu vermeiden.

Das OLG Schleswig-Holstein hat einen Notar verurteilt, Schadensersatz aus Amtspflichtverletzung gegenüber einem Urkundsbeteiligten zu zahlen, weil er unter Verstoß gegen die gesetzlich in § 13 Abs. 5 i. V. m. Abs. 1 ErbStDV in der bis zum 31.7.1998 geltenden Fassung (nunmehr § 8 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 Satz 6 ErbStDV) angeordnete Hinweispflicht die Beteiligten nicht über einen möglichen Anfall an Schenkungsteuer belehrt hatte. Im Ergebnis mag diese Entscheidung zwar richtig sein, jedoch – wie nachfolgend gezeigt wird – nicht mit der vorstehenden Begründung.

Dies wird deutlich, wenn man die Belehrungspflichten des Notars über steuerrechtliche Folgen eines Rechtsgeschäfts einer genaueren Betrachtung unterwirft.

1. Allgemeine Belehrungspflicht

Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG soll der Notar die Beteiligten u. a. über die rechtliche Tragweite ihrer Erklärungen belehren. Von dieser Verpflichtung werden jedoch nach ständiger Rechtsprechung des BGH die steuerlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts jedenfalls vom Grundsatz her nicht erfasst.¹ Ausnahmsweise besteht eine Belehrungspflicht zum einen dann, wenn das Rechtsgeschäft Steuerfragen unmittel-

bar² berührt, etwa in den Fällen des § 25 HGB und der §§ 75 ff. AO für die Haftung für Steuerverbindlichkeiten³, zum anderen, wenn der Notar nach den besonderen Umständen des Einzelfalls Anlass zu der Vermutung haben muss, einem Beteiligten drohe ein Schaden vor allem deswegen, weil er sich infolge mangelnder Kenntnis der Rechtslage der Gefahr – hier von wirtschaftlichen und steuerrechtlichen Nachteilen – nicht bewusst ist.⁴ Eine Haftung setzt in diesen Fällen aber voraus, dass dem Notar gegenüber zum Ausdruck gebracht wird, dass der Beteiligte die Steuerfolgen nicht duldet und der beurkundende Notar positive Kenntnis von den Steuerfolgen hat. Letztere wird jedoch nach ständiger Rechtsprechung von einem Notar in der Regel nicht erwartet.⁵

Aus diesem Grunde muss er über steuerliche Folgen nicht belehren, selbst wenn dies ein Beteiligter von ihm wünscht.

Sofern der Notar jedoch, obwohl er nach den vorstehend erläuterten Grundsätzen und einer spezialgesetzlichen Hinweispflicht dazu nicht verpflichtet ist, eine steuerliche Auskunft gibt, ist er nach ständiger Rechtsprechung verpflichtet, dies gewissenhaft und sorgfältig zu tun.⁶ Gleiches gilt, wenn der Notar eine steuerliche Beratung bzw. eine steuerliche Gestaltung selbst vornimmt. In diesen Fällen gründet sich die Amtspflichtverletzung jedoch auf § 24 Abs. 1 BNotO.

2. Spezialgesetzliche Hinweis- und Belehrungspflicht, insbesondere § 8 Abs. 5 i. V. m. Abs. 1 Satz 6 ErbStDV

Neben § 19 BeurkG, der die Hinweispflicht auf die Unbedenklichkeitsbescheinigung enthält, normiert § 8 Abs. 5 i. V. m. Abs. 1 Satz 6 ErbStDV für den Notar bei der Beurkundung von Schenkungen und Zweckzuwendungen eine spezialgesetzliche Hinweispflicht über die mögliche Steuerpflicht für die Beteiligten.

§ 8 Abs. 1 Satz 6 ErbStDV ist ohne inhaltliche Änderung im Rahmen der Neubekanntmachung der Erbschaftsteuer-Durchführungsverordnung in der Fassung vom 8.9.1998⁷ an die Stelle des bisherigen § 13 Abs. 1 ErbStDV getreten, so dass die Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein für die Nachfolgevorschrift gleichermaßen Bedeutung hat.

Soweit das OLG Schleswig-Holstein die Verurteilung des Notars gerade auf diese spezialgesetzliche Hinweispflicht stützt, erfolgt dies zu Unrecht, jedenfalls tragen die Urteilsgründe nicht die Haftung des Notars wegen Verletzung des § 13 Abs. 1 ErbStDV a. F. bzw. § 8 Abs. 1 Satz 6 ErbStDV n. F.

a) Pflichtenumfang des Notars

Es entspricht zunächst schon bisher allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum, dass § 8 ErbStDV als Aus-

¹ Vgl. BGH DNotZ 1985, 635; DNotZ 1992, 813; DNotZ 1996, 116; *Ganter* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1088 m. w. N.

² Das Kriterium der Unmittelbarkeit wird insbesondere zur Abgrenzung der steuerlichen Belehrungspflichten herangezogen. Unklar ist indes, ob es sich bei den steuerlichen Folgen um unmittelbare oder mittelbare handelt, vgl. *Ganter*, a.a.O. und *ders.*, DNotZ 1998, 851, 857.

³ Vgl. *Ganter*, DNotZ 1998, 851, 857. Richtigerweise wird man in diesen Fällen jedoch sagen müssen, dass es hier weniger um die spezifischen Steuerfolgen eines Rechtsgeschäfts selbst geht, als um Haftungsfragen für Verbindlichkeiten, die neben anderen Verbindlichkeiten steuerrechtlicher Natur sind.

⁴ BGH, DNotZ 1992, 813, 815 m. w. N.

⁵ BGH, DNotZ 1992, 813, 817; *Ganter* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1088.

⁶ *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 17 Rdnr. 267 mit Rechtsprechungsnachweisen.

⁷ BGBl. I S. 2658.

nahnevorschrift nicht auf andere Steuern ausgedehnt werden kann.⁸

Die Hinweispflicht erstreckt sich daher allein auf die Schenkungsteuer und hier wiederum nur auf die Möglichkeit, dass – und nicht in welcher Höhe – eine solche entstehen kann. Der Notar ist demgemäß auch nicht verpflichtet, eine günstigere Gestaltung aufzuzeigen.⁹

Wie der Notar seiner Hinweispflicht nachzukommen hat, dazu trifft § 8 ErbStDV keine Aussage. Unproblematisch ist dabei zunächst der Fall, dass der Notar seinen Hinweis ausdrücklich und während der Beurkundungsverhandlung gibt und diesen – idealerweise – in der Niederschrift dokumentiert. Jedenfalls ausreichend ist es aber auch, und davon geht auch das OLG Schleswig-Holstein in seiner Urteilsbegründung aus, wenn der Notar schon im Vorfeld der Beurkundung den Beteiligten Gelegenheit gibt, etwa durch Übersendung der Entwürfe, steuerlichen Rat einzuholen. Verbindet er die Übersendung der Entwürfe entweder in einem Begleitschreiben oder in dem Entwurf selbst mit dem Hinweis, dass der Notar eine steuerliche Prüfung nicht übernommen hat und rät er, vor der Beurkundung steuerlichen Rat einzuholen, hat er den Beteiligten die Möglichkeit steuerlicher Folgen vor Augen geführt. Von diesem Hinweis sind auch die schenkungsteuerlichen Folgen umfasst. Mehr wird von der Ratio des § 8 Abs. 1 Satz 6 ErbStDV nicht gefordert.

Ein Hinweis auf die Schenkungsteuer kann ganz unterbleiben, sofern die Beteiligten nicht mehr belehrungsbedürftig sind und deshalb die Pflichtverletzung des Notars entfällt bzw. nicht mehr kausal für einen Steuerschaden sein kann. Dies ist zunächst dann der Fall, wenn die Beteiligten bereits steuerlichen Rat eingeholt haben,¹⁰ muss jedoch auch dann gelten, wenn der Notar z. B. aufgrund des ausgeübten Berufs davon ausgehen kann, dass ein Beteiligter über eigene Sachkunde verfügt.

Entgegen der Ansicht des OLG Schleswig-Holstein liegt ein weiterer Fall der fehlenden Belehrungsbedürftigkeit gemäß § 8 Abs. 1 Satz 6 ErbStDV dann vor, wenn die Beteiligten vom Notar schenkungsteuerlichen Rat erfragen. Denn in diesen Fällen ist den Beteiligten schon selbst bewusst, dass die Möglichkeit – und nur darauf kommt es an – einer Schenkungsteuerpflicht besteht. Hält der Notar wie im entschiedenen Fall die Beteiligten davon ab, steuerlichen Rat einzuholen, weil er sie falsch belehrt, ist dies, wie vorstehend gezeigt, nicht ein Fall der Verstoßes gegen die spezialgesetzliche Hinweispflicht des § 13 ErbStDV a. F. bzw. § 8 ErbStDV, sondern ein Fall der Amtshaftung wegen Verstoßes gegen § 17 BeurkG.

