Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

– BWNotZ –

Herausgeber:
Württ. Notarverein e. V., Stuttgart
in Verbindung mit dem
Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Inhalt Seite

Bühler, EuGH und Bezirksnotare 141
Mayer, Immobilienerwerb durch mehrere 143
Rechtsprechung 150
Buchbesprechungen 162

7/2002
Oktober/November

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg BWNotZ

Herausgeber:
Württ. Notarverein e. V., Stuttgart, in Verbindung mit dem Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Oktober/November 68. Band Nr. 7/2002

Europarechtliche Vorgaben für Notargebühren der Bezirksnotare im Gesellschaftsrecht?

Eine Anmerkung zum Beschluss des EuGH vom 21. 3. 2002, C-264/00, BWNotZ 2002 86,
von Martin Bühler, Bezirksnotar a.D. in Stuttgart

1. Die dem EuGH-Beschluss vom 21. 3. 2002 (EuGH-Beschluss) zugrunde liegende Richtlinie 69/335 EWG (Richtlinie) dient der Förderung des freien Kapitalverkehrs; dieser Zweck setzt bei der Besteuerung der Ansammlung von Kapital voraus, dass die bisher in den Mitgliedstaaten geltenden indirekten Steuern beseitigt werden (Rz 3 und 4 des EuGH-Beschlusses). In der sog. Modelo-Entscheidung (DNotZ 1999, 937) hat der EuGH bezüglich der portugiesischen Notariatsverfassung die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter die Richtlinie fallenden Rechtsgeschäfts als (unzulässige) Steuer im Sinne der Richtlinie qualifiziert, weil der Notar Beamter sei und ein Teil der Gebühren dem Staat für die Finanzierung seiner Aufgaben zufliesse. Zum gleichen Ergebnis kommt der EuGH-Beschluss (Rz 27 und 28) bezüglich der Amtsnotare im Bezirk des OLG Karlsruhe (badisches Rechtsgebiet).
2. Die EuGH-Entscheidung vom 21. 3. 2002 krankt daran, dass sie keine Begründung für die Behauptung enthält, die von den Amtsnotaren im badischen Rechtsgebiet erhobenen Notargebühren in Gesellschaftssachen seien insoweit unzulässige Steuern im Sinne der Richtlinie und keine zulässigen Abgaben mit Gebührencharakter, als sie in einem Rechtssystem erhoben werden, in dem der Notar Beamter ist und ein Teil dieser Gebühren dem Staat für die Finanzierung seiner Aufgaben zufliesst.

   Der EuGH überträgt vielmehr ohne weiteres die Verhältnisse im portugiesischen Amtsnotariat (Modelo) auf das Amtsnotariat im badischen Rechtsgebiet. im Beschluss fehlt jede Auseinandersetzung mit den Unterschieden in beiden Notariatsformen, insbesondere damit, dass die Amtsnotare in Baden-Württemberg anders als in Portugal in Konkurrenz mit nicht beamteten Notaren stehen (Görk DNotZ 1999, 851/860). Der Rechtsuchende kann in Baden-Württemberg wie sonst in Deutschland wählen, ob er eine gesellschaftsrechtliche Beurkundung bei einem Amtsnotar in Baden oder in Württemberg oder bei einem nicht beamteten Notar vornehmen lassen will; eine örtliche Beurkundungszuständigkeit besteht nicht.

   Es ist allgemeine Meinung, dass die Gebühren für gesellschaftsrechtliche Beurkundungen durch nicht beamtete Notare keine unzulässige Steuer im Sinne der Richtlinie darstellen (LG Stuttgart, Beschluss vom 17. 1. 2001, BWNotZ 2001, 137/141). Das LG Stuttgart (aaO) stellt zur Definition von „Steuern" im Sinne der Richtlinie fest: „Hat es demnach der Rechtssuchende durch die Auswahl des Notars in der Hand, ob die Notargebühren der Landeskasse zufliesen oder nicht, so fehlt es an einem wesentlichen Element des Begriffs „Steuer" (auch im Sinne des Gemeinschaftsrechts), nämlich an der obligatorischen Erhebung durch den Staat und für den Staat." Das Gericht kommt deshalb in seinen Entscheidungen vom 16. 1. 2001, BWNotZ 2001, 135, und vom 17. 1. 2001, aaO zum Ergebnis, dass Gebühren der Bezirksnotare für Beurkundungen im Sinne der Richtlinie keine nach Europarecht unzulässige Steuer sind; entscheidend sei dabei nicht die Gebührengläubigerschaft der Bezirksnotare, sondern das Nebeneinander von Bezirksnotaren und nicht beamteten Notaren (LG Stuttgart BWNotZ 2001, 135). Wenn auch die beiden Entscheidungen des LG Stuttgart noch zur Modelo-Entscheidung ergangen sind, so sind sie doch gleichermaßen für die Anwendung des EuGH-Beschlusses von Bedeutung, weil der EuGH hier, bezogen auf die badischen Amtsnotare, ohne weiteres dieselben Kriterien angewendet hat, die er für die Amtsnotare in Portugal (Modelo) aufgestellt hat (der Notar ist Beamter, die Gebühren fliessen ganz oder teilweise der Staatskasse zu).

   Auch Görk (DNotZ 1999, 851/860) sieht bei der Notariatsverfassung des Landes Baden-Württemberg vor allem im württembergischen Rechtsgebiet gegenüber der in Portugal einen wesentlichen Unterschied darin, dass neben den beamteten Notaren auch selbständige Notare bestellt sind. Nachdem die Gebühren dieser Notare keine Steuer im Sinne der Richtlinie darstellen, liege es letztlich in der freien Entscheidung der Beteiligten, ob sie mit dem Beurkundungsauftrag an einen Amtsnotar dem Staat Gebührenanteile zukommen lassen wollen oder nicht (durch Beauftragung eines nicht beamteten Notars). Damit fehle es an einem wesentlichen Merkmal des Begriffs „Steuer" im Sinne der Richtlinie.

   Der EuGH-Beschluss vom 21. 3. 2002 setzt sich weder mit den Entscheidungen des LG Stuttgart (aaO) noch mit den Darlegungen von Görk (aaO) zur Definition der „Steuer" im Sinne der Richtlinie in einem Notariatssystem auseinander, bei dem anders als in Portugal beamtete Notare mit nicht beamteten Notaren konkurrieren und damit Notargebühren für Beurkundungen im Sinne der Richtlinie nicht in jedem Fall (wie in Portugal) dem Staat zufliessen, sondern nur bei Inanspruchnahme eines Amtsnotars, nicht aber eines nicht beamteten Notars.
3. Das Justizministerium Baden-Württemberg (JuM) wendet in seinem Runderlass vom 22. 5. 2001, 5856/0227 (Erlass) den EuGH-Beschluss auch auf die Bezirksnotare an mit der Weisung, Beurkundungsgebühren, die eine nach der Richtlinie unzulässige Steuer darstellen, bis auf weiteres in vollem Umfang nicht zu erheben. Der Kostenschuldner sei über die nach der Kostenordnung anfallenden Gebühren und Auslagen nebst Umsatzsteuer mit dem Hinweis zu informieren, dass die Kosten nach dem

Inkrafttreten einer mit der Richtlinie im Einklang stehenden rückwirkenden Änderung des Landesjustizkostengesetzes in voller Höhe nacherhoben werden.

Der EuGH-Beschluss befasst sich nur mit den Notaren im OLG-Bezirk Karlsruhe, nicht mit den Bezirksnotaren. Aus den in Ziff. 2 dargelegten Gründen sind Zweifel darüber angebracht, ob der EuGH-Beschluss auch auf die Bezirksnotare anzuwenden ist.

4. Nach § 3 Abs.1 LFGG erledigen die Notare im Landesdienst die Beurkundung von Rechtsvorgängen und die anderen den Notaren in der Bundesnotarordnung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege übertragenen Aufgaben wie die nicht beamteten Notare (§ 1 BNotO) als unabhängige Träger eines öffentlichen Amts.

   Das JuM kann deshalb seine aus dem Erlass ersichtliche Rechtsansicht nur unter dem Vorbehalt einer gerichtlichen Überprüfung vertreten. Der Bundesgerichtshof (BGHZ 57, 351 = DNotZ 1972, 549 = Rpfleger 1972, 129) hat dazu entschieden:

   „Die Dienstaufsichtsbehörde darf einen Notar mit Rücksicht auf dessen Unabhängigkeit nicht anweisen, eine bestimmte Rechtsansicht zu vertreten; sie darf auch bei rechtlichen Bedenken gegen die Gebührenberechnung eines Notars diesem grundsätzlich nur aufgeben, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen."

   In der Begründung dieser Entscheidung heisst es:

   „Der Notar ist nach § 1 BNotO unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Aus der Unabhängigkeit des Notars folgt ähnlich wie bei dem unabhängigen Richter, dass niemand dem Notar Weisungen für die Rechtsanwendung im Einzelfall erteilen darf. Die Aufsichtsbehörden haben zwar darauf zu achten, ob der Notar die Gesetze und die Rechtsordnung beachtet, sie müssen aber dabei die Unabhängigkeit des Notars wahren. Die Rechtsanwendung durch den Notar bei Auslegung einer Rechtsvorschrift fällt unter den Schutz der Unabhängigkeit seines Amtes. Die Aufsichtsbehörden dürfen zwar gegen Ordnungswidrigkeiten und Pflichtverletzungen einschreiten, aber bei fehlerhafter Rechtsanwendung liegt ein Grund zum Einschreiten nur vor, wenn dem Notar eine schuldhafte Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Ein solcher Vorwurf darf nicht deshalb erhoben werden, weil ein Gericht eine andere Ansicht vertreten hat. Der Notar ist kraft seiner Unabhängigkeit nicht verpflichtet, eine in anderer Sache ergangene Entscheidung zu befolgen....

   Die unrichtige Gesetzesauslegung durch einen Amtsträger stellt nur dann eine schuldhafte Pflichtverletzung dar, wenn sie gegen den klaren bestimmten und völlig eindeutigen Wortlaut eines Gesetzes verstößt. Es fehlt am Verschulden bei einer Gesetzesauslegung, die zwar unrichtig ist, die aber nach gewissenhafter Prüfung der zu Gebote stehenden Hilfsmittel auf vernünftige Erwägungen gestützt ist, wenn es sich um eine Bestimmung handelt, die für die Auslegung Zweifel in sich trägt und bei der die Zweifelsfragen noch nicht ausgetragen sind.

   Gegen diesen Grundsatz hat der Antragsgegner (die Aufsichtsbehörde) verstoßen, als sie dem Notar die Weisung erteilte, in einer zweifelhaften Rechtsfrage eine bestimmte Rechtsansicht zu befolgen und sofort entsprechend die Kostenrechnung zu berichtigen. Richtig hatte die Aufsichtsbehörde dagegen im ersten Teil einer früheren Verfügung dem Notar nur die Weisung erteilt, nach § 156 Abs. 5 (seit 1. 1. 02. Abs. 6) KostO vorzugehen, also wegen der zweifelhaften Rechtslage die Entscheidung des zuständigen Gerichts anzurufen. Gegen die darin ebenfalls liegende Durchbrechung der Unabhängigkeit bestehen keine Bedenken, weil sie gesetzlich zugelassen ist und nur zur Entscheidung eines unabhängigen Gerichts führt."

   Die Entscheidung erging in einem Verfahren nach § 111 BNotO, bei dem sich der Notar gegen die Anweisung des Präsidenten des OLG an alle Notare gewehrt hat, im Interesse der Gleichbehandlung die Rechtsprechung des OLG auf alle Fälle der Ermittlung des Geschäftswerts eines Baubetreuungsvertrags anzuwenden.

   Die Frage, ob die Anweisung im Erlass, Gebühren für Beurkundungen im Sinne der Richtlinie vorläufig nicht zu erheben, einen anfechtbaren Verwaltungsakt darstellt, ist zu verneinen, nachdem in BGHZ 57, 351/353 festgestellt wird: „Bloße Meinungsäußerungen, Belehrungen, Hinweise auf die Rechtslage oder Verwarnungen sind kein Verwaltungsakt, weil sie den Einzelfall noch nicht regeln (vgl. BGHZ 42, 390; BGHZ 51, 301)."