Diese für den Pflichtenumfang des Notars im Rahmen seiner Hinweispflicht bedeutsame dogmatische Differenzierung hat das OLG Schleswig-Holstein in seiner Urteilsbegründung nicht vorgenommen. Es deutet sie an, wenn es ausführt, dass es für eine Verurteilung wegen Verstoßes gegen § 13 ErbStDV a. F. nicht mehr darauf ankommt, ob der beklagte Notar geäußert hat, es würde keine Schenkungsteuer entstehen, da er jedenfalls dafür hafte, wenn er eine falsche Auskunft gebe. Diese Argumentation macht nur dann Sinn, wenn das Gericht

selbst davon ausgeht, dass eine solche Äußerung in der Tat die Pflichtverletzung im Rahmen des § 13 ErbStDV a. F. entfallen ließe.

b) Zeitpunkt des Hinweises

Hinweise des Notars haben grundsätzlich bei der Beurkundung zu erfolgen.¹¹ Dieser für die allgemeine Belehrungs- und Hinweispflicht geltende Grundsatz bedarf im Hinblick auf die schenkungsteuerliche Hinweispflicht einer Modifizierung. Denn oftmals sind diese Steuerfragen für die Beteiligten nicht ad hoc in der Beurkundungsverhandlung zu klären, sondern bedürfen eines erheblichen Aufwands im Hinblick auf die Ermittlung der maßgeblichen Werte und die Berechnung der Steuer. Hierfür ist es zweckmäßig, wenn nicht in manchen Fällen sogar erforderlich, dass diese Fragen von den Beteiligten im Vorfeld der Beurkundung geklärt werden können. Der Notar kann dies durch die Übersendung eines Entwurfs mit dem entsprechenden Hinweis an alle Beteiligten erreichen.

c) Schutzzweck des § 8 Abs. 1 S.6 ErbStDV bzw. § 13 Abs. 1 ErbStDV a. F.

Um eine Haftung des Notars gegenüber den Beteiligten wegen Verstoßes gegen die Hinweispflicht der § 8 Abs. 1 Satz 6 ErbStDV bzw. § 13 Abs. 1 ErbStDV a. F. zu begründen, müssten diese vom persönlichen Schutzbereich dieser Norm umfasst sein. Dies legt der Wortlaut dieser Vorschrift zwar nahe, ist jedoch im Hinblick auf die Ermächtigungsnorm nicht unzweifelhaft.

Gemäß § 36 Abs.1 Ziffer 1 lit. e) ErbStG ist die Bundesregierung ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrats u. a. den Notaren Anzeige-, Mitteilungs- und Übersendungspflichten im Rahmen der Durchführung des ErbStG, zur Wahrung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, zur Beseitigung von Unbilligkeiten in Härtefällen und zur Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens aufzuerlegen. § 36 ErbStG ist gleichermaßen Ermächtigungsgrundlage für § 13 ErbStDV in seiner bis 31.7.1998 geltenden Fassung und § 8 ErbStDV in der ab 1.8.1998 geltenden Fassung. Eine Hinweispflicht, wie in § 8 Abs. 1 Satz 6 ErbStDV angeordnet, ist in der Ermächtigungsgrundlage nicht enthalten.¹² *Schuck*¹³ erachtet § 8 ErbStDV sogar für „verfassungswidrig“¹⁴, weil in dieser Bestimmung Mitteilungspflichten über Tatsachen normiert sind, die für das Besteuerungsverfahren nicht relevant sind, so z. B. die Mitteilung der Notargebühren des beurkundeten Rechtsgeschäfts. Da in der Ermächtigungsgrundlage auch keine entsprechende Ermächtigung enthalten ist, könnte dies nahe legen, dass auch die angeordnete Hinweispflicht wegen fehlender Ermächtigungsgrundlage als nichtig anzusehen ist. Will man diese Folgerung nicht ziehen, kann die Hinweispflicht gegenüber den Beteiligten geltungserhaltend nur dahingehend ausgelegt werden, dass sie als Annex zu den in § 36 Abs. 1 ErbStG bezeichneten Ermächtigungsfällen angeordnet ist. Soweit der Notar als verpflichtete Person in der Ermächtigungsgrundlage bezeichnet ist, kommt jedoch nur ein Annex zur Anzeige-, Mitteilungs- und Übersendungspflicht gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 1 e) ErbStG in Betracht. Diese Ermächtigungsgrundlage hat jedoch nur fiskalische Zwecke, da Adressat der dort be-

⁸ BGH WM 1979, 202, 203; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 17 Rdnr. 265 m. w. N.

⁹ OLG Oldenburg, MittBayNot 2000, 56.

¹⁰ So das OLG Schleswig-Holstein in der besprochenen Entscheidung.

¹¹ Vgl. *Ganter* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 1 Rdnr. 1381 f.

¹² *Meincke*, ErbStG, 14. Aufl., § 36 Rdnr. 1.

¹³ ZEV 1999, 99 und *ders.* in Viskorf/Glier/Hübner u. a., Kommentar zum Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 2. Aufl., § 34 ErbStG, Rdnr. 9.

¹⁴ Richtig muss es wohl „nichtig“ heißen.

zeichneten Pflichten ausschließlich das Finanzamt ist. Soweit in § 8 Abs. 1 Satz 6 ErbStDV der Hinweis gegenüber den Beteiligten zu erfolgen hat, kann diese auf Basis der Ermächtigungsgrundlage nur so ausgelegt werden, dass damit die Beteiligten auf die Möglichkeit des Bestehens von Erklärungspflichten gegenüber dem Finanzamt hingewiesen werden sollen.

Für § 8 Abs. 1 Satz 6 ErbStDV folgt daraus, dass nicht die Beteiligten, sondern die Finanzverwaltung vom persönlichen Schutzbereich umfasst sind. Haftungsansprüche der Beteiligten gegenüber dem Notar können durch diese Norm jedenfalls nicht begründet werden.

Notar *Jochen Stelzer*, Hengersberg

Steuerrecht

15. EStG §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16, 34; UmwStG 1977 § 24, BGB § 718 Abs. 1 (*Einbringung eines Einzelunternehmens in KG gegen Verzicht auf private Verbindlichkeit*)

Bringt der Erbe sein Einzelunternehmen zu Buchwerten in eine neu gegründete GmbH & Co. KG ein, an der die Kinder zur Abgeltung ihrer Pflichtteilsansprüche wertmäßig über ihre Einlage hinaus am KG-Vermögen beteiligt werden, liegt ein entgeltliches Rechtsgeschäft vor, das zu einem laufenden Gewinn führt.

BFH, Urteil vom 16.12.2004, III R 38/00

Der Kläger ist aufgrund Erbvertrags vom 27.6.1981 Alleinerbe seiner am 7.11.1989 verstorbenen Ehefrau. Die beiden gemeinsamen Kinder waren als Erben des überlebenden Ehegatten zu gleichen Teilen eingesetzt. Die verstorbene Ehefrau war Komplementärin, der Kläger war Kommanditist der A-KG (KG). Der feste Kapitalanteil des Klägers betrug 50.000 DM, der seiner Ehefrau 800.000 DM.

Nach § 19 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags vom 27.11.1984 wurde die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst, sondern zwischen den verbleibenden Gesellschaftern und den Erben des Verstorbenen fortgesetzt. Für den Fall des Todes der persönlich haftenden Gesellschafterin war in § 19 Abs. 2 bestimmt, dass der Kläger persönlich haftender Gesellschafter wird, sofern er nicht die Rechtsstellung als Kommanditist beibehalten will und ein anderer Gesellschafter oder ein zum Erwerb einer Beteiligung zugelassener Dritter zur Übernahme der persönlichen Haftung bereit ist.

Seit 1985 bestand zwischen der KG und der B GmbH (Betriebsgesellschaft) eine Betriebsaufspaltung. Zum Betriebsvermögen der KG gehörte neben den Anteilen an der GmbH das Betriebsgrundstück.

Nach dem Tod der Mutter machten die Kinder ihre Pflichtteilsansprüche geltend. Der Kläger und seine beiden Kinder hielten am 29.3.1990 privatschriftlich fest, dass der Kläger als alleiniger Erbe die Pflichtteilsansprüche der Kinder an Erfüllungs Statt durch Abtretung je eines Mitunternehmer-Teilanteils von $\frac{1}{3}$ (100.000 DM) des von den Beteiligten als fortbestehend angenommenen Gesellschaftsanteils der Erblasserin an der KG tilge. Wirtschaftlich sollten die Pflichtteilsansprüche auf den Todestag der Erblasserin (7.11.1989) erfüllt werden.

Die Abtretung der vermeintlichen Mitunternehmer-Teilanteile sollte dadurch vollzogen werden, dass der Kläger aus dem übernommenen Kapitalanteil der Erblasserin den beiden Kindern einen Betrag von je 100.000 DM zahlt, die „ihrerseits mit unverzüglicher Einzahlung dieses Betrages als Kommanditisten in die KG eintreten“. Persönlich haftende Gesellschafterin sollte die neu zu gründende C Beteiligungs-GmbH werden. Mit der Abtretung an Erfüllungs Statt erklärten die Kinder ihre Pflichtteilsansprüche für befriedigt.

Am 4.4.1990 schlossen der Kläger und seine beiden Kinder unter Mitwirkung eines Wirtschaftsprüfers einen Kommanditgesellschaftsvertrag. In der Präambel des Vertrags wird dargelegt, die Kinder hät-

ten zur Abgeltung ihres Pflichtteilsanspruchs an Erfüllungs Statt mit Wirkung zum 7.11.1989 je 12,5 % des Festkapitals der verstorbenen Mutter von 800.000 DM (je 100.000 DM) erhalten. Am 4.4.1990 sei die C Beteiligungs-GmbH gegründet worden, die alleinige persönlich haftende Gesellschafterin ohne vermögensmäßige Beteiligung werde. Nach dem Kommanditgesellschaftsvertrag sind an dem Gesellschaftskapital der D GmbH & Co. KG als Kommanditisten der Kläger mit einer Einlage von 650.000 DM und die beiden Kinder mit einer Einlage von je 100.000 DM beteiligt.