   Die Notare im Landesdienst sind ebenso wie die nicht beamteten Notare unabhängige Träger eines öffentlichen Amts. Die BGH-Entscheidung ist deshalb auch auf Amtsnotare bei der Erledigung ihrer Aufgaben nach § 3 Abs. 1 LFGG (Zuständigkeit in Notarsachen) anwendbar; Richter-Hammel § 4 LFGG Rz 4 verweisen zur Dienstaufsicht über die Notare im Landesdienst in Kostensachen auf diese Entscheidung. Wegen ihrer Gebührengläubigerschaft fliessen den Bezirksnotaren die Gebühren aus Beurkundungen im Sinne der Richtlinie selbst zu; das Rechtsmittel gegen den Ansatz solcher Gebühren richtet sich deshalb nicht nach § 142 KostO (Erinnerung zum Amtsgericht), sondern wie bei den nicht beamteten Notaren nach § 156 KostO (Beschwerdeverfahren zum Landgericht). Die Weisungsbeschwerde nach § 156 Abs. 6 KostO, auf die der BGH zur Klärung von Zweifelsfragen in Kostensachen hingewiesen hat, gilt deshalb auch bei Beurkundungsgebühren im Sinne der Richtlinie, die von Bezirksnotaren erhoben werden.

5. Nach Görk (DNotZ aaO S. 853) hat eine Entscheidung des EuGH über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zunächst und unmittelbar nur Wirkung inter pares. Die Bindungswirkung außerhalb des Ausgangsverfahrens (erga-omnes-Wirkung) sei schwer zu bestimmen. Es gelte dabei der Grundsatz, dass die nationalen Gerichte das Gemeinschaftsrecht in der vom EuGH gegebenen Auslegung anzuwenden oder aber die Sache erneut vorzulegen haben. Eine Auslegung, die der EuGH in einem anderen Verfahren vorgenommen habe, könne von einem nationalen Gericht (mit der Folge des Wegfalls der Pflicht zur erneuten Vorlage an den EuGH) nur dann herangezogen werden, wenn es sich um die gleiche Streitfrage handelt, d.h. um einen in wesentlichen Punkten vergleichbaren Sachverhalt.

   Die Notariatsverfassung in Baden-Württemberg unterscheidet sich in den beiden Landesteilen in wesentlichen Punkten: im württ. Rechtsgebiet sind anders als in Baden neben den Bezirksnotaren auch nicht beamtete Notare bestellt. Im Gegensatz zu den Amtsnotaren in Portugal und in Baden, auf die sich die vorliegenden EuGH-Entscheidungen beziehen, führen die Bezirksnotare ihr Amt als Notar in unmittelbarer „Konkurrenz" zu nicht beamteten Notaren mit einem quasi freiberuflichen Verständnis; sie sind selbst Gläubiger der Notargebühren. Beurkundungen im Sinne der Richtlinie werden im Bezirk des OLG Stuttgart häufig von nicht beamteten Notaren vorgenom-

men. Deshalb liegt kein Sachverhalt vor, der in wesentlichen Punkten mit den vom EuGH entschiedenen Sachverhalten (Amtsnotariat in Portugal und in Baden) vergleichbar wäre (zweifelnd Görk aaO S. 860).

Damit ist es zumindest offen, ob ein Gericht, das mit einer entsprechenden Kostensache eines Bezirksnotars befasst wird, sich an die vorliegenden EuGH-Entscheidungen gebunden fühlt oder die Sache erneut dem EuGH vorlegen wird. Wegen dieser zweifelhaften Rechtslage können Bezirksnotare, gestützt auf vorgenannte BGH-Entscheidung, bis zum Vorliegen einer gegenteiligen rechtskräftigen Gerichtsentscheidung davon ausgehen, der EuGH-Beschluss sei auf sie nicht anwendbar. Solange stellt eine Gebührenerhebung in „Missachtung" des Erlasses keine schuldhafte Pflichtverletzung dar (BGH aaO). Der Bezirksnotar muss dem Kostenschuldner eine § 154 KostO entsprechende Kostenrechnung erteilen, damit sich das Beschwerdegericht nach Einlegung einer Beschwerde mit der Kostenproblematik sachlich befassen kann (Rohs-Wedewer § 156 KostO Rz 3 mwN).

6. Erhebt ein Bezirksnotar im Widerspruch zum Erlass Gebühren, so kann er selbst eine gerichtliche Klärung im Sinne der in Ziff. 4 genannten BGH-Rechtsprechung, ob der EuGH-Beschluss auf Bezirksnotare anwendbar ist, nicht herbeiführen, weil ihm kein Erstbeschwerderecht zusteht (Rohs-Wedewer § 156 KostO Rz 22). Er muss abwarten, ob ihn seine vorgesetzte Dienstbehörde (Bezirksrevisor) anweist, eine Kostenentscheidung iSv. § 156 Abs. 6 KostO herbeizuführen. Er sollte deshalb dem für ihn zuständigen Bezirksrevisor eine Mehrfertigung der Kostenrechnung zuleiten, damit dieser über eine Anweisung nach § 156 Abs. 6 KostO entscheiden kann. Der Notar sollte dabei feststellen, dass im gegebenen Fall die Gebühren für Beurkundungen im Sinne der Richtlinie höher sind, als die pauschal ermittelten Kosten des Landes; trifft dies nicht zu, so sind die Beurkundungsgebühren ohne weiteres zu erheben, weil sie Abgaben mit Gebührencharakter sind und keine unzulässige Steuer (Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie).

   Bei der Weisungsbeschwerde (§ 156 Abs. 6 KostO) darf dem Notar nicht auferlegt werden, eine bestimmte Rechtsansicht, etwa im Sinne des Erlasses, zu vertreten (BGH DNotZ 1988, 254/255). Dem Notar dürfen in diesem Verfahren keine Kosten entstehen (§ 156 Abs. 6 S. 2 KostO).

   Ein Beschwerdeverfahren kann auch der Kostenschuldner in Gang setzen, indem er den Gebührenansatz gegenüber dem Notar beanstandet mit der Folge, dass der Notar die Entscheidung des Landgerichts beantragen kann, oder indem der Kostenschuldner selbst Beschwerde beim Landgericht einlegt (§ 156 Abs. 1 KostO).

   Ein Beschwerdeverfahren hat keine aufschiebende Wirkung, ausser der Vorsitzende des Beschwerdegerichts hat auf Antrag oder von Amts wegen die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise angeordnet (§ 156 Abs. 4 S. 2 und 3 KostO). Ist ein Beschwerdeverfahren ohne aufschiebende Wirkung anhängig, so kann der Notar dem Kostenschuldner dennoch mitteilen, dass bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens kein zwangsweiser Kosteneinzug erfolgen wird; zahlt der Kostenschuldner dann gleichwohl, so kann er keinen Schadensersatz im Sinne von § 157 KostO verlangen (Rohs-Wedewer § 157 KostO Rz 7).

   Weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Landgerichte unterschiedlich entscheiden, wäre es wünschenswert, dass wenigstens ein Landgericht die weitere Beschwerde im Sinne von § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO zulässt und diese dann auch eingelegt wird.

7. Im übrigen fällt auf, dass Rückerstattungen auf Grund des EuGH-Beschlusses in Ziff. 2.4 des Erlasses von einem entsprechenden Verlangen des Kostenschuldners und von einem Beschwerdeverfahren nach § 156 KostO abhängig gemacht werden. Dabei wird es im Einzelfall schwierig oder gar ausgeschlossen sein, nachträglich festzustellen, ob die erhobene Gebühr höher ist, als der entstandene Verwaltungsaufwand.

Immobilienerwerb durch mehrere: „halbe/halbe" oder gemeinsam?

Ein Rechtsvergleich zwischen Miteigentümergemeinschaft und BGB-Gesellschaft, vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten des Innenverhältnisses mehrerer Erwerber

Von Notar Justizrat Dr. Ulrich Mayer, Ettlingen

I.

Einleitung, Problemstellung:

Bei der Abfassung eines Grundstückskaufvertrages hat der Notar sein Augenmerk hauptsächlich auf die exakte Festlegung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien zu richten. In den Hintergrund tritt dabei manchmal Regelungsbedarf, welcher bei mehreren Erwerbern für deren Innenverhältnis besteht.

Beispiele dafür können sein, dass zwei Partner in nichtehelicher Lebensgemeinschaft auf Dauer zusammenleben wollen; zwei Brüder wollen ein Baugrundstück in Miteigentum zu gleichen Teilen erwerben, sie sind gleichzeitig Gesellschafter einer GmbH (Modell „Betriebsaufspaltung"), die Ehefrauen zweier Brüder kaufen einen Bauplatz um danach Wohnungseigentum zu bilden und als Bauträger tätig zu sein.

All diesen Fällen ist gemeinsam, dass sich die Erwerber über das Innenverhältnis keine Gedanken gemacht haben. In aller Regel wollen die Erwerber das Objekt irgendwie „gemeinsam" erwerben – ob zur Hälfte Bruchteilseigentum oder aber in Gesellschaft bürgerlichen Rechts – das wird regelmäßig dem Notar überlassen bleiben[1].

Dieser ist ja bekanntermaßen nach § 17 BeurkG den Notar dazu verpflichtet, den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt zu klären, die Beteiligten über die rechtliche

1 sehr anschaulich der Bericht von Karsten Schmidt von seinen persönlichen Erfahrungen mit Hamburger Notaren in ZIP 1998,5. In Hamburg, so sei er vor ca. 2 Jahrzehnten vom Notar belehrt werden, erwürben Ehegatten in Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben.

Nach Ansicht des BGH[2] darf sich der Notar nicht darauf beschränken, in der Urkunde nur die Hauptleistungspflichten der Beteiligten zu regeln, er schulde vielmehr eine umfassende, ausgewogene und interessengerechte Vertragsgestaltung. Der Notar sei verpflichtet, je nach Art des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts unter Auswertung der Erfahrungen der Kautelarjurisprudenz alle regelungsbedürftigen Fragen ansprechen, die hierzu nötigen Belehrungen erteilen und bei Bedarf entsprechende Regelungen vorschlagen. Er könne auch nicht erwarten, daß die Beteiligten diese Fragen selbst erkennten und zur Diskussion stellten.

Während sich der Zweck einer Bruchteilsgemeinschaft darauf beschränkt, gemeinschaftlich Eigentum zu erwerben, setzt die Entstehung einer Gesellschaft einen zusätzlichen Zweck voraus, es reicht hier aber grundsätzlich jeder erlaubte wirtschaftliche oder ideelle Zweck aus.

Nach Auffassung des BGH[3] bestehen keinerlei Zweifel daran, daß der Erwerb eines Grundstücks und dessen Halten, Verwalten und Bewohnen Zweck einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sein kann. Sogar Ehegatten könnten ihre vermögensrechtlichen Beziehungen gesellschaftsrechtlich ausgestalten, auch wenn dadurch gleichzeitig Verpflichtungen berührt werden, die sich im Prinzip bereits aus den Vorschriften des Familienrechts ergeben.

Insbesondere bei nicht verheirateten oder – nicht verpartnerten – Erwerbern stellt sich somit die Frage, ob der bloße Erwerb zu Bruchteilen ihrer Interessenlage gerecht wird, oder ob nicht der Erwerb in Gesellschaft bürgerlichen Rechts die bessere Alternative darstellt.

Um hier eine Entscheidungshilfe zu bieten, sollen nachfolgend zunächst die unterschiedlichen Auswirkung der beiden Erwerbsformen in verschiedenen Situationen einander gegenüber gestellt werden, wobei zugrundegelegt wird, dass keine besonderen Regelungen getroffen werden; Rechte und Pflichten der Beteiligten-Gesellschafter also ausschließlich den gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen sind.

In einem weiteren Abschnitt werden sodann ausgewählte Gestaltungsmöglichkeiten im BGB-Gesellschaftsvertrag erörtert.

II.
Gegenüberstellung Bruchteilseigentum/Gesellschaftsanteil

1. Veräußerbarkeit

a) Bruchteilseigentum

Beim Bruchteilseigentum handelt es sich um ein dem Sacheigentum gleichartiges Eigentum und ein selbständiges Recht in gleicher Art wie das Recht als ganzes[4] die Miteigentumsquote gibt allein den Umfang des Rechtes an. Auf das Bruchteilseigentum sind daher außer den §§ 1008 bis 1011 BGB sämtliche Vorschriften anwendbar, die auch für das Alleineigentum anwendbar sind. Daraus folgt, dass auch Bruchteilseigentum grundsätzlich veräußerbar ist. Jeder Miteigentümer kann über seinen Anteil verfügen, in vollem Umfange und ohne Zustimmung oder auch nur Rücksichtnahme auf die Miteigentümer. Mit Wirkung gegenüber Dritten kann diese Befugnis auch nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (§ 137 Abs. 1 Satz 1 BGB). Somit kann jeder Bruchteilseigentümer jederzeit seinen Anteil veräußern oder belasten. Hierzu bedarf es insbesondere nicht der Zustimmung des anderen Miteigentümers, oder einer Kündigung. Die Bruchteilsgemeinschaft wird als „Interessengemeinschaft ohne Zweckgemeinschaft" bezeichnet[5] ihre Bedeutung erschöpft sich allein in der gemeinsamen Berechtigung an einem bestimmten Gegenstand[6]. Der Unterschied zur Gesellschaft besteht darin, dass die Interessen der einzelnen Teilhaber lediglich in Bezug auf diesen Gegenstand bis zu einem gewissen Grade gleichlaufend sind, die Ziele und die mit dem Eigentum verfolgten Zwecke dagegen verschieden sein können.

b) BGB-Gesellschaft

Ganz anders ist die Lage, wenn in Gesellschaft bürgerlichen Rechts erworben wurde. Wurde noch in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts überwiegend angenommen, dass Anteile an einer Personengesellschaft grundsätzlich nicht übertragbar seien[7] so sind nach heutigem Meinungsstand Anteile an einer BGB-Gesellschaft übertragbar, jedenfalls wenn dies im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist oder wenn die Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter vorliegt. Genau besehen kennt indessen das BGB einen „Anteil" an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht als eigenständiges Objekt, es spricht lediglich vom Gesellschaftsvermögen[8]. Dieses unterliegt der gesamthänderischen Bindung aller Gesellschafter. Zu einem eigenständigen Vermögensgegenstand wird dieser „Anteil" erst bei Auflösung der Gesellschaft, wenn nach der Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und der Rückerstattung der Einlagen ein Überschuss verbleibt. Von daher spricht das Gesetz auch nicht von Anteilsübertragung, sondern vom Eintritt und Austritt von Gesellschaftern. Dies bringt zum Ausdruck, dass nicht lediglich ein Objekt – wie etwa ein Geschäftsanteil bei einer GmbH oder eine Aktie bei Aktiengesellschaften – erworben wird, sondern dass jemand in eine durch das BGB und den Gesellschaftsvertrag festgelegte Konstellation an Rechten und Pflichten einrückt bzw. aus diesen Rechten und Pflichten entlassen wird, der Begriff „Beteiligung" oder Mitgliedschaft[9] beschreibt diese Umstände treffender.

Ohne ausdrückliche Zulassung im Gesellschaftsvertrag ist daher der Anteil an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht übertragbar.

2. Auseinandersetzung

a) Bruchteilseigentum

Ausgehend davon, dass Bruchteilseigentum meist durch Gesetz, Rechtsgeschäft oder tatsächliche Handlungen entsteht, sieht § 749 BGB einen jederzeitigen Aufhebungsanspruch eines jeden Teilhabers vor. Dieser unterliegt nicht der Verjährung (§ 758 BGB). Da sich eine Immobilie regelmäßig nicht in gleichartige, dem Bruchteilseigentum entsprechende Teile zerlegen lässt, wird eine Teilung in Natur nur ausnahmsweise in Betracht kommen und die Aufhebung der Gemeinschaft nach § 753 BGB regelmäßig durch

2 BGH, MittBayNot 1994, 460 unter Berufung auf Reithmann in: Reithmann/Röll/Geßele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 6. Aufl., Rdnr. 20 ff.; Haug a.a.O. Rdnr. 557).
3 BGH DNotZ 1982, 159.
4 BGHZ 36, 368.
5 Palandt/Sprau, BGB, 60. Aufl. 2001, § 741 Rn. 1; MünchKomm-Ulmer, a.a.O., § 727 Rn. 26.
6 BGH, DNotZ 1986, 143.
7 RGZ 83, 314, RGZ 128, 172, 176.
8 etwa in § 733 BGB.
9 so die Bezeichnung in MünchKomm-Ulmer. § 723 Rdnr. 151.

Zwangsversteigerung und Teilung des Erlöses erfolgen müssen.

Für Ehegatteneigentümergemeinschaften besteht die besondere Schutzvorschrift des § 180 Abs. 3 ZVG, wonach auf Antrag eines Ehegatten oder früheren Ehegatten die einstweilige Einstellung des Verfahrens anzuordnen ist, wenn dies zur Abwendung einer ernsthaften Gefährdung des Wohls eines gemeinschaftlichen Kindes erforderlich ist. Auch die mehrfache Wiederholung der Einstellung ist zulässig, bis zu einer Gesamtdauer von fünf Jahren (§ 180 Abs. 4 ZVG)

Zur Einleitung des Versteigerungsverfahrens ist ein vollstreckbarer Titel nicht erforderlich, es reicht aus, wenn der Antragsteller als Eigentümer im Grundbuch eingetragen oder Erbe eines eingetragenen Eigentümers ist, oder wenn er das Recht des Eigentümers oder des Erben auf Aufhebung der Gemeinschaft ausübt. (§ 181 ZVG).

b) BGB-Gesellschaft

§ 723 BGB normiert ein jederzeitiges Kündigungsrecht der Gesellschafter für den gesetzlichen Regelfall der auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft. Eine besondere Kündigungsfrist sieht das Gesetz nicht vor, die einzige Einschränkung besteht darin, dass die Kündigung ohne wichtigen Grund nicht zur Unzeit geschehen darf.

Durch die Kündigung wird die Gesellschaft aufgelöst, sie muß abgewickelt und das Gesellschaftsvermögen unter den Gesellschaftern auseinandergesetzt werden.

Für die Teilung gelten ergänzend die Vorschriften über die Gemeinschaft; auf die Ausführungen zur Bruchteilsgemeinschaft wird daher verwiesen.

Das Gesetz enthält ferner in den §§ 732 – 735 BGB noch weitere Verfahrensschritte für die Aufhebung der Gemeinschaft.

Zunächst sind die gemeinschaftlichen Schulden zu tilgen; aus dem danach verbleibenden Gesellschaftsvermögen sind die Einlagen zurückzuerstatten. Für Einlagen, die nicht in Geld bestanden haben, ist der Wert zu ersetzen, den sie zur Zeit der Einbringung gehabt haben.

Verbleibt nach der Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und der Rückerstattung der Einlagen ein Überschuß, so gebührt er den Gesellschaftern nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Gewinne. Entsprechendes gilt für einen Fehlbetrag.

Anders als Bruchteilseigentümer, die auf Rückforderungsansprüche nach Bereicherungsrecht § 812 I 2 1.Alt. (wie etwa die Auflösung der nehel. Lebensgemeinschaft als Wegfall des rechtlichen Grundes für die Leistung) angewiesen wären, trifft hier das BGB eine originäre Regelung.

3. Ausschließung eines Beteiligten

a) Bruchteilseigentum

Ausser dem vorstehend dargestellten Auseinandersetzungsanspruch sieht das Gesetz bei Bruchteilseigentum keine Möglichkeit vor, einen Miteigentümer auszuschließen. Eine solche Möglichkeit ist nur für spezielles Miteigentum (verbunden mit Sondereigentum) in § 18 WEG vorgesehen.

b) BGB-Gesellschaft

Bei einer Gesellschaft, die aus mehr als zwei Personen besteht, kann ein Gesellschafter, unter den Voraussetzungen des § 723 Abs. 1 Satz 2 (vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung wesentlicher Vertragspflichten) durch die übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Die Ausschließung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem auszuschließenden Gesellschafter.

Sein Anteil am Gesellschaftsvermögen wächst dann den übrigen Gesellschaftern zu (§ 738 BGB). Diese sind verpflichtet, dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Maßgabe des § 732 zurückzugeben, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

4. Vererblichkeit

a) Bruchteilseigentum

Bruchteilseigentum ist frei vererblich. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass es sich um ein dem Sacheigentum gleichartiges Eigentum handelt. Die Erben können allerdings – wenn sie die Gemeinschaft nicht fortsetzen wollen – die Auseinandersetzung durch Teilungsversteigerung betreiben.

b) BGB-Gesellschaft

Als gesetzlicher Regelfall bestimmt § 727 BGB, dass die Gesellschaft durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst wird, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergibt. Eine Mitgliedschaft in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist also grundsätzlich unvererblich. Die Vererblichkeit ist nur gegeben, wenn und soweit sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen und zugelassen ist.

Sieht der Gesellschaftsvertrag keine solche Regelung vor, so hat sich der verbleibende Gesellschafter mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters über das Gesellschaftsvermögen auseinanderzusetzen.

Die Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis wirken indessen nach. So hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters bei Gefahr im Verzug die seinem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweitig Fürsorge treffen können.

Die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend. (§ 727 Abs. 2 BGB)

Für die Durchführung der Auseinandersetzung verweist § 731 BGB auf die Vorschriften über die Gemeinschaft. Der dort einschlägige § 753 BGB bestimmt für Grundstücke, dass die Aufhebung der Gemeinschaft durch Zwangsversteigerung zu erfolgen hat.

Insoweit ist die gesetzliche Ausgangslage gleich wie bei der Bruchteilsgemeinschaft.

Allerdings kann durch entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages diese unliebsame Folge ausgeschlossen werden.

5. Zwangsvollstreckungsmaßnahmen

a) Bruchteilsgemeinschaft

Gläubiger können sich wegen ihrer Forderungen den

Anspruch des Schuldners und Miteigentümers auf Aufhebung der Grundstücksgemeinschaft pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.

Sie können danach jederzeit die Teilungsversteigerung gem. §§ 180, 181 ZVG betreiben.

b) BGB-Gesellschaft

§ 725 BGB sieht vor, dass Gläubiger eines gepfändeten Gesellschafteranteils die Gesellschaft – ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist – kündigen können, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist.

Die Kündigung ist allen übrigen Gesellschaftern gegenüber zu erklären und wird erst wirksam, wenn sie jedem von ihnen zugegangen ist[10]. Weiterhin bedarf es nach Ansicht von Ulmer[11] noch einer Erklärung gegenüber dem Gesellschafter, dessen Anteil gepfändet ist.

Durch die Kündigung wird die Gesellschaft aufgelöst; der verbleibende Gesellschafter hat sich mit den Pfändungsgläubigern über das Gesellschaftsvermögen auseinanderzusetzen.

6. Zusammenfassung:

Bruchteilseigentum kann jederzeit auf Verlangen eines Miteigentümers aufgehoben werden. Beim Nichtzustandekommen sonstiger Vereinbarungen erfolgt dies durch Zwangsversteigerung.

Auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann durch jederzeitige Kündigung aufgelöst werden. Es ergeben sich dann ähnliche Rechtsfolgen wie bei der Bruchteilsgemeinschaft. Hier können allerdings durch vertragliche Vereinbarungen bedarfsgerechte Modifikationen erfolgen.

Bruchteilseigentum ist frei und ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer veräußerbar; ein BGB-Gesellschaftsanteil hingegen nicht, sofern dies nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist.

Bruchteilseigentum ist frei vererblich.
Die BGB-Gesellschaft wird im gesetzlichen Regelfall durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst. Der verbleibende Gesellschafter hat sich mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters über das Gesellschaftsvermögen auseinanderzusetzen. Dies erfolgt regelmäßig durch Zwangsversteigerung.

Im Fall der Insolvenz eines Beteiligten und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das Objekt bzw. den Gesellschaftsanteil ergeben sich keine grundlegenden Unterschiede.

Es empfiehlt sich daher, in allen Fällen, in denen ein Objekt von Personen erworben wird, deren Innenverhältnis nicht durch die Regelungen über Ehe oder Lebenspartnerschaft gestaltet wird, den Erwerb in Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorzunehmen. Selbst wenn die Beteiligten es bei den gesetzlichen Vorschriften beließen, wären sie gegenüber dem Erwerb in Bruchteilseigentum nicht schlechter gestellt. Mit dem Erwerb in Gesellschaft bürgerlichen Rechts eröffnet sich jedoch die Möglichkeit, das Innenverhältnis bedarfs- und interessengerecht auszugestalten.

Eine entsprechende Formulierung könnte lauten:

„Die Erwerber erwerben in Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zu der sie sich zum Zwecke des Erwerbs und der Nutzung des Vertragsgegenstandes zusammengeschlossen haben. Im Innenverhältnis gelten bis zur Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages die gesetzlichen Bestimmungen des BGB über die Gesellschaft bürgerlichen Rechtes".

Der Notar hat die Erwerber auf die gesamtschuldnerische Haftung hingewiesen und auf die Möglichkeit, den Gesellschaftsvertrag durch Regelungen für den Trennungs- und den Todesfall zu ergänzen.