Da die Beteiligten davon ausgingen, die KG habe nach dem Tod der Komplementärin fortbestanden und die Kinder hätten rückwirkend auf den Todestag je $\frac{1}{3}$ des Komplementäranteils erhalten, wurde für die GmbH & Co. KG keine Einbringungs- und Eröffnungsbilanz erstellt. In der Bilanz auf den 31.12.1989 war das Eigenkapital von 850.000 DM aufgeteilt auf den Kläger mit 650.000 DM und die beiden Kinder mit je 100.000 DM. Auf den Verrechnungskonten wurde den Kindern der anteilige Gewinn im Zeitraum 7. November bis 31.12.1989 zugerechnet.

Das beklagte Finanzamt (FA) vertrat im Verfahren wegen Gewinnfeststellung der KG für 1989 die Auffassung, die Übertragung der Kommanditanteile sei ein entgeltlicher Vorgang. In Höhe der Differenz zwischen den Pflichtteilsansprüchen und den Buchwerten der übertragenen Anteile am Betriebsvermögen sei für den Kläger ein im Jahr 1989 zu berücksichtigender Veräußerungsgewinn in Höhe von 770.614 DM entstanden. Auf den Einspruch des Klägers, der nunmehr der Auffassung war, die Kommanditanteile seien den Kindern erst ab dem Übertragungsvertrag vom 29.3.1990 zuzurechnen, änderte das FA den Feststellungsbescheid für 1989 und setzte keinen Veräußerungsgewinn an. Die Einkünfte aus dem Unternehmen für den Zeitraum 8.11.1989 bis 3.4.1990 rechnete das FA allein dem Kläger als Einzelunternehmer zu, weil die KG durch den Tod der Komplementärin in ein Einzelunternehmen umgewandelt worden sei.

In der Erklärung zur einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung 1990 ging die GmbH & Co. KG von einem Veräußerungsgewinn des Klägers in der vom FA ermittelten Höhe von 770.614 DM aus und fügte Ergänzungsbilanzen für die Kinder bei, in denen entsprechende Mehrwerte ausgewiesen waren. Das FA errechnete nunmehr einen wesentlich höheren Veräußerungsgewinn, weil bei Aufdeckung der stillen Reserven auch der Firmenwert der KG zu berücksichtigen sei.

Nachdem das Finanzgericht auf Antrag der GmbH & Co. KG die Vollziehung des Feststellungsbescheids 1990 ausgesetzt hatte, weil ein etwaiger Veräußerungsgewinn nicht bei der Feststellung des Gewinns für die Mitunternehmerschaft zu erfassen sei, änderte das FA den Bescheid über die einheitliche und gesonderte Gewinnfeststellung 1990 für die GmbH & Co. KG entsprechend.

Das FA ging nunmehr davon aus, durch die Einräumung der Mitunternehmeranteile an der GmbH & Co. KG gegen Verzicht auf die Pflichtteilsansprüche sei, da nicht alle stillen Reserven aufgedeckt worden seien, ein nicht tarifbegünstigter Gewinn in dem Einzelunternehmen des Klägers entstanden. Diesen Gewinn ermittelte es im geänderten Einkommensteuerbescheid 1990 vom 9.4.1996 – nach einer Außenprüfung – mit 1.266.300 DM (2 x 633.150 DM) und setzte die Einkommensteuer auf 3.397.133 DM fest. Den Einspruch des Klägers wies das FA als unbegründet zurück.

Das Verfahren über den Einspruch gegen den Gewinnfeststellungsbescheid 1990 der GmbH & Co. KG ruht bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Einkommensteuerbescheid 1990. (...)

Gründe:

II.

Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

Zutreffend hat das FG den KG-Vertrag vom 29.3.1990 als Neugründung einer GmbH & Co. KG beurteilt, in die der Kläger ein Einzelunternehmen eingebracht und an der er seine Kinder beteiligt hat. Dieser Vorgang kann aber nicht – wie das FG meint – insgesamt nach § 24 Abs. 2 UmwStG 1977 erfolgsneutral behandelt werden, weil eine zur Gewinnrealisie-

zung führende Aufnahme von Gesellschaftern gegen „Zuzahlung“ vorliegt.

1. Entgegen der Annahme der Beteiligten bei Abschluss der Vereinbarung am 29.3.1990 hat die KG nach dem Tode der Ehefrau nicht fortbestanden, so dass der Kläger den Kindern von dem Gesellschaftsanteil ihrer verstorbenen Mutter keine Anteile abtreten konnte.

Nach dem Gesellschaftsvertrag sollte die KG zwar durch den Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst, sondern zwischen den verbleibenden Gesellschaftern und den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden. Stirbt einer der Gesellschafter einer Zweipersonengesellschaft und wird von dem anderen allein beerbt, wird der verbleibende Gesellschafter Alleininhaber des Unternehmens. Das Gesellschaftsvermögen geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf ihn über (BGHZ 113, 132 m. w. N.; *Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Aufl., § 131 Rdnr. 35). Mit dem Tod des Gesellschafters ist die Gesellschaft zivilrechtlich und steuerrechtlich vollbeendet (vgl. z. B. BFH, BStBl III 1965, 422, unter 2.; BStBl II 1978, 503; *Söhn* in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 180 AO Rdnr. 222). Rechtlich hat der Kläger daher das Unternehmen der ursprünglichen KG als Einzelunternehmen fortgeführt.

Bei dem Kommanditgesellschaftsvertrag vom 4.4.1990 handelt es sich deshalb um die Neugründung einer GmbH & Co. KG, in welche der Kläger sein Einzelunternehmen eingebracht und an der er seine Kinder beteiligt hat.

2. Die Einbringung eines Einzelunternehmens in eine Personengesellschaft kann nach Vorschriften des UmwStG 1977 nur erfolgsneutral gestaltet werden, soweit der Einbringende durch die Einbringung die Rechtsstellung eines Gesellschafters und Mitunternehmers der neu entstandenen Personengesellschaft erlangt, nicht dagegen, soweit er von aufgenommenen Gesellschaftern eine „Zuzahlung“ in das Privatvermögen erhält.

a) Nach § 24 Abs. 2 UmwStG 1977 darf bei der Einbringung eines Betriebes, Teilbetriebes oder Mitunternehmeranteils in eine Personengesellschaft in der Weise, dass der Einbringende Mitunternehmer der Personengesellschaft wird, die Personengesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen mit seinem Buchwert oder mit einem höheren Wert, höchstens mit dem Teilwert, ansetzen; der Wert, mit dem das eingebrachte Betriebsvermögen in der Bilanz der Personengesellschaft einschließlich der Ergänzungsbilanzen für ihre Gesellschafter angesetzt wird, gilt für den Einbringenden als Veräußerungspreis (§ 24 Abs. 3 UmwStG 1977). Ein Einbringungsgewinn entsteht nur, wenn und soweit in der Bilanz der Personengesellschaft einschließlich der Ergänzungsbilanzen der Gesellschafter in Ausübung des Wahlrechtes für die Wirtschaftsgüter des eingebrachten Betriebes höhere Werte als die bisherigen Buchwerte angesetzt werden. Ein vergleichbares Wahlrecht besteht hingegen nicht, wenn ein Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil gegen Geld oder andere Wirtschaftsgüter veräußert wird. Im Veräußerungsfall entsteht ein zu versteuernder Gewinn, der ggf. nach §§ 16, 34 EStG begünstigt ist. Der Besteuerung im Veräußerungsfalle liegt die Erwägung zugrunde, dass damit das bisherige unternehmerische Engagement beendet und das vorhandene Betriebsvermögen veräußert wird. Der dabei entstehende Gewinn ist im Zeitpunkt seiner Entstehung zu versteuern (BFH, BStBl II 1995, 599 m. w. N.).

b) Die Tatbestände der Veräußerung und der Einbringung von Betriebsvermögen können miteinander verbunden werden. Wird das Einzelunternehmen in die Personengesellschaft

eingebraucht und erhält der Einbringende neben Gesellschaftsrechten von den aufgenommenen Gesellschaftern eine Zuzahlung in das Privatvermögen, liegt ein von der Einbringung gemäß § 24 UmwStG 1977 getrennt zu beurteilender Veräußerungsvorgang vor (BFH, BStBl II 1995, 599; BFH/NV 2001, 151; *Geissler* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 16 EStG Anm. 105; BMF-Schreiben vom 21.8.2001, BStBl I 2001, 543, Rdnr. 24.09). Die Zuzahlung, die der bisherige Einzelunternehmer von dem aufgenommenen Gesellschafter erhält, kann deshalb nicht den Rechtsfolgen des § 24 UmwStG 1977 unterworfen werden, weil insoweit ein Veräußerungsgewinn erzielt wird, der nach allgemeinen Grundsätzen im Zeitpunkt seiner Realisierung zu versteuern ist. § 24 UmwStG 1977 enthält keine hiervon abweichende Regelung hinsichtlich der liquiden Mittel, die der Einbringende mit der Zuzahlung erhält.