III.
Gestaltungsmöglichkeiten im Gesellschaftsvertrag:

Vor allem in zwei Lebensbereichen zeigen sich die Vorzüge einer BGB-Gesellschaft gegenüber dem bloßen Miteigentum. Es lassen sich vielfältige Regelungen für den Trennungs- sowie den Todesfall treffen. Einige davon soll nachfolgend exemplarisch vorgestellt werden.

1. Vereinbarungen für den Trennungsfall

Zunächst könnte die Kündigung der Gesellschaft vertraglich an das Vorliegen eines wichtigen Grundes gebunden werden. Voraussetzung dafür ist nach § 723 Abs. 1 S. 2 BGB, dass eine Zeitdauer für die Gesellschaft bestimmt wurde. Allzu hohe Voraussetzungen sind hieran nicht zu stellen, es reicht aus dass irgendwie die Dauer der Gesellschaft beschränkt ist[12]; die Zeitdauer kann auch durch Knüpfen an ein bestimmtes Ereignis bestimmt werden. Keinen Kündigungsausschluß bewirkt allerdings die Anbindung der Dauer der Gesellschaft an die Lebenszeit eines Gesellschafters; nach § 724 BGB kann eine solche befristete Gesellschaft ebenso wie eine für unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft gekündigt werden.

Ferner können für die Kündigung einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft vertraglich Fristen vereinbart werden. Sie können den Partner vor Überraschungen schützen. Solche Vereinbarungen werden nicht als Beschränkungen des Kündigungsrechtes im Sinne des § 723 Abs. 2 BGB angesehen[13]. Weiter können im Rahmen der Auseinandersetzung nach einer Kündigung Übernahmerechte für die Immobilie zugunsten eines Partners vereinbart werden.

Sollte schon von vornherein absehbar sein, daß eine Übernahme für einen Partner aus finanziellen Gründen nicht möglich ist, wäre eine wechselseitige Verkaufsverpflichtung zum Schätzwert sinnvoll.

2. Vereinbarungen für den Todesfall

Durch den Tod eines Gesellschafters der BGB-Gesellschaft wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, wenn dies als Ausnahme von der gesetzlichen Regel im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist (§ 727 Abs. 1 BGB). Hierbei ist es von den konkreten Regelungen im Gesellschaftsvertrag abhängig, wie sich die erbrechtliche Nachfolge in den Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters vollzieht. Insoweit kommt vor allem die Vereinbarung einer Fortsetzungsklausel, einer Nachfolgeklausel sowie einer Eintrittsklausel in Betracht.

Diese werden zunächst im Überblick dargestellt, wobei die Gesellschafterzahl außer Acht bleibt, anschließend werden die Besonderheiten bei der zweigliedrigen Gesellschaft erörtert.

10 MünchKomm-Ulmer, § 723 Rdnr. 14.
11 MünchKomm-Ulmer, § 723 Rdnr. 14.

12 Palandt/Sprau, BGB, 60. Aufl. 2001, § 723 Rn. 3; RG 136, 241.
13 MünchKomm-Ulmer, a.a.O., § 723 Rn. 51.

a) Nachfolgeklausel

Durch Vereinbarung einer sog. Nachfolgeklausel kann geregelt werden, daß die Mitgliedschaft unter Ausschluß der gesetzlichen Auflösungsfolge unmittelbar auf einen oder mehrere Nachfolger übergehen soll. Mittels einer solchen Klausel wird die Gesellschaftsbeteiligung abweichend von der Grundregel des § 727 BGB vererblich gestellt[14]. Läßt der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft allgemein mit „den Erben" zu, so bezeichnet man eine solche Klausel als „einfache Nachfolgeklausel"; können jedoch nur bestimmte Miterben die Nachfolge antreten, so spricht man von einer „qualifizierten" Nachfolgeklausel.

Der Übergang der Beteiligung vollzieht sich nach Erbrecht, so daß neben der gesellschaftsvertraglichen Regelung (die die Zulassung einer Person oder eines Personenkreises als Nachfolger betrifft) weiter notwendig ist, daß der betreffende Nachfolger gesetzlicher oder letztwillig bestimmter Erbe des verstorbenen Gesellschafters ist.

Soweit ein Alleinerbe bzw. eine Erbenmehrheit als Nachfolger des verstorbenen Gesellschafter in die Gesellschaft nachfolgen, treten die neuen Gesellschafter in die Rechte und Pflichten des Verstorbenen ein. Sind mehrere Erben vorhanden, werden diese kraft Sondererbfolge, geteilt entsprechend der Miterbenquote, Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters[15]; die Erbengemeinschaft als solche kann nicht Mitglied einer BGB-Gesellschaft sein. Dies bedeutet auch eine Vervielfältigung des Stimmrechtes, wenn dieses nach Köpfen ausgestaltet ist, und der Gesellschaftsvertrag keine Abweichung vorsieht. Bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages wäre auf diese unerwünschte Nebenfolge zu achten.

Sieht der Gesellschaftsvertrag eine Nachfolgeklausel vor, so entstehen keine Abfindungsansprüche gegenüber der Gesellschaft, da der Gesellschaftsanteil in diesem Fall unmittelbar auf den Nachfolger-Erben übergeht.

Trotz dieser Sondererbfolge gehört der Gesellschaftsanteil zum Nachlaß des verstorbenen Gesellschafters[16]. Das hat Auswirkungen vor allem dahingehend, daß auch diese Gesellschaftsanteile den Nachlaßgläubigern als Haftungsobjekt zur Verfügung stehen und andererseits, daß der Wert dieser Anteile bei der Berechnung etwaiger Pflichtteilsansprüche zu berücksichtigen ist. Bei Abfassung einer qualifizierten Nachfolgeklausel ist dafür Sorge zu tragen, daß auch eine korrespondierende letztwillige Verfügung getroffen wird, die ihrerseits regelt, ob und in welcher Form der nachfolgeberechtigte Erbe gegenüber anderen Miterben zur Ausgleichung verpflichtet ist.

b) Eintrittsklausel

Enthält der Gesellschaftsvertrag eine sogenannte Eintrittsklausel, so wird beim Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft zunächst unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt. Die in der Eintrittsklausel bezeichneten Personen haben jedoch das Recht auf Beitritt zur fortbestehenden Gesellschaft, sie werden jedoch anders als bei Verwendung einer Nachfolgeklausel nicht eo ipso Gesellschafter. Es handelt sich bei der Eintrittsklausel um einen Vertrag zugunsten Dritter, der diesen mit dem Todesfall ein eigenes Recht zum Beitritt zur Gesellschaft einräumt. Der Beitritt zur Gesellschaft bedarf nach dem Todesfall einer gesonderten Erklärung. Die Rechtslage ist insoweit wie bei dem Eintritt eines neuen Gesellschafters kraft Rechtsgeschäfts zu behandeln.

Daher ist bei Vereinbarung einer Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag zu regeln, ob ein Abfindungsanspruch – welcher normalerweise den Erben des verstorbenen Gesellschafters als Nachlaßgegenstand zusteht – nicht ausgeschlossen werden soll.

Hier empfiehlt es sich den Abfindungsanspruch zunächst ausschließen, auflösend bedingt allerdings durch den Nichteintritt der berechtigten Person.

c) Fortsetzungsklausel

Sieht der Gesellschaftsvertrag vor, daß beim Tode eines Gesellschafters die werbende Gesellschaft unter den überlebenden Gesellschaftern fortbestehen soll (§ 736 BGB), handelt es sich nach herkömmlicher Terminologie um eine sog. Fortsetzungsklausel. In diesem Fall scheidet der Gesellschafter mit seinem Tod aus der Gesellschaft aus, seine Mitgliedschaft erlischt, seine Mitberechtigung am Gesamthandsvermögen entfällt und wächst den Mitgesellschaftern ohne weiteren Übertragungsakt an (§ 738 Abs. 1 BGB).

Den Erben des verstorbenen Gesellschafters steht lediglich ein Abfindungsanspruch zu. Darüber hinaus haben die Erben des ausgeschiedenen Gesellschafters gem. § 738 Abs. 1 S. 2 2. Hs. BGB einen Anspruch auf Schuldbefreiung. Dieser Anspruch bezieht sich jedoch nur auf die persönliche Haftung des Ausgeschiedenen als Gesamt- oder Teilschuldner für fällige Gesamthandsverbindlichkeiten, nicht jedoch auf den gegen die Gesamthand gerichteten Anspruch des Gläubigers[17]. Diese Gesamthandsschuld bleibt vielmehr auch durch das Ausscheiden eines Gesellschafters unberührt[18].

d) Besonderheiten für zweigliedrige Gesellschaft

aa) Übernahme durch verbleibenden Gesellschafter

Die in § 736 BGB vorgesehene Möglichkeit, gesellschaftsvertraglich zu bestimmen, daß bei Versterben eines Gesellschafters die BGB-Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter fortgeführt wird scheidet bei zweigliedrigen BGB-Gesellschaften aus; den sie setzt zwingend voraus, daß nach Versterben eines Gesellschafters mindestens noch zwei Gesellschafter verbleiben.

Auch die zuvor behandelte Eintrittsklausel setzt gleichfalls zwingend voraus, daß zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Eintrittsrechts eine Gesellschaft besteht und somit im Zeitpunkt des Todes des verstorbenen Gesellschafters mindestens zwei weitere Gesellschafter vorhanden sind.

Ist deshalb bei einer Zwei-Personen-BGB-Gesellschaft ein Eintrittsrecht für einen Dritten für den Fall des Todes eines der beiden Gesellschafter begründet, so wird – da der Anteil des Verstorbenen nicht auf den Eintrittsberechtigten kraft Erbfolge übergeht – die Gesellschaft zwingend beendet. Es bleibt hier nur der Weg der Neugründung der Gesellschaft.

Allerdings können die Gesellschafter im Vertrag vereinbaren, daß bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters oder aller übrigen Gesellschafter der letzte das Vermögen der Gesellschaft als Gesamtrechtsnachfolger übernimmt[19].

Bei entsprechender Ausgestaltung der Klausel kann die Übernahme mit automatischer Wirkung versehen werden. Dem verbliebenen Gesellschafter wächst dann beim Tode

14 BGHZ 68, 225, 229.
15 Palandt/Sprau, BGB, 60. Aufl. 2001, § 727 Rn. 3; MünchKomm-Ulmer, a.a.O., § 727 Rn. 26); BGH NJW 1999, 571.
16 BGHZ 98, 48, 52 FF. = NJW 1986, 2431; BGHZ 108, 187, 192 ff. = NJW 1989, 3152.
17 MünchKomm-Ulmer, a.a.O., § 739 Rn. 59.
18 MünchKomm-Ulmer, a.a.O., § 714 Rn. 64.
19 BGH NJW 1994, 796.

des vorletzten Gesellschafter dessen Anteil gemäß § 738 Abs. 1 S. 1 BGB an. Besondere Übertragungsakte sind hierfür nicht erforderlich. Deshalb ist, soweit sich im Gesellschaftsvermögen Grundbesitz befindet, eine Auflassung an den übernehmenden Gesellschafter nicht notwendig, es genügt ein Antrag auf Grundbuchberichtigung. Bei einer eindeutigen Klausel kann dem Grundbuchamt die Grundbuchunrichtigkeit gemäß § 22 GBO durch Vorlage eines (zumindest öffentlich beglaubigten) Gesellschaftsvertrages und einer Sterbeurkunde nachgewiesen werden[20]. Ein notariell (beurkundeter oder beglaubigter) Gesellschaftsvertrag hat somit die Wirkung eines fiktiven „gegenständlich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten" Erbscheins; er weist den Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs nach.

Vertraglich kann aber auch ein bloßes Übernahmerecht vereinbart werden. Zur Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf den Übernehmenden ist in diesem Falle eine Gestaltungserklärung des Übernahmeberechtigten erforderlich. Bis zur Abgabe der Übernahmeerklärung befindet sich die Gesellschaft im durch den Tod eines der beiden Gesellschafter ausgelösten Liquidationsstadium.

Wird ein gesellschaftsvertraglich vereinbartes Übernahmerecht ausgeübt, so entsteht zu Gunsten der Erben des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters ein Abfindungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB, der in den Nachlaß fällt. Die Höhe dieses Abfindungsentgeltes läßt sich im Gesellschaftsvertrag bestimmen.

bb) Vereinbarung eines Abfindungsausschlusses

Besondere Aufmerksamkeit verdient die Möglichkeit, eine automatische Übernahme zu vereinbaren, und dabei Abfindungsansprüche zu Lasten der Erben des verstorbenen Gesellschafters vollständig auszuschließen.