Die Anwendung der Einbringungsvorschriften auf die Zuzahlung ist insbesondere deshalb nicht möglich, weil das nach § 24 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 UmwStG 1977 bestehende Wahlrecht der gewinnneutralen Einbringung unter Fortführung der Buchwerte bei einer Barzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden als Gegenleistung nach dem Sinn und Zweck des § 24 UmwStG 1977 nicht gerechtfertigt werden kann. Denn diese Vorschrift ermöglicht nur deshalb eine gewinnneutrale Einbringung, weil die stillen Reserven über die gewährten Gesellschaftsrechte weiterhin demselben Steuersubjekt zugeordnet bleiben. Der Tatbestand der Einbringung von Betriebsvermögen gegen die Gewährung von Gesellschaftsrechten ist demnach nur insoweit erfüllt, als der Einbringende durch die Einbringung die Rechtsstellung eines Gesellschafters und Mitunternehmers der neu entstandenen Personengesellschaft erlangt (BFH, BStBl II 1995, 599 m. w. N.; BStBl II 2000, 123 m. w. N. = MittBayNot 2000, 137).

c) Eine Zuzahlung in das Privatvermögen des einbringenden Gesellschafters ist auch anzunehmen, wenn der eintretende Gesellschafter private Verbindlichkeiten des Einbringenden übernimmt; denn dadurch wird ebenfalls eine Leistung in das Privatvermögen des Einbringenden bewirkt. Dieser Vorgang kann nicht anders gewertet werden als eine direkte Zuzahlung, die der Einbringende zur Tilgung einer privaten Verbindlichkeit einsetzt (BFH, BStBl II 1995, 599, m. w. N.). Gleiches gilt, wenn der eintretende Gesellschafter auf eine private Forderung gegen den bisherigen Einzelunternehmer verzichtet.

d) Der Gewinn, der durch eine Zuzahlung in das Privatvermögen des Einbringenden entsteht, kann nach ständiger Rechtsprechung des BFH auch nicht durch Erstellung einer negativen Ergänzungsbilanz vermieden werden (BFH, BStBl II 1995, 599 m. w. N.; MittBayNot 2000, 137 m. w. N.). Darüber hinaus kommt eine Ergänzungsbilanz zur Neutralisierung des Veräußerungsgewinns auch deshalb nicht in Betracht, weil es sich bei der Entstehung des Veräußerungsgewinns nicht um einen in die Mitunternehmerschaft fallenden Vorgang handelt [(s. nachfolgend unter e)].

e) Ob und in welcher Höhe durch die Einbringung des Unternehmens und die Beteiligung der Gesellschafter ein Veräußerungsgewinn entstanden ist, ist nicht bei der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung der Personengesellschaft, in die das Einzelunternehmen eingebracht wird, zu entscheiden, sondern bei der Einkommensteuerveranlagung des Einbringenden.

Nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 a AO werden einkommensteuerpflichtige Einkünfte und mit ihnen in Zusammenhang stehende andere Besteuerungsgrundlagen nur einheitlich und gesondert festgestellt, wenn an den Einkünften mehrere Per-

sonen beteiligt und die Einkünfte diesen Personen steuerlich zuzurechnen sind. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, wenn die Einbringung und der Vermögenszugang bei den aufgenommenen Gesellschaftern als zeitgleicher Vorgang beurteilt wird (so z. B. BFH, BStBl II 1982, 622; BStBl II 1995, 599). Denn der Gewinn entsteht dann mit der Einbringung und der Aufnahme der Gesellschafter in der Person des Einbringenden. Die Zuzahlung oder der Verzicht auf eine private Forderung ist kein Geschäftsvorfall, der bei der Gewinnermittlung der aufnehmenden Gesellschaft zu erfassen ist (BFH, BStBl II 1984, 233; BStBl II 1984, 518, unter 3.).

Aber auch wenn man der neueren Auffassung des IV. Senats des BFH (BStBl II 2001, 178 = MittBayNot 2001, 235, unter Berufung auf *Offerhaus* in FS Widmann, 2000, S. 441, 446 ff.) folgt, nach der die Einbringung des Unternehmens der kapitalmäßigen Beteiligung der Gesellschafter vorausgeht, wenn auch nur um eine „juristische“ Sekunde, wäre der Veräußerungsgewinn nicht bei der Gewinnfeststellung der Gesellschaft zu erfassen. Denn erst mit der kapitalmäßigen Beteiligung werden die aufgenommenen Gesellschafter Mitunternehmer. Erst ab diesem Zeitpunkt sind ihnen die Einkünfte der GmbH & Co. KG anteilig zuzurechnen (vgl. auch BFH, BStBl II 2004, 893, nach dem Feststellungen zum Einbringungsgewinn nicht in dem Gewinnfeststellungsverfahren der aufnehmenden Personengesellschaft zu treffen sind).

Diese Auffassung liegt auch der Entscheidung des Großen Senats im Beschluss in BStBl II 2000, 123 = MittBayNot 2001, 137 zugrunde, nach der die Aufnahme eines Gesellschafters in ein Einzelunternehmen nicht als tarifbegünstigte Veräußerung zu beurteilen ist, weil zum Zeitpunkt der Veräußerung noch kein veräußerbarer Mitunternehmeranteil bestanden habe. Wäre der Große Senat der Auffassung gewesen, der aufgenommene Gesellschafter sei zeitlich vor der Veräußerung bereits Mitunternehmer geworden, hätte er eine tarifbegünstigte Veräußerung eines Anteils an einem Mitunternehmeranteil annehmen müssen (vgl. z. B. BFH, BStBl II 1995, 407).

3. Im Streitfall führt die Aufnahme der Kinder in die neu gegründete GmbH & Co. KG gemäß der Vereinbarung vom 29.3.1990 zu einer Gewinnrealisierung, weil die Kinder gegen die Beteiligung an der KG auf Pflichtteilsansprüche verzichtet und damit den Kläger von privaten Verbindlichkeiten befreit haben.

a) Nach der Vereinbarung vom 29.3.1990 war der Kläger verpflichtet, seinen Kindern zur Abgeltung von deren Pflichtteilsansprüchen jeweils $100/850$ vom Gesamtbetriebsvermögen seines Einzelunternehmens ($1/8$ des Mitunternehmeranteils der verstorbenen Ehefrau) einzuräumen und ihnen jeweils 100.000 DM zu zahlen, welche die Kinder als Kommanditeinlage zu erbringen hatten.

Nach den Feststellungen des FG haben die Kinder entsprechend der Vereinbarung jeweils 100.000 DM erhalten und als Einlage in die KG eingebracht. Zum Nachweis dieser Zahlungen hat der Kläger Überweisungsbelege vorgelegt. Das FA hat diese Feststellung nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffen, sondern lediglich ausgeführt, die Formulierung des FG sei missverständlich und in Zusammenhang mit seinen Ausführungen in den Entscheidungsgründen dahin zu verstehen, dass keine Geldbeträge geflossen seien.

Vereinbarungsgemäß hat der Kläger sein Einzelunternehmen in die neu gegründete GmbH & Co. KG eingebracht und die Kinder als Kommanditisten aufgenommen. Die eingebrachten Vermögenswerte sind durch die Einbringung und Aufnahme der Kinder als Gesellschafter nach § 718 Abs. 1 BGB

gemeinschaftliches Vermögen (Gesamthandseigentum) der Gesellschafter geworden, an dem die Kinder wertmäßig zu je $100/850$ (100.000 DM fester Kapitalanteil) am Unternehmen beteiligt waren.

b) Die Vereinbarung vom 29.3.1990 ist wirksam. Weder ist die Verfügung über den Pflichtteilsanspruch noch die Verpflichtung, das Einzelunternehmen in die noch zu gründende KG einzubringen, noch die Verpflichtung, Mitgliedschaftsrechte an einer Personengesellschaft zu übertragen oder zu erwerben, notariell formbedürftig. Dies gilt auch dann, wenn das Gesellschaftsvermögen im Wesentlichen aus Grundbesitz besteht (BGHZ 86, 367 = DNotZ 1984, 169; BGHZ 138, 8 = MittBayNot 1998, 188; BGH, MittBayNot 1998, 115; vgl. auch *Binz/Mayer*, NJW 2002, 3054).

Nach § 313 Abs. 1 BGB a. F. (ab 1.1.2002: § 311 b BGB) bedarf ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Gleiches gilt nach § 15 Abs. 4 GmbHG hinsichtlich der Übertragung von GmbH-Anteilen. Jedoch ist die Verpflichtung, Grundstückseigentum oder GmbH-Anteile zu erwerben oder zu veräußern, nicht Gegenstand eines Vertrages, mit dem sich jemand verpflichtet, in eine Personengesellschaft mit Grundbesitz und GmbH-Anteilen einzutreten, aus ihr auszuschneiden oder Anteile an ihr zu übertragen oder zu erwerben. Der Erwerb oder der Verlust der (gesamthänderischen) Mitberechtigung an einem Gesellschaftsgrundstück oder GmbH-Anteilen ist vielmehr in diesen Fällen nur eine gesetzliche Folge des Erwerbs oder Verlustes der Mitgliedschaft und die Konsequenz davon, dass das Gesellschaftsvermögen auch bei einem Mitgliederwechsel stets dem jeweiligen Gesellschafterkreis zugeordnet bleibt (§ 738 Abs. 1 BGB). Für rechtsgeschäftliche Verfügungen über das Eigentum an Gegenständen des Gesellschaftsvermögens (wie Grundstücken) ist insoweit kein Raum (BGHZ 86, 367, 369 f.; MittBayNot 1998, 115).

c) Die nach dem Tod der Mutter geltend gemachten Pflichtteilsansprüche der Kinder (§ 2303 BGB) sind eine private Schuld. Denn der Pflichtteilsanspruch entsteht gemäß § 2317 BGB durch den Erbfall, der nach ständiger Rechtsprechung ausschließlich der Privatsphäre zuzuordnen ist (BFH, BStBl II 1994, 619; BStBl II 1995, 413, jeweils m. w. N.). Ist der Erbfall in einkommensteuerrechtlicher Sicht notwendig ein privater (außerbetrieblicher) Vorgang und damit der Erwerb durch Erbfall ein privater Erwerb, so müssen zwingend auch Erbfallschulden, insbesondere Vermächtnis- und Pflichtteilschulden, private Verbindlichkeiten sein (BStBl II 1994, 619).

d) Mit der Zahlung von jeweils 100.000 DM an die Kinder hat der Kläger deren auf Geld gerichtete Pflichtteilsansprüche teilweise getilgt. Insoweit handelt es sich um einen unentgeltlichen, außerbetrieblichen Vorgang. Mit diesen Mitteln haben die Kinder ihre Kommanditeinlage erbracht. Mit dem dadurch bewirkten Erwerb von Kommanditanteilen in Höhe von jeweils 100.000 DM wurden sie jedoch an den wesentlich höheren Verkehrswerten beteiligt, nämlich zu je $100/850$ am Gesamthandsvermögen der KG. Die stillen Reserven des Unternehmens betragen nach den Ausführungen des FA in der Einspruchsentscheidung 5.214.684 DM.

Diese wertmäßig über die Einlage hinausgehende Beteiligung der Kinder an der KG beruht entgegen der Auffassung des FG nicht auf einem unentgeltlichen Vorgang. Der Nachlass der Mutter bestand aus dem Mitunternehmeranteil von $800/850$ und ihrem Privatvermögen. Die Kinder haben jeweils auf die Geldansprüche in Höhe von $1/8$ des Nachlasswertes, soweit sie die gezahlten Barbeträge von je 100.000 DM überstiegen,

verzichtet. Der Kläger wurde somit von privaten Verbindlichkeiten, nämlich den 100.000 DM übersteigenden Geldansprüchen der Kinder, befreit. Da die Befreiung von privaten Verbindlichkeiten einer Zuzahlung in das Privatvermögen gleichsteht, hat der Kläger seine Kinder gegen Entgelt an der KG beteiligt.

e) Die Grundsätze, die der BFH im Beschluss vom 5.7.1990, GrS 2/89 (BStBl II 1990, 837 = MittBayNot 1990, 368) für die Erbauseinandersetzung über Mischvermögen (Betriebs- und Privatvermögen) entwickelt hat, sind nicht entsprechend anwendbar. Danach kann ein Mischnachlass erfolgsneutral im Wege der Realteilung auseinander gesetzt werden, und zwar auch in der Weise, dass der eine Erbe das Privatvermögen und der andere das Betriebsvermögen erhält. Bei dieser Form der Realteilung bleibt demnach außer Betracht, dass die Erben bezüglich des geerbten Betriebsvermögens Mitunternehmer geworden sind, der eine also seinen Mitunternehmeranteil gegen Zuteilung von privatem Nachlassvermögen aufgibt, wohingegen der andere gegen Hingabe seines Anteils am Privatvermögen Alleinunternehmer wird.

Auf die Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen lassen sich diese Grundsätze jedoch nicht übertragen, da der Pflichtteilsberechtigte vor Erwerb der Beteiligung nicht gesamthänderisch am Nachlass beteiligt ist, sondern lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber den Erben hat (vgl. auch BFH, BStBl II 2002, 519, zur Zugewinnsgemeinschaft = RNotZ 2002, 521; a. A. noch BFH, BStBl II 1981, 19).

f) Im Schrifttum wird zum Teil die Auffassung vertreten, der Pflichtteilsberechtigte, der zur Abgeltung seines Pflichtteilsanspruchs einen Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil erhalte, erwerbe unentgeltlich vom Erben und habe analog § 7 Abs. 1 EStDV (seit 1999 nach § 6 Abs. 3 EStG) die Buchwerte fortzuführen, so dass beim Erben kein Gewinn realisiert werde (*Reiß* in Kirchhof/Söhn, § 16 EStG Rdnr. B 106; *Geissler* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 16 EStG Anm. 80; *Götz*, FR 2003, 127, 129).

Zwar erwirbt der Pflichtteilsberechtigte seinen Pflichtteilsanspruch unentgeltlich aufgrund des Erbfalls. Es handelt sich um einen privaten, auf Geld gerichteten schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben. Vereinbaren Pflichtteilsberechtigter und Erbe, den geschuldeten Geldbetrag durch die Beteiligung des Pflichtteilsberechtigten an einer Personengesellschaft abzugelten, ist diese Vereinbarung – unabhängig von der zivilrechtlichen Beurteilung einer Leistung an Erfüllung Statt (Austauschvertrag, Änderungsvertrag oder Erfüllungsabrede, vgl. z. B. MünchKommBGB/Wenzel, 4. Aufl., § 364 Rdnr. 2) – steuerrechtlich jedenfalls als entgeltliches Rechtsgeschäft zu beurteilen [gl. A. *Schmidt/Wacker*, EStG, 23. Aufl., § 16 Rdnr. 29; *Groh*, DB1992, 444, 446; *Hoffmann*, GmbHR 2002, 236; offen gelassen im BFH, BStBl II 1997, 535, unter 2. b. aa)]. Denn der Anspruch auf die Beteiligung an der Gesellschaft ist anders als der auf Geld gerichtete Pflichtteilsanspruch nicht mit dem Erbfall entstanden; er beruht vielmehr auf der hiervon zu trennenden besonderen Vereinbarung zwischen dem Erben und den Pflichtteilsberechtigten.

Eine Gewinnrealisierung ist in diesen Fällen gerechtfertigt, weil die stillen Reserven nicht mehr demselben Steuersubjekt zugeordnet werden. Die Besteuerung nach der persönlichen Leistungsfähigkeit gebietet grundsätzlich, dass jede Person ihr eigenes Einkommen versteuert. Mit diesem Gebot ist die Übertragung stiller Reserven auf andere Rechtssubjekte grundsätzlich nicht vereinbar. Allerdings wird dieses Prinzip durch gesetzliche Regelungen und von der Rechtsprechung zugelassene Ausnahmen eingeschränkt (*Tipke/Lang*, Steuer-

recht, 7. Aufl., § 9 Rdnr. 424 f.). Eine solche Ausnahme nach § 7 Abs. 1 EStDV (vgl. BFH, BStBl II 1973, 111; BStBl II 1999, 269) – ab 1999 nach § 6 Abs. 3 EStG – oder dem UmwStG liegt bei der Einbringung eines Unternehmens und der Beteiligung weiterer Gesellschafter gegen Verzicht auf Pflichtteilsansprüche gegen den Einbringenden nicht vor.

In Fällen, in denen der vergleichbare, auf Geld gerichtete Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns (§ 1378 BGB) durch Übertragung eines Miteigentumsanteils am gemeinsamen Haus bzw. durch Übertragung von GmbH-Anteilen erfüllt wurde, hat der BFH ebenfalls ein entgeltliches Geschäft angenommen (BFH, BStBl II 1977, 389; BStBl II 2003, 282). Der kraft Gesetzes und damit unentgeltlich erworbene Anspruch auf Zugewinnausgleich sei mit der Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft entstanden. Die Übertragung der Anteile beruhe dagegen auf einer hiervon zu trennenden, freien Vereinbarung der Eheleute.

g) Die Aufnahme in ein Einzelunternehmen zur Tilgung eines Pflichtteilsanspruchs ist auch nicht mit einem von vornherein gegenständlich beschränkten Sachvermögen vergleichbar, dessen Erfüllung durch den Erben als unentgeltliche Übertragung zu beurteilen ist [BFH, BStBl II 1995, 714, unter 2. a)] Der Pflichtteilsanspruch ist nur auf einen bestimmten Geldbetrag gerichtet, vermittelt aber keinen Anspruch auf Übereignung bestimmter Wirtschaftsgüter aus der Erbmasse.

h) Auch kann dieser Vorgang weder nach der Vereinbarung noch nach der tatsächlichen Durchführung in eine Geldentnahme des Klägers aus dem Einzelunternehmen in Höhe des Verkehrswertes der eingeräumten KG-Anteile und eine anschließende Wiedereinlage durch die Kinder umgedeutet werden. Eine solche Annahme scheidet schon an der eindeutigen Vereinbarung zwischen dem Kläger und seinen Kindern. Denn danach hatte der Kläger den Kindern keinen bestimmten Betrag zu übereignen, den die Kinder in die GmbH & Co. KG einzulegen hatten, sondern er war verpflichtet, ihnen jeweils einen Betrag in Höhe von 100.000 DM für die Kommanditeinlage zu zahlen und ihnen eine Beteiligung in Höhe von ¹⁰⁰/₈₅₀ an seinem Unternehmen einzuräumen. Dafür wurde er von seinen Pflichtteilsschulden befreit.

4. Der vom Kläger erzielte Veräußerungsgewinn ist ein laufender Gewinn (BFH, BStBl II 2000, 123 = MittBayNot 2000, 137). Ein nach § 24 Abs. 3 Satz 2 UmwStG 1977 i. V. m. §§ 34, 16 EStG tarifbegünstigter Gewinn läge nur dann vor, wenn der Kläger sein Einzelunternehmen zu Teilwerten in die GmbH & Co. KG eingebracht hätte (BFH, BStBl II 2001, 178 = MittBayNot 2001, 235) oder wenn er sein Einzelunternehmen zunächst in eine GmbH & Co. KG mit ihm als einzigen Kommanditisten eingebracht und seine Kinder erst in einem zeitlich nachfolgenden Vertrag in die GmbH & Co. KG aufgenommen hätte. Beide Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Der Kläger hat die Buchwerte fortgeführt und die Kinder bei Gründung der GmbH & Co. KG zusammen mit der GmbH aufgenommen. Nach den Vereinbarungen sollten die Kinder wirtschaftlich sogar rückwirkend zum Todestag der Mutter in die als fortbestehend angenommene KG eintreten.