Sind die Erben auch pflichtteilsberechtigt, so stellt sich die Frage, ob ein gesellschaftsvertraglich vereinbarter Abfindungsausschluß Pflichtteilsergänzungsansprüche auslöst. Solche Ansprüche im Sinne des § 2325 Abs. 1 BGB setzen allerdings voraus, daß der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat. Nach der Rechtsprechung des BGH[21] ist hierbei auf die Begriffsbestimmung des § 516 BGB zu rekurrieren. Zu der Bereicherung des anderen Teiles muß danach noch eine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung oder – bei der gemischten Schenkung – des nicht durch die Gegenleistung abgegoltenen Teils der Zuwendung hinzukommen. Dabei können die Vertragspartner im Rahmen der Vertragsfreiheit den Wert der auszutauschenden Leistungen selbst bestimmen und also auch die Größe eines sich etwa ergebenden Überschusses festlegen. Ist allerdings bei einem Vertrage, durch den wesentliche Vermögensteile einem anderen zugewendet werden, ein auffallendes, grobes Mißverhältnis zwischen den (bei verständiger und den Umständen nach (noch) vertretbarer Beurteilung) zugrunde zu legenden Werten von Leistung und Gegenleistung festzustellen, dann ist im Einklang mit der Lebenserfahrung zunächst davon auszugehen, daß die Vertragsparteien dies erkannt haben und sich in Wahrheit über die Unentgeltlichkeit der Bereicherung einig waren.

Allerdings hat der BGH der Aufnahme eines Gesellschafters in eine offene Handelsgesellschaft grundsätzlich keinen Schenkungscharakter i.S. von § 516 BGB zugemessen, nicht einmal dann, wenn die Aufnahme in einem besonderen Fall unter besonders günstigen Bedingungen für den neuen Gesellschafter erfolge und für ihn wirtschaftlich vorteilhaft sei[22].

Zur Begründung wird vom BGH angeführt, in der Übernahme der Pflichten eines Gesellschafters, insbesondere in dem regelmäßig geschuldeten Einsatz seiner vollen Arbeitskraft für das Unternehmen, und vor allem in der Übernahme der persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft liege eine entsprechende Gegenleistung. Es müßten schon besondere Umstände vorliegen, um in einem solchen Fall gleichwohl eine gemischte Schenkung annehmen zu können.

Sicherlich kann diese Begründung nicht auf eine BGB-Gesellschaft übertragen werden, deren Zweck sich in dem Halten und dem Benutzen einer Immobilie erschöpft und somit regelmäßig nicht den Einsatz der vollen Arbeitskraft der Gesellschafter erfordert. Hier wäre von einer Schenkung – jedenfalls im Sinne des Pflichtteilsrechts – auszugehen.

In einer weiteren Entscheidung hat der BGH die Frage zu behandeln gehabt, ob der Ausschluß einer Abfindung beim Tode eines Gesellschafters als Schenkung zu werten sei[23].

Er hat dabei zwar an dem Grundsatz festgehalten, daß der allseitige Abfindungsausschluß für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters für sich allein nicht als Schenkung zu werten sei, weil ja beide Teile das gleiche Risiko auf sich nähmen, aber für die Unentgeltlichkeit der Zuwendung die Frage für bedeutsam erachtet, ob die Beteiligten bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages von unterschiedlichen Lebenserwartungen ausgegangen seien.

Der Auffassung des BGH ist zu folgen. Wenn sich im Hinblick auf große Altersunterschiede der Gesellschafter oder schwere Erkrankung eines Gesellschafters im Einzelfall keine besonderen – das Verlustrisiko auf einen Gesellschafter verlagernden – Umstände ergeben, handelt es sich um ein Risikogeschäft, vergleichbar einem Glücksspiel oder Börsentermingeschäft, bei welchem ein Wille zur unentgeltlichen Bereicherung eines anderen nicht generell unterstellt werden darf.

Daher wird auch die Vereinbarung eines Übernahmerechts beim Tode eines Gesellschafters zugunsten des anderen Gesellschafters nicht als Schenkung zu werten sein[24].

cc) Vereinbarkeit des Abfindungsausschlusses mit § 2301 BGB

Bedenken gegen die Vereinbarung eines entschädigungslosen Übernahmerechts bei Tod des anderen Gesellschafters bestehen auch nicht unter dem Gesichtspunkt des § 2301 BGB, wonach auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung erteilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung finden[25].

Der BGH hält die im Gesellschaftsvertrag einer zweigliedrigen Gesellschaft getroffene Regelung, daß beim Tod eines Gesellschafters der andere Gesellschafter ein entschädigungsloses Übernahmerecht hat, für zulässig und für einer erbrechtlichen Regelung vorrangig. Auf einen solchen Gesellschaftsvertrag sei § 2301 BGB nicht anwendbar.

20 siehe hierzu auch BayObLG, DNotZ 1992, 157 mit Anm. Jaschke.
21 z.B. BGHZ 59, 132 (135) = NJW 1972, 1709; BGH NJW 1981, 1956.
22 BGH, NJW 1959, 1433.
23 BGH, NJW 1981, 1956.
24 zustimmend Palandt/Edenhofer, BGB, 60. Aufl. 2001, § 2325 Rn. 13; a.A. MünchKomm Frank, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2325 Rn. 16 m.w.N.).
25 BGH WM 1971, 1338 LS abgedruckt in MittBayNot 1972, 27.

e) Ergebnis

Folgt man der Auffassung der Rechtsprechung für das Übernahmerecht mit allseitigem Abfindungsausschluß bzw. die Vereinbarung des automatischen Überganges des Gesellschaftsanteils auf den verbleibenden Gesellschafter, ebenfalls mit allseitigem Abfindungsausschluß, so ergeben sich folgende Konsequenzen:

Beim Tod eines Gesellschafters können an sich zugunsten der Erben bestehende Abfindungsansprüche gegenüber der Gesellschaft gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen werden, wobei – jedenfalls beim allseitigen Ausschluß – weder § 2301 BGB noch § 138 BGB entgegenstehen.

Bei Vereinbarung des automatischen Überganges des Gesellschaftsanteiles auf den verbliebenen Gesellschafter fällt der Gesellschaftsanteil des Verstorbenen nicht in den Nachlaß, da es sich um ein auf den Zeitpunkt des Todes des ausscheidenden Gesellschafters bedingtes Rechtsgeschäft handelt und die Zuordnung zum Vermögen des anderen Gesellschafters deshalb bereits mit dem Erbfall erfolgt. Dies hat zur Folge, daß zum einen dieser Gesellschaftsanteil den Nachlaßgläubigern nicht als Haftungsobjekt zur Verfügung steht.

Weiter scheiden Pflichtteilsergänzungsansprüche nach § 2325 BGB aus, weil im Regelfall beim beidseitig vereinbarten automatischen Übergang mit allseitigem Abfindungsausschluß nach der Rechtsprechung eine Schenkung im Sinne der §§ 516 ff. BGB nicht vorliegt.

Wie die vorstehenden Überlegungen zeigen, bietet die Vereinbarung einer BGB-Gesellschaft zum Zwecke der Nutzung einer Immobilie interessante und noch nicht vollständig erforschte Möglichkeiten. Durch entsprechende gesellschaftsvertragliche Klauseln bestehen – bei der zweigliedrigen Gesellschaft – hinreichende Aussichten, den Gesellschaftsanteil eines verstorbenen Gesellschafters vollständig aus dem Nachlass herauszuhalten und dem verbliebenen Gesellschafter unbeeinträchtigt von Pflichtteilsansprüchen zukommen zu lassen.

Formulierungsbeispiele:

Bei nachfolgendem Formulierungsvorschlag habe ich bewußt keine Bestimmungen über den Namen und Sitz der Gesellschaft getroffen. Es soll sich um eine reine Innengesellschaft handeln, allein das Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen macht sie noch nicht zur Außengesellschaft. Ich halte die Auffassung von Ulmer[26] für zutreffend, wonach auch bei Vorliegen von Gesamthandsvermögen eine Innengesellschaft gegeben sein könne und insbesondere der Erwerb von Grundeigentum durch die Gesellschaft nicht zur Änderung ihres Rechtscharakters führe.

Vertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts

§ 1
Gesellschaftszweck

Zweck der Gesellschaft ist die gemeinsame Nutzung der von uns erworbenen, in der

Anlage 1

näher beschriebenen Immobilie, ferner die Vornahme aller diesem Zweck förderlichen Maßnahmen und Rechtsgeschäfte.

§ 2
Dauer, Kündigung

Die Gesellschaft hat bereits begonnen/beginnt heute. Sie ist auf unbestimmte Zeit errichtet./. Jeder Gesellschafter kann die Gesellschaft unter Einhaltung einer Frist von 6 Monaten/ 1 Jahr zum Monatsende mittels eingeschriebenen Briefes an die übrigen Gesellschafter kündigen. Das Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde bleibt hiervon unberührt.

Alternative:
Die Gesellschaft ist auf die Dauer von 30 Jahren errichtet. Sie kann nur aus wichtigem Grund gekündigt werden.

§ 3
Geschäftsführung, Vertretung

Die Führung der Geschäfte der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.

§ 4
Beiträge, Gewinn und Verlust

Die folgenden Personen sind Gründer der Gesellschaft mit folgenden Anteilen am Gewinn und Verlust:

Name	Anteil
	%
	%

Der Rechnungsabschluss und die Gewinn- oder Verlustverteilung hat am Schlusse jedes Geschäftsjahres zu erfolgen.

§ 5
Verfügung über Gesellschaftsanteile

Gesellschaftsanteile dürfen nur mit vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter übertragen oder mit Rechten Dritter belastet werden.

§ 6
Ausschließung eines Gesellschafters

Tritt in der Person eines Gesellschafters ein wichtiger Grund ein, der die anderen Gesellschafter zu einer außerordentlichen Kündigung nach § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB berechtigen würde, können diese Gesellschafter – anstatt die Gesellschaft zu kündigen – den erstgenannten Gesellschafter durch einstimmigen Beschluss aus der Gesellschaft ausschließen. Der Gesellschafter scheidet mit Zugang des Ausschließungsbeschlusses aus der Gesellschaft aus, die von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird.

§ 7
Auflösung, Fortsetzungsklausel

(1) Im Falle der Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter oder des Todes eines Gesellschafter wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt. Wird über das Vermögen eines Gesellschafters das Konkursverfahren oder das

26 MünchKomm-Ulmer. § 723 Rdnr. 234;

gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet, so scheidet der betreffende Gesellschafter mit Eintritt der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses aus der Gesellschaft aus. Die Gesellschaft wird in diesem Fall von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt. Pfändet ein Privatgläubiger eines Gesellschafters dessen Anteil an der Gesellschaft, scheidet der betreffende Gesellschafter mit Ablauf des zweiten Monats nach Erlaß des Pfändungsbeschlusses aus der Gesellschaft aus, wenn der Pfändungsbeschluss nicht innerhalb der Zweimonatsfrist wieder aufgehoben worden ist; die Gesellschaft wird von den verbleibenden Gesellschafter fortgesetzt.

§ 8
Zweigliedrige Gesellschaft

(1) Soweit nach diesem Vertrag eine Fortsetzung der Gesellschaft in bestimmten Fällen vereinbart wurde, hat bei einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft der andere Gesellschafter ein Übernahmerecht am Gesellschaftsvermögen.

(2) Der Tod eines Gesellschafters führt einen automatischen Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den anderen Gesellschafter herbei. Bei sonstigen Ereignissen bedarf es einer schriftlichen Übernahmeerklärung des Gesellschafters, die innerhalb von 3 Monaten nach Eintritt der zur Übernahme berechtigenden Voraussetzungen dem anderen Gesellschafter zugegangen sein muss.

(3) Wird die nach Abs. 2 erforderliche Erklärung nicht abgegeben, so ist die Gesellschaft aufgelöst. Die Beteiligten sind in diesem Falle einander wechselseitig verpflichtet, das Gesellschaftsvermögen zum Verkehrswert zu veräußern.

§ 9
Abfindungsentgelt, Anteilsbewertung

(1) Die nach Gesetz oder diesem Vertrag beim Ausscheiden eines Gesellschafters zu zahlende Abfindung richtet sich grundsätzlich nach dem Verkehrswert der Anteile. Die geschuldete Abfindung ermäßigt sich um 25 Prozent, wenn der Gesellschafter einen Ausschlußgrund in vorwerfbarer Weise geschaffen hat und um 50 Prozent, wenn dies vorsätzlich und in einer die Interessen der Gesellschaft schwerwiegend beeinträchtigender Weise geschehen ist.