5. Da das FG von anderen Grundsätzen ausgegangen ist, war das FG-Urteil aufzuheben. Mangels Spruchreife ist die Sache zurückzuverweisen. Das FG hat es – aus seiner Sicht zu Recht – unterlassen, den Wert der Pflichtteilsansprüche und die Höhe des Veräußerungsgewinns zu ermitteln.

Das FA hat bei der Ermittlung der Pflichtteilsansprüche nur den Wert des Mitunternehmeranteils der verstorbenen Mutter,

nicht aber deren zum Nachlass gehörendes Privatvermögen berücksichtigt. Soweit sich durch die Einbeziehung des Privatvermögens ein höherer Veräußerungsgewinn ergäbe, dürfte das FG diesen aber wegen des im finanzgerichtlichen Verfahren geltenden Verböserungsverbots nicht zugrunde legen.

16. GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, § 14 (*Keine Grunderwerbsteuer für Auflassung bei Erfüllung des Eigentumsverschaffungsanspruchs*)

Die Auflassung unterliegt dann nicht der Grunderwerbsteuer, wenn durch die Auflassung der Anspruch auf Eigentumsverschaffung erfüllt wird, der bereits in den Grunderwerbsteuerlichen Zurechnungsbereich fällt. Dies ist auch dann der Fall, wenn durch die zugleich mit einem Kaufvertrag erklärte Auflassung ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung rechtlich nur deswegen noch nicht erfüllt wird, weil der Kaufvertrag mangels Bedingungseintritts noch schwebend unwirksam ist, durch weitere Vereinbarungen aber sichergestellt ist, dass von der Auflassung erst nach Bedingungseintritt und nur durch den beurkundenden Notar Gebrauch gemacht werden kann.

BFH, Beschluss vom 10.2.2005, II B 115/04; eingesandt von Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (Antragstellerin) erwarb mit Vertrag vom 13.11.2003 ein Grundstück. Der Kaufvertrag stand unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Antragstellerin die für die Aufteilung des Grundstücks in Wohneigentum erforderlichen Genehmigungen erhält. Im Vertrag wurde zugleich die Auflassung erklärt und die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch bewilligt. Den Umschreibungsantrag durfte ausschließlich die beurkundende Notarin stellen, und zwar erst, wenn ihr die Zahlung des gesamten Kaufpreises nachgewiesen oder dieser bei ihr hinterlegt worden war. Vor Zahlung des Kaufpreises durfte sie keine die Auflassung enthaltende beglaubigte Kopie oder Ausfertigung des Kaufvertrages aushändigen.

Das Finanzamt (FA) setzte mit der Begründung, die Auflassung unterliege der Grunderwerbsteuer (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG), Grunderwerbsteuer fest. Anträge auf Aussetzung der Vollziehung beim FA wie beim Finanzgericht blieben erfolglos.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist begründet. Die Vollziehung des Grunderwerbsteuerbescheids war auszusetzen, da ernstliche Zweifel an seiner Rechtmäßigkeit bestehen (§ 69 Abs. 3 FGO).

Gemäß § 69 Abs. 3 Satz 3 i. V. m. Abs. 3 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 FGO kann auf Antrag die Vollziehung eines angefochtenen und schon vollzogenen Verwaltungsaktes aufgehoben werden, soweit ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes bestehen oder was im Streitfall nicht in Betracht kommt seine Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes bestehen, wenn und soweit bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage aufgrund der präsenten Beweismittel, des unstreitigen Sachverhalts und der gerichtsbekannteten Tatsachen erkennbar wird, dass aus gewichtigen Gründen Unklarheit in der Beurteilung von Tatfragen oder Unsicherheit oder Unentschiedenheit in der Beurteilung von Rechtsfragen besteht und sich bei abschließender Klärung dieser Fragen der Verwaltungsakt als rechtswidrig

erweisen könnte (BFH, BFH/NV 1995, 334; BFH/NV 2001, 1536).

Bei der gebotenen summarischen Prüfung ist es ernstlich zweifelhaft, ob die im Kaufvertrag vom 13.11.2003 erklärte Auflassung der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG unterliegt. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG unterliegt die Auflassung der Grunderwerbsteuer, wenn kein Rechtsgeschäft vorausgegangen ist, das den Anspruch auf Übertragung begründet. Die Auflassung unterliegt demnach dann nicht der Grunderwerbsteuer, wenn diese nur die Übertragung solcher Grundstücke auf Personen bewirkt, in deren Grunderwerbsteuerrechtlichen Zurechnungsbereich sie gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bereits zuvor getreten waren. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn durch die Auflassung ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung erfüllt wird (BFH, BFH/NV 2000, 80). Bei summarischer Prüfung ist dies auch dann der Fall, wenn durch die zugleich mit einem Kaufvertrag erklärte Auflassung ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung rechtlich nur deswegen noch nicht erfüllt wird, weil der Kaufvertrag mangels Bedingungseintritts noch schwebend unwirksam ist, durch weitere Vereinbarungen aber sichergestellt ist, dass von der Auflassung erst nach Bedingungseintritt und nur durch den beurkundenden Notar Gebrauch gemacht werden kann (Eintragungsantrag).

Auch ein solcher Kaufvertrag erfüllt den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG und ist somit steuerbar. Dass ein Überweisungsanspruch zunächst aufschiebend bedingt und damit schwebend unwirksam ist, steht der Steuerbarkeit des Erwerbs eines solchen Anspruchs nicht entgegen. Dies ergibt sich auch aus § 14 GrEStG, wonach die Steuerpflicht erst entsteht, wenn der Erwerbsvorgang wirksam geworden ist (vgl. BFH, BFHE 175, 288; in Abgrenzung zu einem Vorvertrag: BStBl II 1972, 828; für die mit § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG wortgleiche Regelung des Grunderwerbsteuergesetzes der ehemaligen DDR etwa BFH, BStBl II 1999, 493 m. w. N.). Durch die wirksame Begründung eines aufschiebend bedingten Überweisungsanspruchs gelangt das Grundstück in den Grunderwerbsteuerlichen Zuordnungsbereich des Erwerbers und schließt die Anwendung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG aus (ebenso *Hofmann*, GrEStG, 8. Aufl. 2004, § 1 Rdnr. 38). Davon, dass in solchen Fällen der Steuertatbestand nicht durch die Auflassung, sondern durch das zu Grunde liegende, wenn auch noch nicht wirksame Rechtsgeschäft erfüllt wird, ist der Senat incidenter auch etwa in seinen Entscheidungen in BStBl II 1999, 493 und BStBl II 1996, 27 ausgegangen.

Eine Besteuerung schon der Auflassung in Fällen wie dem Streitfall entspricht bei der im summarischen Verfahren möglichen Beurteilung auch nicht den Bedürfnissen der Vertragspraxis. Nach § 925 Abs. 2 BGB ist die Auflassung bedingungsfeindlich. Mit Vertragsgestaltungen wie im Streitfall wird zivilrechtlich dem Sicherungsstreben der Vertragsparteien Rechnung getragen, wenn mit einem bedingten Kaufvertrag zugleich die Auflassung erklärt wird (vgl. BGHZ 106, 108; BGH, NJW1953, 1301). Im zivilrechtlichen Ergebnis stellt sich für die Vertragsparteien die Rechtslage daher nicht anders dar, als ob die Auflassung erst mit Bedingungseintritt erklärt worden wäre; dies übersieht das FG, wenn es bei der rechtlichen Beurteilung des Vertrages nur die von Gesetzes wegen unbedingte Auflassung in den Blick nimmt. Eine Besteuerung schon der Auflassung in solchen Fällen würde weder dem zivilrechtlichen Gehalt der Vertragsgestaltung noch der Vorschrift des § 14 GrEStG gerecht.

Bei der vom Senat im summarischen Verfahren für zutreffend erachteten Auslegung kommt es nicht, wie vom FG erwogen, zu einer Überschneidung der Tatbestände des § 1 Abs. 1 Nr. 1

und Nr. 2 GrEStG. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erfasst die wirksamen und die i. S. von § 14 GrEStG noch nicht wirksamen Rechtsgeschäfte als Erwerbsvorgang. Insoweit gehen der Auflassung Rechtsgeschäfte i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG voraus, so dass eine Besteuerung nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG tatbestandlich ausscheidet.