(2) Das danach errechnete Auseinandersetzungsguthaben ist in 3 Jahresraten auszuzahlen. Die erste Rate ist fällig, 3 Monate nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft. Die Raten sind mit 2% über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen. Die Zinsen sind mit den Raten nachträglich fällig.

(3) Scheidet ein Gesellschafter durch Tod aus der Gesellschaft aus, so wird die Zahlung einer Abfindung an die Erben des verstorbenen Gesellschafters ausdrücklich ausgeschlossen.

§ 10
Schiedsgutachterklausel

(1) Kommt über den Verkehrswert eine Einigung unter den Beteiligten nicht zustande, so ist die Bewertung /vom zuständigen gemeindlichen Gutachterausschuß /von der Immobilienabteilung der ortsansässigen Sparkasse etc./ als Schiedsgutachter im Sinne des § 317 BGB für alle Parteien verbindlich vorzunehmen. Die Kosten für das Gutachten fallen der Gesellschaft zur Last.

§ 11
Besondere Gegenstände

Es wird vereinbart, dass alle heute im Eigentum eines Gesellschafters stehenden Einrichtungsgegenstände auch weiterhin in seinem Eigentum verbleiben und nicht in die Gesellschaft eingebracht werden. Dies gilt insbesondere für ....., die Herrn/Frau ..... alleine zusteht. Die Neuanschaffungen werden gemeinsam vorgenommen und somit Gesellschaftsvermögen.

§ 12
Schriftform

Nebenabreden zu diesem Vertrag bestehen nicht. Änderungen und Ergänzungen bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für einen Verzicht auf dieses Schriftformerfordernis selbst.

Rechtsprechung

BGB §§ 167 Abs. 2, 1410

Die widerruflich erteilte Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages bedarf grundsätzlich keiner notariellen Beurkundung.

BGH, Urteil vom 1. April 1998 – XII ZR 278/96 –

Die Parteien schlossen am 23. August 1958 die Ehe, aus der vier inzwischen erwachsene Söhne hervorgingen. Der Antragsteller, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, war als Geschäftsführer einer GmbH tätig, deren Alleingesellschafterin die Antragsgegnerin war.

Nachdem die Parteien sich bereits getrennt hatten, schlossen sie zu notarieller Urkunde vom 21. November 1989 einen Ehevertrag, in dem es heißt:

> Für unsere Ehe haben wir durch notariellen Vertrag die Gütertrennung eingeführt.
>
> Den notariellen Gütertrennungsvertrag heben wir hiermit auf.
>
> Die Gütertrennung heben wir hiermit rückwirkend auf, so daß von Beginn unserer Ehe an der Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelten soll.

Bei der Beurkundung war die Antragsgegnerin durch eine Angestellte des beurkundenden Notars vertreten, der sie am 19. Oktober 1989 eine notariell beglaubigte Vollmacht erteilt hatte.

Im Scheidungsverbundverfahren stellten beide Parteien Stufenanträge zum Zugewinnausgleich. Die diesbezügliche Folgesache wurde abgetrennt und dem Scheidungsantrag des Antragstellers durch Urteil vom 19. Oktober 1994 vorab stattgegeben.

Nach wechselseitiger Auskunftserteilung beantragte der Antragsteller im Wege der Teilklage, die Antragsgegnerin zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs in Höhe von 20.663.707 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Er führte aus, sein Gesamtanspruch belaufe sich auf das Doppelte dieses Betrages.

Widerklagend beantragte die Antragsgegnerin festzustellen, daß die Parteien während ihrer Ehe nicht im Güterstand der Zugewinn-

gemeinschaft, sondern in Gütertrennung gelebt hätten. Sie vertrat die Auffassung, der Ehevertrag vom 21. November 1989 sei unwirksam, weil die Vollmacht der Notariatsangestellten nicht notariell beurkundet worden sei.

Vorsorglich focht sie den Ehevertrag wegen arglistiger Täuschung an. Der Antragsteller habe sie mit folgender Begründung zum Abschluß des Vertrages bewogen: Bei fortbestehender Gütertrennung fiele beim Tod eines Ehegatten Erbschaftsteuer in beträchtlicher Höhe an. Die dadurch bedingte Schmälerung des den gemeinschaftlichen Kindern zufließenden Vermögens könne durch Wiederherstellung der Zugewinngemeinschaft erheblich vermindert werden. Nach einer kurz zuvor veröffentlichten Entscheidung des Bundesfinanzhofs werde steuerlich anerkannt, wenn Eheleute den gesetzlichen Güterstand rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschließung vereinbarten.

Der Antragsteller habe verschwiegen, daß der steuerliche Erfolg auch dann hätte erreicht werden können, wenn zugleich der Zugewinnausgleich für den Fall der Scheidung ausgeschlossen worden wäre. Damit habe er beabsichtigt, sich selbst Vermögensvorteile für die bereits beabsichtigte Scheidung zu verschaffen. Sie selbst sei erst im vorliegenden Rechtsstreit durch ihren Prozeßbevollmächtigten über diese Zusammenhänge aufgeklärt worden, so daß die einjährige Anfechtungsfrist des § 124 BGB gewahrt sei.

Der Antragsteller trat diesem Vorbringen entgegen.

Das Amtsgericht – Familiengericht – erließ ein Teilurteil, durch das es das als Zwischenfeststellungswiderklage (§ 256 Abs. 2 ZPO) beurteilte Begehren der Antragsgegnerin abwies. Dagegen legte die Antragsgegnerin Berufung ein, die erfolglos blieb (Veröffentlichung in NJWE-FER 1997, 221).

Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Antragsgegnerin ihr Feststellungsbegehren weiter; hilfsweise beantragt sie festzustellen, daß sie nicht verpflichtet sei, dem Antragsteller Zugewinnausgleich auf der Grundlage einer rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschließung vereinbarten Zugewinngemeinschaft zu gewähren.

Aus den Gründen:

A) Hauptantrag

1. Der Antragsteller hat nach der Schlußverhandlung der Berufungsinstanz mit Nichtwissen bestritten, daß die Parteien etwa ein Jahr nach der Eheschließung durch notariellen Ehevertrag die Gütertrennung vereinbart hätten. Da das Oberlandesgericht diese Frage letztlich offengelassen hat, ist für die Revisionsinstanz zugunsten der Antragsgegnerin von einer wirksamen Vereinbarung der Gütertrennung auszugehen. Daher kommt es nicht mehr darauf an, ob die von ihr in der Revisionsinstanz mit Schriftsatz vom 23. Juli 1997 vorgelegte Ablichtung einer diesbezüglichen notariellen Urkunde vom 31. März 1959 im Hinblick auf § 561 ZPO berücksichtigt werden kann.
2. Soweit die Parteien durch notariellen Ehevertrag vom 21. November 1989 vereinbart haben, daß die Gütertrennung rückwirkend aufgehoben werde und von Beginn der Ehe an der Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelten solle, bedeutet dies, daß der neue Güterstand nicht nur für die Zukunft Wirkungen entfalten soll, sondern daß insbesondere im Rahmen eines etwaigen Zugewinnausgleichs für das Anfangsvermögen (§ 1374 Abs. 1 BGB) nicht der Vertragsabschluß, sondern der Zeitpunkt der Eheschließung maßgebend sein soll. Eine solche Gestaltung begegnet im Hinblick auf die in § 1408 Abs. 1 BGB statuierte Vertragsfreiheit keinen rechtlichen Bedenken (herrschende Meinung, vgl. etwa MünchKomm/Kanzleiter 3. Aufl. § 1408 Rdn. 15; s.a. Senatsurteil vom 26. März 1997 – XII ZR 250/95 – FamRZ 1997, 800).
3. Die Revision wendet sich vornehmlich gegen die Beurteilung des Oberlandesgerichts, der Ehevertrag vom 21. November 1989 sei formgerecht zustande gekommen. Sie macht geltend, die Anforderungen des § 1410 BGB seien tatsächlich nicht eingehalten. Wortlaut und Schutzzweck dieser Vorschrift legten die Auslegung nahe, daß beim Vertragsschluß beide Teile persönlich anwesend sein müßten. Vorliegend sei die Antragsgegnerin aber durch eine Notariatsangestellte vertreten gewesen. Sofern eine Vertretung zulässig sei, sei § 167 Abs. 2 BGB, wonach die Erteilung der Vollmacht nicht der für das Vertretergeschäft geltenden Form bedürfe, im Wege der teleologischen Reduktion einschränkend dahin auszulegen, daß die Erteilung der Vollmacht jedenfalls für einen Ehevertrag der notariellen Beurkundung bedürfe. Ein solcher Vertrag greife regelmäßig tief in die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten ein und habe langfristige und weitreichende Auswirkungen. Wenn nach § 1410 BGB die notarielle Beurkundung vorgeschrieben sei, solle die damit verbundene Belehrungspflicht des Notars (§ 17 BeurkG) gewährleisten, daß kein Ehegatte durch den anderen übervorteilt werde (Schutzfunktion) und daß den Vertragsschließenden eindringlich die wirtschaftlichen Folgen ihrer Erklärungen vor Augen gehalten würden (Warnfunktion). Dieser Zweck sei nur zu erreichen, wenn auch die Vollmacht, die zum Abschluß des Vertrages ermächtige, der Form des § 1410 BGB bedürfe. Insoweit müsse das gleiche gelten wie bei einer Bürgschaft, bei der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs § 167 Abs. 2 BGB dahin einschränkend auszulegen sei, daß auch die Erteilung der Vollmacht durch den Bürgen der Schriftform des § 766 BGB bedürfe (Hinweis auf BGHZ 132, 119, 124 f.). Vorliegend sei somit nicht ausreichend gewesen, daß die die Antragsgegnerin vertretende Notariatsangestellte aufgrund einer Vollmacht gehandelt habe, bei der lediglich die Unterschrift notariell beglaubigt gewesen sei.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

a) Die Vorschrift des § 1410 BGB, wonach ein Ehevertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden muß, schließt nach allgemeiner Ansicht nur die sogenannte Stufenbeurkundung (§ 128 BGB) aus, nicht aber auch die Vertretung eines Vertragsteils (so schon BGHZ 5, 344, 349). Wo das Gesetz persönliches Handeln verlangt, sagt es dies ausdrücklich, wie z.B. in §§ 1750 Abs. 3 Satz 1, 2274 BGB, 13 Abs. 1 EheG.

b) Nach herrschender Auffassung sind de lege lata entsprechend dem Wortlaut der §§ 167 Abs. 2, 182 Abs. 2 BGB sowohl die Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages als auch die nachträgliche Genehmigung von einem vollmachtslosen Vertreter abgegebener Erklärungen grundsätzlich formfrei, (zur Genehmigung vgl. Senatsurteil vom 25. Januar 1989 – IVb ZR 44/88 – FamRZ 1989, 476; zur Vollmacht vgl. MünchKomm/Kanzleiter aaO § 1410 Rdn. 4; BGB-RGRK/Finke, 12. Aufl. § 1410 Rdn. 3; Soergel/Gaul BGB 12. Aufl. § 1410 Rdn. 3; Palandt/Diederichsen BGB 57. Aufl. § 1410 Rdn. 1; Erman/Heckelmann BGB 9. Aufl. § 1410 Rdn. 3; Jauernig/ Schlechtriem BGB 7. Aufl. § 1410 Rdn. 3; Gernhuber/Coester-Waltjen Lehrbuch des Familienrechts 4. Aufl. § 32 II 1 S. 474). Dabei halten einige Autoren die Regelung allerdings für reformbedürftig. Auf der Grundlage des geltenden Rechts bejahen sie eine Durchbrechung des Grundsatzes einer formfrei wirksamen Vollmacht nur für Ausnahmefälle, insbesondere dann, wenn diese unwiderruflich oder sonst mit Bindungswirkung erteilt worden ist (vgl. MünchKomm/Kanzleiter aaO Rdn. 3; Gernhuber/Coester-Waltjen aaO); weitergehend wird vertreten, daß die im Hinblick auf § 313 BGB zur Formbedürftigkeit der Vollmacht von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auch auf den Fall des § 1410 BGB anzuwenden seien (vgl. Staudinger/Thiele [1994] § 1410 Rdn. 6).