Anmerkung:

Bei Kaufverträgen ist zwischen Verpflichtungsgeschäft (schuldrechtlicher Kaufvertrag) und Erfüllungsgeschäft (Auflassung) zu differenzieren. Sofern das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft unbedingt abgeschlossen wird, entsteht die Steuer bereits nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG zu diesem Zeitpunkt. Sofern dagegen das schuldrechtliche Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung steht, wurde bisher von der Finanzverwaltung § 14 GrEStG für einschlägig erachtet, und zwar unabhängig davon, ob die – gemäß § 925 Abs. 2 BGB bedingungsfeindliche – Auflassung in der Notarurkunde bereits mit erklärt wurde oder nicht. Hierbei handelte es sich um eine für den Steuerpflichtigen günstige Gesetzesinterpretation, da sie zu einem Steuerstundungseffekt führte.¹

Diese Auslegung war jedoch vorübergehend in der Finanzverwaltung und der untergerichtlichen Rechtsprechung hinterfragt worden.² Auch in der Literatur gab es einige Stimmen, die bei einer unbedingt miterklärten Auflassung sofort eine Grunderwerbsteuerpflicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG bejahten, selbst wenn die aufschiebende Bedingung für den schuldrechtlichen Kaufvertrag noch nicht eingetreten war.³

Erfreulicherweise ist der BFH in seinem Beschluss vom 10.2.2005 diesen Überlegungen entgegengetreten. Obwohl der Beschluss nur in einem AdV-Verfahren ergangen ist, also nur eine summarische Prüfung der Rechtslage erfolgte, ist dennoch davon auszugehen, dass beim BFH keine Grunderwerbsteuerlichen Gefahren mehr drohen, wenn bei einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag die Auflassung sofort mit beurkundet wird. Begründet wird dies mit einer systematischen Gesetzesauslegung, die sich mit dem Verhältnis von § 1 Abs. 1 Nr. 1 und § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG beschäftigt. Nach der Nr. 2 dieser Vorschrift unterliegt die Auflassung der Grunderwerbsteuer, wenn kein Rechtsgeschäft vorausgegangen ist, das den Anspruch auf Übereignung begründet. Die Auflassung

unterliegt demnach dann jedenfalls nicht der Grunderwerbsteuer, wenn diese nur die Übertragung solcher Grundstücke auf Personen bewirkt, in deren Grunderwerbsteuerlichen Zurechnungsbereich sie gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bereits zuvor getreten waren. Letzteres soll regelmäßig der Fall sein, wenn durch die Auflassung ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung erfüllt wird. Bei der üblichen Kaufvertragsgestaltung ist dies der Fall, selbst wenn durch die zeitgleich mit dem Kaufvertrag erklärte Auflassung ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung – rechtlich – nur deswegen noch nicht erfüllt wird, weil der Kaufvertrag mangels Bedingungseintritt noch in der Schwebe ist.

Es wird vom Gericht somit bewusst auf die Bedürfnisse der Vertragspraxis Rücksicht genommen. Außerdem werden die Mehrkosten, die durch die Nachholung der Auflassung erst nach dem Bedingungseintritt verbunden wären, vermieden.⁴

Das Gericht stellt darauf ab, dass sich für die Vertragsparteien die Rechtslage nicht anders darstellen darf als ob die Auflassung erst mit Bedingungseintritt erklärt worden wäre. Durch weitere Vereinbarungen muss somit sichergestellt sein, dass von der Auflassung erst nach Bedingungseintritt Gebrauch gemacht werden kann. Bei Verträgen unter fremden Dritten dürfte dies jedoch in der Regel der Fall sein, da hier die Eigentumsumschreibung meist von der Kaufpreiszahlung abhängig gemacht wird. Etwas anderes könnte bei Verträgen unter nahen Angehörigen gelten. Soweit jedoch Ehegatte oder Kinder betroffen sind, stellt sich ohnehin wegen § 3 Nr. 4 bzw. Nr. 6 GrEStG aufgrund der bestehenden Befreiungsvorschriften kein Grunderwerbsteuerproblem. Lediglich beim Erwerb durch Verwandte in Seitenlinie sollte darauf geachtet werden, dass in den Vertrag ebenfalls eine Vorlagesperre (bis zum Bedingungseintritt) eingebaut ist.⁵

Zusammenfassend: nach dem Beschluss des BFH ist es bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen nicht mehr erforderlich, aus Grunderwerbsteuerlichen Gründen die Beurkundung der Auflassung bis zum Eintritt der Bedingung auszusetzen. Die Entscheidung ist zu begrüßen.

Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Pappenheim

¹ Streng genommen ist die Bezeichnung Steuerstundungseffekt ungenau, da nicht eine bereits entstandene Steuer gestundet, sondern durch § 14 GrEStG gerade die Entstehung der Steuer hinausgeschoben wird. In der Literatur wird jedoch überwiegend die Terminologie „Steuerstundungseffekt“ verwendet.

² Vgl. FG Düsseldorf, MittBayNot 2003, 407; FG Düsseldorf, EFG 2004, 1786.

³ Vgl. *Gottwald*, MittBayNot 2003, 343 m. w. N.

⁴ Es bleibt zu hoffen, dass der BFH diese im ADV-Verfahren ergangene vorläufige Entscheidung in der Hauptsache bestätigt. Nach meiner Erfahrung beachten jedoch die Finanzämter mittlerweile bereits diesen BFH-Beschluss, sodass – wie früher – bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen die Auflassung gleich mit beurkundet werden kann.

⁵ Bei Verwandten in Seitenlinie kann eine Eigentumsumschreibung vor Eintritt der schuldrechtlichen Vertragsbedingungen ohnehin kaum erfolgen, da bis zu diesem Zeitpunkt die Unbedenklichkeitsbescheinigung i. d. R. noch nicht vorliegen dürfte.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Grunderwerbsteuer: Anwendung der §§ 3 und 6 GrEStG in Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG (FMS vom 3.6.1993 – 37 – S 4505 – 12/4 – 38 299)

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 2.6.2005, 36 – S 4505 – 012 – 22011/05

a) Kapitalgesellschaften

Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (Urteile vom 31.3.1982, BStBl II, 424 und 8.6.1988, BStBl II, 785) können personenbezogene Befreiungsvorschriften in Fällen der Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG) nicht angewendet werden. Der BFH hat dies damit begründet, dass beim Anteilserwerb derjenige, in dessen Hand sich die Anteile vereinigen, grunderwerbsteuerrechtlich so behandelt werde, als habe er ein Grundstück von der Gesellschaft erworben, deren Anteile sich in seiner Hand vereinigen. Dies gilt sinngemäß auch für die ab 1.1.2000 geltende Fassung des § 1 Abs. 3 GrEStG.

Für die Fälle des § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG haben die Urteile keine Bedeutung. Da die Grundstücke einer Gesellschaft, deren Anteile zu mindestens 95 vom Hundert in einer Hand vereinigt sind, grunderwerbsteuerrechtlich diesem Gesellschafter zugerechnet werden, ist bei einer Übertragung der Anteile davon auszugehen, dass der neue Gesellschafter die Grundstücke von dem früheren Gesellschafter und nicht von der Gesellschaft erwirbt. Für die Fälle, in denen mindestens 95 vom Hundert der Anteile einer Gesellschaft von einem Gesellschafter auf einen anderen übertragen werden, steht somit der Anwendbarkeit personenbezogener Befreiungsvorschriften nichts entgegen.

In allen Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG findet die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG keine Anwendung, weil der Erwerb des Grundstücks von der Gesellschaft auf einer durch § 1 Abs. 3 GrEStG angeordneten Fiktion und damit nicht auf einer Schenkung beruht. Insoweit liegen zwei unterschiedliche Rechtsvorgänge vor, so dass auch keine Doppelbesteuerung desselben Vorgangs gegeben ist.

b) Personengesellschaften

Zu den Gesellschaften im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG gehören auch Personengesellschaften (BFH-Urteile vom 25.2.1969, BStBl II, 400, 11.6.1975, BStBl II, 834 und 26.7.1995, BStBl II, 736). Dabei ist aber zu beachten, dass im Rahmen des § 1 Abs. 3 GrEStG bei Personengesellschaften unter „Anteil an der Gesellschaft“ die gesamthänderische

Mitberechtigung und nicht die vermögensmäßige Beteiligung am Gesellschaftskapital zu verstehen ist (vgl. BFH-Urteil vom 26.7.1995, BStBl II, 736). Der § 1 Abs. 2 a GrEStG ist vorrangig anzuwenden.

Erwerbsvorgänge im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 GrEStG werden beispielsweise verwirklicht, wenn bei einer GmbH & Co. KG mit Grundbesitz einer der Kommanditisten sowohl die anderen Kommanditanteile als auch mindestens 95 vom Hundert der Anteile an der Komplementär-GmbH erwirbt.

Für Erwerbsvorgänge im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG bei Personengesellschaften sind die personenbezogenen Befreiungsvorschriften zu beachten. Die unter Buchstabe a genannten BFH-Urteile vom 31.3.1982 und vom 8.6.1988 sind jeweils zur Anteilsvereinigung bei einer Kapitalgesellschaft ergangen. Die Schlussfolgerungen aus diesen Urteilen können nicht gleichermaßen für Personengesellschaften gezogen werden. Personengesellschaften sind weder zivilrechtlich noch grunderwerbsteuerrechtlich (vgl. §§ 5, 6 GrEStG) uneingeschränkt als selbständig anzusehen. Eigentümer des Vermögens einer Personengesellschaft sind die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Die besondere Rechtsnatur der Personengesellschaften rechtfertigt es daher auch, persönliche Eigenschaften der Gesellschafter im Grundstücksverkehr mit der Gesellschaft, d. h. mit der Gesamtheit der Gesellschafter, zu berücksichtigen (vgl. BFH-Urteil vom 21.11.1979, BStBl 1980 II, 217 zu einem Erwerbsfall des § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Nr. 6 GrEStG sowie BFH-Beschluss vom 26.2.2003, BStBl II, 528).

Die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG findet hier ebenfalls keine Anwendung.

§ 6 Abs. 2 und 3 GrEStG sind anwendbar, da derjenige, in dessen Hand sich die Vereinigung der Anteile im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG vollzieht, grunderwerbsteuerrechtlich so behandelt wird, als habe er das Grundstück von der Gesellschaft erworben. Für den Anwendungsbereich des § 6 GrEStG liegen somit fiktive Grundstücksübertragungen von der GmbH & Co. KG auf den künftigen Alleinkommanditisten bzw. die Personengesellschaft vor. Erwerbsvorgänge nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 bzw. 2 GrEStG können hiernach gleichzeitig sowohl nach einer personenbezogenen Befreiungsvorschrift als auch nach § 6 GrEStG (unter Beachtung der Beschränkungen des § 6 Abs. 4 GrEStG) begünstigt sein.

Dieses Schreiben ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder und tritt an die Stelle des Bezugsschreibens.

2. Erbschaft- und Schenkungsteuer: Übertragung treuhänderisch gehaltener Vermögensgegenstände

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 14.6.2005, 34 – S 3811 – 035 – 25199/05

Für die erbschaft- und schenkungsteuerrechtliche Behandlung einer vom Treugeber vorgenommenen Übertragung von Ansprüchen aus einem Treuhandverhältnis gilt das Folgende:

Schenkungsgegenstand und dessen Bewertung

Gegenstand der Zuwendung ist der Herausgabeanspruch des Treugebers nach § 667 BGB gegen den Treuhänder auf Rückübereignung des Treugutes. Hierbei kommt es ausschließlich auf die Zivilrechtslage an und nicht darauf, wem nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise das Treugut nach § 39 Abs. 2 AO zuzurechnen ist (vgl. BFH, Urteil vom 25.1.2001, II R 39/98, BFH/NV S. 908).

Der Herausgabeanspruch ist als Sachleistungsanspruch aus einem gegenseitigen Vertrag (hier: Treuhandvertrag) mit dem gemeinen Wert zu bewerten. Eine Bewertung mit dem Steuerwert des Gegenstandes, auf den sich der Anspruch richtet, kommt nicht in Betracht, weil es sich nicht um einen einseitigen Sachleistungsanspruch im Sinne von R 92 Abs. 2 ErbStR handelt.

Keine Steuerentlastungen nach §§ 13a, 19a ErbStG

Bei Übertragung von Ansprüchen aus einem Treuhandverhältnis, bei dem als Treugut in §§ 13a, 19a ErbStG aufgeführtes Vermögen gehalten wird, können die Steuerentlastungen dieser Vorschriften nicht gewährt werden.

Der Herausgabeanspruch z. B. bei einer Kommanditbeteiligung stellt keine Beteiligung an der Personengesellschaft dar, so dass sein Erwerb nicht als begünstigtes Vermögen im Sinne von § 13 a Abs. 4 Nr. 1, § 19 a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ErbStG be-

handelt werden kann. Es ist nicht möglich, für die Anwendung der §§ 13a, 19a ErbStG den Schenkungsgegenstand abweichend von seiner zivilrechtlichen Einordnung als Sachleistungsanspruch durch einen Rückgriff auf die wirtschaftliche Zuordnungsregelung des § 39 Abs. 2 AO als eine Beteiligung an der Personengesellschaft zu behandeln. Die ertragsteuerliche Zuordnung des Treuguts beim Treugeber ist insofern unbeachtlich.

Schlussbestimmung

Bei vor dem 1.7.2005 begründeten Treuhandverhältnissen ist dieser Erlass erst auf Erwerbe anzuwenden, für die die Steuer nach dem 30.6.2006 entsteht.

Der Erlass ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder. Ich bitte, die Erbschaftsteuerfinanzämter entsprechend zu informieren und den Erlass in die Erbschaftsteuerkartei aufzunehmen.

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Otto Ullrich, Traunstein, verstorben am 8.10.2005

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.4.2006:

Notar Anton Ruckerl, Freising

Mit Wirkung vom 1.10.2005:

Notar Dr. Günter Merkel, Nittenau

Mit Wirkung vom 1.11.2005:

Notar Dr. Uli Armbruster, Nürnberg

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.10.2005:

Nittenau	dem Notarassessor Dr. Marcus Bischoff (bisher in Schweinfurt Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)
----------	---

Mit Wirkung vom 1.11.2005:

Passau	dem Notarassessor Michael Pich (bisher in München Notarstelle Dr. Bohrer)
--------	--

Simbach	dem Notar Dr. Jörg Mayer (bisher in Pottenstein)
---------	--

Mit Wirkung vom 1.12.2005:

Straubing	dem Notarassessor Florian Hagenbucher (bisher in München Notarstellen Dr. Eckhardt/Spoerer)
-----------	---

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.9.2005:

Alexander Sturz, Türkheim (Notarstelle Elstner)

Marcel Wollmann, Ansbach (Notarstellen Dr. Anderle/Thoma)

Mit Wirkung vom 1.10.2005:

Simone Lang, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu)

Jörg Saumweber, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter)

Mit Wirkung vom 1.11.2005:

Bernd Weiß, Schwabmünchen (Notarstellen Dr. Fronhöfer/Dr. Weigl)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Frauke Katharina Wedemann, Landshut (Notarstelle Dr. Schervier), wurde mit Wirkung vom 29.8.2005 promoviert

Notarassessorin Kathrin Filipp, München (Notarstellen Kelch/Dr. Keller), führt fortan den Namen Kuhne

Notarassessorin Sonja Killisperger, Höchstädt a. d. Donau (Notarstelle Feist), führt fortan den Namen Egner

Notarassessor Thomas Zöpfl, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler), ab 5.9.2005 in Augsburg (Notarstelle Hille)

Notarassessor Josef Alexander Massinger, Coburg (Notarstellen Dannecker/Dr. Heil), ab 1.10.2005 in München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Notarassessorin Monika Pöppel, Simbach (Notarstelle Dr. Stumpp), ab 1.10.2005 in Traunstein (Notarstelle Haselbeck)

Notarassessor Thomas Wurm, Burglengenfeld (Notarstelle Kolb), ab 10.10.2005 in Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)

Notarassessor Oliver Portenhauser, Türkheim (Notarstelle Elstner), ab 1.11.2005 in Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler)

Notarassessor Dr. Markus Roßmann, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger), ab 20.11.2005 in München (Notarstellen Frhr. v. Oefele/Dr. Götte)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat August Lang, Regensburg (Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer), ab 1.9.2005 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Jochen Saurle, Tegernsee (Notarstelle Dr. Brachvogel), ab 1.9.2005 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Manfred Vonderthann, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Amann), ab 1.11.2005 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Martin Paunert, Dachau (Notarstellen Dr. Promberger/Zöbelein), ab 1.12.2005 im Ruhestand

Amtmann i. N. Irmgard Brandl, Augsburg (Notarstellen Hösle/Dr. Grafberger), ab 31.12.2005 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Gerhard Braunschläger, Waldsassen (Notarstelle Taubeneder), ab 31.12.2005 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Hans Koch, München (Notarstellen Dr. Bader/Uhlig), ab 31.12.2005 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Straubing, Notarstelle Florian Hagenbucher, ab 1.12.2005 Bahnhofplatz 1a, 94315 Straubing, Telefon 09421 18767-0, Fax 09421 187679, E-Mail: mail@notarhagenbucher.de

Schriftleitung: Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer
Notarassessor Dr. Martin T. Schwab

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, mittbaynot@notarkasse.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. Rechtsformwahl und Rechtsformoptimierung
(Spiegelberger, Herzig, Priester)
11.–12.11.2005 in München
2. Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patienten-
verfügung
(Müller, Renner)
12.11.2005 in Berlin
3. Unternehmensnachfolge in der Kautelarpraxis
(Geck, Reimann)
19.11.2005 in Wiesbaden

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 2006

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 **30.6.2006** 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 2007 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. Achilles/Ensthaler/Schmidt: Kommentar zum GmbH-Gesetz. Luchterhand, 2005. 783 S., 59 €
2. Basty: Der Bauträgervertrag. 5., überarb. Aufl., Heymanns, 2005. 712 S., 98 €
3. Bonefeld/Kroiß/Tanck: Erbprozess. 2. Aufl., Nomos, 2005. 996 S., 98 €
4. Bungert/Levitt/Noack: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2004. Otto Schmidt, 2005. 177 S., 47,80 €
5. Grziwotz/Lüke/Saller: Praxishandbuch Nachbarrecht. Beck, 2005. 528 S., 52 €
6. Hölters: Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs. 6., neu bearb. u. erw. Aufl., Otto Schmidt, 2005. 1 100 S., 139 €
7. Holzapfel/Pöllath: Unternehmenskauf in Recht und Praxis. 12. Aufl., RWS, 2005. 556 S., 82 €
8. Hüttinger/Otto: Basishandbuch des Notariats. Carl Gerber, 2005. 530 S., 19,80 €
9. Kageler/Schmidt-Reißig: Leitfaden zum Kostenrecht. 2. Aufl., Mauke, 2005. 306 S., 24, 80 €
10. Keidel/Kuntze/Winkler: Freiwillige Gerichtsbarkeit. Nachtrag. Beck, 2005. 31 S., 8 €
11. Krauß: Immobilienkaufverträge in der Praxis. 3., überarb. u. erw. Aufl., ZAP-Verlag, 2005. 1 202 S. + CD-ROM, 98 €
12. Mayer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich: Testamentsvollstreckung. 2. Aufl., ZErB, 2005. 800 S. + CD-ROM, 88 €
13. Riedel: Europäischer Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen. Deubner, 2005. 32 S., 8,90 €
14. Schulte: Handbuch der Fusionskontrolle. Luchterhand, 2005. 943 S., 125 €
15. Winkler: Vorsorgeverfügungen. 2. Aufl., Beck, 2005. 109 S. + CD-ROM, 14,80 €
16. Wurm/Möhlmeier/Nath: Allgemeine Wirtschaftslehre für Rechtsanwalts- und Notarfachangestellte. 9. Aufl., Stam, 2005. 448 S., 28,80 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F