   Demgegenüber wird im Schrifttum zu § 167 BGB teilweise eine generelle Erstreckung aller Formvorschriften mit Warnfunktion auf die Erteilung der Vollmacht befürwortet, insbesondere in Anwendung der Grundsätze der teleologischen Reduktion (vgl. Staudinger/Schilken [1995] § 167 Rdn. 20 m.w.N.); gleiches wird für die Vorschrift des § 182 Abs. 2 BGB vertreten (Nachweise bei BGHZ 125, 218, 221 f.). Nach anderer Auffassung soll insoweit nach der jeweiligen Interessenlage zu differenzieren sein (vgl. Müller-Freienfels, Vertretung beim Rechtsgeschäft 1955 S. 276 ff.) bzw. es bei einer Einzelfallbeurteilung analog der bereits angeführten Rechtsprechung zu § 313 BGB verbleiben (vgl. MünchKomm/ Schramm aaO § 167 Rdn. 20).

c) Der Senat hält es auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht für gerechtfertigt, die Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages generell der Form des § 1410 BGB zu unterwerfen. Die teleologische Reduktion einer Norm setzt voraus, daß eine vom Gesetzgeber unterlassene Differenzierung entweder durch den Sinn und Zweck der einzuschränkenden Norm selbst oder durch den vorrangigen Zweck einer anderen Norm angezeigt ist, der sonst nicht erreicht würde (vgl. etwa Larenz, Methodenlehre 5. Aufl. S. 376). Im Gesetzgebungsverfahren zu dem am 1. Juli 1958 in Kraft getretenen Gleichberechtigungsgesetz ist im Hinblick auf das Verhältnis des Formzwangs eines Ehevertrages zur Formfreiheit der Vollmachtserteilung die Frage erörtert worden, ob „ein Dritter durch ein einfaches Blatt Papier zu einer so weittragenden Maßnahme wie dem Abschluß eines Ehevertrages bevollmächtigt werden" kann. Für die Beibehaltung der Formfreiheit der Vollmacht wurde jedoch der Gesichtspunkt der Erleichterung des Rechtsverkehrs ins Feld geführt, zumal es nicht wenige Fälle gebe, „in denen die künftigen Ehegatten weit voneinander entfernt" lebten. Von einer Reform wurde schließlich mit der Erwägung abgesehen, daß eine Bestimmung, mit der 50 Jahre lang kein Mißbrauch betrieben worden sei, nicht geändert werden sollte (vgl. Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode 1953, Protokoll der 7. Sitzung des Unterausschusses „Familienrechtsgesetz" vom 22. April 1955). Daraus ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber des Gleichberechtigungsgesetzes der Schutzfunktion des heutigen § 1410 BGB gegenüber dem Interesse an der Erleichterung des Rechtsverkehrs, das dem § 167 Abs. 2 BGB zugrunde liegt, keinen Vorrang eingeräumt hat. Nur dann wäre aber eine generelle teleologische Reduktion, wie sie teilweise vertreten wird, gerechtfertigt.

Wie bereits das Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt hat, wäre auch bei einer Ausdehnung der Beurkundungspflicht des Ehevertrages auf die Abschlußvollmacht nichts Entscheidendes für die Schutz- und Warnfunktion des § 1410 BGB gewonnen. Die Belehrungspflicht des Notars aus § 17 BeurkG geht nämlich nur so weit, als eine Belehrung für das Zustandekommen einer formgültigen Urkunde erforderlich ist, die den wahren Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der für das beabsichtigte Rechtsgeschäft richtigen Form wirksam enthält. Im Falle der Vollmachterteilung muß sich diese also nicht notwendig auch auf den Inhalt und die Ausgestaltung des Vertretergeschäfts beziehen, soweit dessen Einzelheiten überhaupt schon bekannt sind (vgl. BGHZ 125 aaO, 225 f.). Sie bezieht sich schwerpunktmäßig auf die Rechtswirksamkeit der Beurkundung, wobei der Notar darauf achten soll, daß unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1988 – IX ZR 77/87 – ZIP 1988, 696, 697). Die Pflicht zur Unparteilichkeit nötigt ihn zur Zurückhaltung bei der Erörterung möglicher wirtschaftlicher Auswirkungen des Rechtsgeschäfts, da die einseitige Interessenwahrnehmung nur von einem Rechtsanwalt erwartet werden kann (BGH aaO S. 699). Eine Belehrungspflicht kann sogar ganz entfallen, wenn sich die Beteiligten über die Tragweite ihrer Erklärung und das damit verbundene Risiko vollständig im klaren sind und die konkrete Vertragsgestaltung ernsthaft wollen (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 1996 – IX ZR 237/95 – NJW 1996, 2037, 2038). Insoweit besteht ein Wertungsgleichklang mit § 182 Abs. 2 BGB, wonach auch der unbelehrte Vertragsbeteiligte formfrei einen schwebend unwirksamen Vertrag genehmigen kann. Demgegenüber ist auf die Regelung des § 1587 o Abs. 2 BGB hinzuweisen, wonach bei Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich im Zusammenhang mit einer Scheidung neben der notariellen Beurkundung eine Genehmigung des Familiengerichts erforderlich ist. Hier hat der Gesetzgeber eine Situation gesehen, in der die Übervorteilung eines Ehegatten typischerweise naheliegt, und dem durch ein besonderes Regulativ Rechnung getragen (vgl. dazu BT-Drucks. 7/4361 S. 49; Senatsbeschluß vom 24. Februar 1982 – IVb ZB 746/80 – FamRZ 1982, 471, 472 = NJW 1982, 1463). Sofern den Schutzinteressen beim Abschluß eines Ehevertrages nachhaltig Rechnung getragen werden soll, wäre nach allem das erstrebte Ziel kaum schon durch eine Beurkundungspflicht auch der Vollmachterteilung zu erreichen, sondern es wäre etwa an das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit der Verlobten oder Ehegatten zu denken (ähnlich MünchKomm/Kanzleiter aaO Rdn. 4).

d) Die Übertragung der zur Blankobürgschaft entwickelten Grundsätze (BGHZ 132, 119, 124 f.) auf den Fall des § 1410 erscheint wegen der anders gearteten Interessenlage als nicht gerechtfertigt. Es geht nicht darum, mit der Erstreckung der Schriftform des § 766 BGB auf die Vollmachterteilung dem Bürgen Art und Umfang seiner Haftung vor Augen zu führen und die Entschließung darüber nicht einem Dritten zu überlassen, sondern um eine sachgerechte Aufklärung der Vertragsteile über die Konsequenzen einer von ihnen beabsichtigten Regelung. Wie ausgeführt, läßt sich der Schutzzweck des § 1410 BGB nicht entscheidend durch einen Formzwang für die Vollmacht fördern. Soweit der Gesetzgeber diesem Zweck keinen Vorrang gegenüber dem Interesse an der Erleichterung des Rechtsverkehrs gegeben hat, ist das hinzunehmen.

e) Werden die Fallgestaltungen in Betracht gezogen, in denen nach der Rechtsprechung zu § 313 BGB im Grundstücksverkehr schon die Erteilung einer Vollmacht notarieller Beurkundung bedarf (vgl. die Zusammenstellung bei MünchKomm/Schramm aaO § 167 Rdn. 17 bis 19b; Staudinger/Thiele aaO § 1410 Rdn. 5), so scheidet der Hauptfall, die unwiderrufliche oder sonst mit gleicher rechtlicher oder tatsächlicher Bindung erteilte Vollmacht, nach den im vorliegenden Fall gegebenen Umständen aus. Das Oberlandesgericht hat unangegriffen festgestellt, daß die Antragsgegnerin die der Notariatsangestellten am 19. Oktober 1989 erteilte Vollmacht bis zum Vertragsschluß am 21. November 1989 ohne weiteres widerrufen konnte. Das der Vollmachterteilung zugrundeliegende Rechtsverhältnis (§ 168 BGB) bestand in einem Auftrag, der gemäß § 671 Abs. 1 BGB für die Auftraggeberin jederzeit widerruflich war (vgl. dazu BGH, Urteil vom 21. Mai 1965 – V ZR 156/64 – DNotZ 1966, 92, 95) und ebenfalls nicht der Form des § 1410 BGB unterlag (vgl. dazu MünchKomm/Seiler aaO § 662 Rdn. 6 ff.). Anhaltspunkte dafür, daß die Antragsgegnerin die Frage der Widerruflichkeit seinerzeit anders gesehen hat, bestehen nicht.

Im Schrifttum wird teilweise die Formbedürftigkeit der Vollmacht auch für den Fall bejaht, daß dem Vertreter kein eigener Entscheidungsspielraum gelassen ist (vgl. Staudinger/Thiele aaO). Dem folgt der Senat nicht. In der Rechtsprechung, auch derjenigen des Reichsgerichts zu § 313 BGB (vgl. dazu die in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidungen RGZ 54, 75, 79; 97, 332, 334 sowie HRR 1928 Nr. 304), findet diese Auffassung keine Stütze. In den genannten Fällen wird zumeist lediglich eine Spezialvollmacht vorliegen, die den Sinn hat, sich nicht in unüberschaubarer Weise dem Willen des Vertreters auszuliefern (vgl. Müller-Freienfels aaO S. 72 f.). Das gilt auch im vorliegenden Fall, in dem in der Vollmachtsurkunde der Inhalt des abzuschließenden Vertretergeschäfts dahin umschrieben ist, „daß die bestehende Gütertrennung für unsere Ehe aufgehoben und rückwirkend der gesetzliche Güterstand der Zugewinngemeinschaft eingeführt wird". Daß in derartigen Fällen einer jederzeit widerruflichen Vollmacht ein besonderer Grund vorläge, gleichwohl die Formbedürftigkeit der Vollmacht anzunehmen, ist nicht ersichtlich.

Offenbleiben kann, ob andere Fallgestaltungen, die nach den zu § 313 BGB entwickelten Grundsätzen eine Formbedürftigkeit der Vollmacht bedingen, auch für Eheverträge von Bedeutung sind. Sie liegen außerhalb des vorliegend gegebenen Sachverhalts, so daß eine Stellungnahme dazu nicht veranlaßt ist.

4. Die Antragsgegnerin hat unter dem 19. Oktober 1992 an den Antragsteller einen Brief gerichtet, der folgende Passagen enthält:

„Ich glaube ich habe durch die Aufgabe der Gütertrennung hinreichend bewiesen, daß ich für absolute Gerechtigkeit bei der Teilung des Vermögens bin, denn die Gütertrennung habe ich aufgegeben, als eine endgültige Trennung zwischen uns beiden doch ziemlich unvermeidbar schien. Für mich war es immer gleich ob Gütertrennung oder Zugewinngemeinschaft, mein moralisches Empfinden wäre immer für exakte Teilung gewesen."

Diese Erklärung würde im übrigen auch die Erfordernisse für eine Genehmigung des Ehevertrages durch die Antragsgegnerin erfüllen. Mit diesem Brief, dessen Echtheit und Zugang unstreitig ist, hat sie nämlich die im Ehevertrag getroffene Vereinbarung nachträglich ausdrücklich gebilligt. In einem solchen Fall kommt es nicht darauf an, ob sie wenigstens mit der Möglichkeit rechnete, der Vertrag könnte nicht rechtswirksam abgeschlossen worden sein (vgl. BGHZ 47, 341, 351 f.; BGH WM 1967, 1164, 1165). Nach der Rechtsprechung des Senats, an der festgehalten wird, ist die Genehmigung gemäß § 182 Abs. 2 BGB formfrei (vgl. Senatsurteil vom 25. Januar 1989 aaO; s.a. BGHZ 125 aaO 222 ff.).

5. Das Berufungsgericht hat die von der Antragsgegnerin erklärte Anfechtung des Ehevertrages wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) nicht durchgreifen lassen. Dazu hat es ausgeführt, der Entscheidung könne nicht die Behauptung der Antragsgegnerin zugrunde gelegt werden, der Antragsteller habe ihr arglistig verschwiegen, daß der mit dem Vertrag angestrebte Erfolg, im Falle des Todes eines Ehegatten die Erbschaftsteuerbelastung abzumildern, auch durch eine Regelung hätte erzielt werden können, die den Zugewinnausgleich für den Fall der Beendigung des Güterstandes durch Scheidung ausschließt. Der Antragsteller habe bestritten, eine derartige Möglichkeit der Vertragsgestaltung gekannt zu haben, so daß ein arglistiges Verhalten nicht vorliege. Ihre gegenteilige Darstellung habe die Antragsgegnerin nicht unter Beweis gestellt. Davon abgesehen spreche der Brief der Antragsgegnerin vom 19. Oktober 1992 dafür, daß es ihr nicht nur auf eine Vermeidung der „Doppelbesteuerung" im Falle des Todes eines Ehegatten angekommen sei, sondern daß sie auch für den Fall des Scheiterns der Ehe die zivilrechtlichen Folgen des gesetzlichen Güterstands akzeptiert habe.

Was die Revision hiergegen vorbringt, dringt nicht durch:

a) Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht berücksichtigt, daß der Antragsteller seinerzeit bereits eine Beziehung zu einer anderen Frau unterhalten und die Scheidung beabsichtigt habe, während die Antragsgegnerin von dem Fortbestand der Ehe ausgegangen sei. Daran ist richtig, daß in erster Instanz ein Verhältnis des Antragstellers zu einer anderen Frau vorgetragen worden ist, welches jedenfalls nicht substantiiert bestritten worden ist. Darauf ist die Antragsgegnerin in der Berufungsinstanz nicht mehr zurückgekommen. Bereits bestehende Scheidungsabsichten hat aber der Antragsteller wiederholt mit dem Vortrag bestritten, er habe den Entschluß zum Scheidungsantrag, der im Oktober 1991 eingereicht worden ist, erst gefaßt, nachdem ihn die Antragsgegnerin am 2. Oktober 1991 fristlos als Geschäftsführer der GmbH abberufen habe. Ferner hat der Antragsteller vorgetragen, die Antragsgegnerin habe im Herbst 1989 in den USA ein Verhältnis mit K. unterhalten, den sie zu heiraten beabsichtigt habe. Auch dies wurde nicht substantiiert bestritten. Wird hinzugenommen, daß die Antragsgegnerin in ihrem Brief vom 19. Oktober 1992 selbst davon spricht, daß eine endgültige Trennung seinerzeit „doch ziemlich unvermeidbar schien", kann nicht als dargetan angesehen werden, daß sie bei Vertragsabschluß auf den Fortbestand der Ehe vertraute.

b) Da für den gesamten Tatbestand des § 123 BGB der Anfechtende die Beweislast trägt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 5. Dezember 1975 – V ZR 34/74 – LM BGB § 417 Nr. 2 B1. 3), ist das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision nicht von einer unzutreffenden Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ausgegangen, wenn es darauf abgehoben hat, daß die Antragsgegnerin ihre strittige Behauptung hätte beweisen müssen, dem Antragsteller sei seinerzeit die Möglichkeit bekannt gewesen, in steuerunschädlicher Weise eine sogenannte modifizierte Zugewinngemeinschaft (mit Ausschluß des Ausgleichs für den Fall der Scheidung) zu vereinbaren. In der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 28. Juni 1989 (BFHE 157, 229), die Anlaß für den Abschluß des Ehevertrages war, wird diese Möglichkeit nicht angesprochen; auch war der Antragsteller seinerzeit schon längere Zeit nicht mehr als Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht tätig gewesen, sondern hatte sich der Geschäftsführung der GmbH gewidmet, die wirtschaftlich der Antragsgegnerin gehörte.

c) Soweit die Revision den Umständen entnehmen will, zwischen den Parteien sei seinerzeit stillschweigend ein Beratungsvertrag zustandegekommen, aufgrund dessen der Antragsteller auch auf unzureichende steuerliche Kenntnisse hätte hinweisen müssen, kann dies letztlich dahinstehen. Zum Tatbestand des § 123 BGB gehört u.a. die Ursächlichkeit eines inkriminierten Verhaltens für den Vertragsschluß. Vorliegend müßte danach davon ausgegangen werden können, daß die Antragsgegnerin in Kenntnis der Möglichkeit, den steuerlichen Erfolg wenigstens seinerzeit auch durch eine modifizierte Zugewinngemeinschaft zu erreichen, den Ehevertrag nicht oder nicht in der geschehenen Weise abgeschlossen hätte (vgl. etwa Palandt/Heinrichs aaO § 123 Rdn. 24 m.w.N.). Dies hat das Berufungsgericht verneint, indem es den Brief der Antragsgegnerin vom 19. Oktober 1992 dahin gewürdigt hat, sie habe auch für den Fall des Scheiterns der Ehe die hälftige Aufteilung des in der Ehe gemeinsam Erarbeiteten als sachgerecht angesehen. Dies stellt eine rechtlich mögliche tatrichterliche Würdigung dar, die naheliegt und jedenfalls revisionsrechtlich unangreifbar ist. Da demnach zumindest nicht auszuschließen ist, daß die Antragsgegnerin auch in Kenntnis der Möglichkeit einer sogenannten modifizierten Zugewinngemeinschaft den Ehevertrag in der geschehenen Weise abgeschlossen hätte, ist der für eine Anfechtung gemäß § 123 BGB erforderliche Nachweis nicht erbracht.

B) Hilfsantrag

Der erstmals in der Revisionsinstanz von der Antragsgegnerin gestellte Hilfsantrag bleibt ohne Erfolg.

Grundsätzlich ist es nicht gestattet, im Revisionsrechtszug die Klage zu ändern. Nur ausnahmsweise kann ein hier erstmals gestellter Hilfsantrag zulässig sein, wenn er lediglich eine modifizierte Einschränkung des Hauptantrags darstellt und sich auf einen Sachverhalt stützt, der vom Tatrichter bereits gewürdigt worden ist (vgl. BGHZ 104, 374, 383; BGH, Urteil vom 23. Oktober 1974 – IV ZR 7/73 – WM 1974, 1185, 1189).

a) Die mit dem Hilfsantrag begehrte Feststellung, daß die Antragsgegnerin nicht verpflichtet sei, dem Antragsteller Zugewinnausgleich auf der Grundlage einer rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschließung vereinbarten Zugewinngemeinschaft zu gewähren, wird zum einen auf einen Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen (c.i.c.) gestützt. Nach Auffassung der Revision hätte der Antragsteller die Antragsgegnerin darauf hinweisen müssen, daß er zu einer umfassenden Beurteilung der steuerlichen Aspekte des Ehevertrages nicht in der Lage gewesen sei. Daraus folge eine schuldrechtliche Verpflichtung des Inhalts, die Antragsgegnerin so zu stellen, als sei der Vertrag nicht abgeschlossen worden. Das kann dem Antrag nicht zum Erfolg verhelfen. Aus den bereits oben zur arglistigen Täuschung dargelegten Gründen kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, daß die Antragsgegnerin den Ehevertrag nicht oder nicht so abgeschlossen hätte, wenn sie in der von der Revision vermißten Weise aufgeklärt worden wäre.

b) Der Hilfsantrag wird weiter auf die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt, weil die Antragsgegnerin bei Vertragsschluß für den Antragsteller erkennbar die Vorstellung gehabt habe, nur so den Interessen ihrer Söhne dienen zu können, was im Hinblick auf die Möglichkeit der Vereinbarung einer sogenannten modifizierten Zugewinngemeinschaft aber nicht der Fall gewesen sei. Insoweit ist der Hilfsantrag unzulässig, weil eine abschließende Beurteilung aufgrund des bereits festgestellten und vom Tatrichter gewürdigten Sachverhalts nicht möglich ist. Das ergibt sich schon daraus, daß sich die Revision insoweit auf einen Beweisantrag bezieht, dem das Berufungsgericht im Rahmen des in zweiter Instanz gestellten Feststellungsbegehrens nicht nachzugehen brauchte. Auch insoweit dürfte im übrigen der bereits mehrfach erörterte Brief der Antragsgegnerin gegen die Auffassung der Revision sprechen.

WEG § 4 Abs. 1, 2, § 10 Abs. 1 Satz 2

1. Die Einräumung eines umfassenden Sondernutzungsrechts an einer im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Grundstücksfläche einschließlich des Rechts, diese zu bebauen, enthält nicht die vorweggenommene Einigung über die Einräumung von Sondereigentum an den Räumen in einem solchen Gebäude zugunsten des Sondernutzungsberechtigten.

2. Die vorweggenommene Zustimmung oder Ermächtigung, am gemeinschaftlichen Eigentum Sondereigentum zu begründen, kann nicht mit einer die Sondernachfolger bindenden Weise als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden (Bestätigung von BayObLGZ 1997, 233 und 2000, 1).

BayObLG, Beschluß vom 10. 8. 2000, 2Z BR 41/00

Gründe:

I.

Die Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch als Eigentümerin des aus einem 8/1000 Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an den Räumen des Hauses Nr. 55 bestehenden Wohnungseigentums eingetragen. Das Haus Nr. 55 ist einer von insgesamt acht selbständigen Baukörpern, aus denen die Wohnanlage besteht.

Gemäß der im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums eingetragenen Gemeinschaftsordnung (GO) vom 28. 7. 1971, die in der Folgezeit wiederholt geändert wurde, ist mit dem Wohnungseigentum Nr. 55 das Sondernutzungsrecht an einem bestimmten Gartenanteil verbunden.

§ 2 Abs. 10 GO lautet auszugsweise wie folgt:

> Diese Sondernutzung schließt insbesondere auch das Recht ein, unter Einhaltung des öffentlichen Baurechts die betroffenen Flächen in beliebiger Weise baulich auszunutzen, Gebäude zu errichten und abzureißen, einschließlich des bestehenden Villengebäudes selbst, Bäume zu fällen, Aufgrabungen vorzunehmen und überhaupt in jeder Weise diese Fläche wie ein Alleineigentümer zu nutzen. Dies gilt überhaupt für das gesamte auf dieser Fläche befindliche Gemeinschaftseigentum einschließlich des Grund und Bodens.

Die Beteiligte zu 1 unterteilte am 19. 4. 1999 ihr Wohnungseigentum und verkaufte einen Miteigentumsanteil von 4,88/1000 an die Beteiligte zu 2; dieser Miteigentumsanteil sollte weiter unterteilt werden; die entsprechenden Miteigentumsanteile sollten jeweils mit neu zu bildendem Sondereigentum in den Gebäuden verbunden werden, die auf einem Teil der Sondernutzungsfläche des Wohnungseigentums Nr. 55 errichtet werden sollten.

Zu notarieller Urkunde vom 23. 7. 1999 wurde das Wohnungseigentum Nr. 55 in insgesamt vier Wohnungseigentumsrechte unterteilt. Mit einem Miteigentumsanteil wurde das Sondereigentum an den Räumen in dem Haus Nr. 55 verbunden; mit weiteren drei Miteigentumsanteilen wurde das neu gebildete Sondereigentum an Räumen in erst noch zu errichtenden weiteren drei Gebäuden verbunden.

Den Antrag der Beteiligten, die Unterteilung im Grundbuch zu vollziehen, hat das Grundbuchamt am 24. 9. 1999 abgewiesen. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten durch Beschluß vom 15. 3. 2000 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich deren weitere Beschwerde.

II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die für die nachträgliche Begründung von Sondereigentum erforderliche Mitwirkung aller Wohnungseigentümer sei auch bei einem bestehenden Sondernutzungsrecht erforderlich. Die notwendige Einigung aller Wohnungseigentümer sei nicht in der erforderlichen Auflassungsform nachgewiesen. Es fehlten jegliche Anhaltspunkte dafür, daß der Sondernutzungsberechtigte gemäß § 2 Abs. 10 GO Sondereigentümer der Räume in neu zu errichtenden Gebäuden habe werden sollen. Diese Bestimmung der Gemeinschaftsordnung enthalte auch keine wirksame Ermächtigung, Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum überzuführen. Sie begründe lediglich ein uneingeschränktes Nutzungsrecht. Schließlich fehle es auch an der Mitwirkung dinglich Berechtigter.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

   a) Jeder Wohnungseigentümer kann sein Wohnungseigentum grundsätzlich in mehrere Wohnungseigentumsrechte unterteilen, ohne daß er hierzu der Mitwirkung anderer Wohnungseigentümer oder Dritter bedarf (BGHZ 49, 250/251; BayObLG Rpfleger 1991, 455). Da Wohnungseigentum nur dergestalt entstehen kann, daß mit einem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum Sondereigentum an bestimmten, zu Wohnzwecken oder nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen verbunden wird (§ 1 Abs. 2, 3 WEG), werden bei einer Unterteilung im Regelfall mit einem von dem ursprünglichen Miteigentumsanteil abgespaltenen Anteil einzelne bisher im Sondereigentum stehende Räume verbunden. Dabei muß jeder der neu entstehenden Miteigentumsanteile mit Sondereigentum verbunden sein. Die Schaffung eines isolierten Miteigentumsanteils, also eines Miteigentumsanteils ohne Sondereigentum, ist ebensowenig zulässig, wie die eines isolierten Sondereigentums ohne damit verbundenen Miteigentumsanteil (BGHZ 109, 179; 130, 159; BayObLGZ 1995, 399/403). Bei einer Unterteilung müssen daher sämtliche bisher im Sondereigentum stehende Räume mit dem Miteigentumsanteilsanteil eines der neu entstandenen Wohnungseigentumsrechte verbunden werden; andererseits dürfen auch nur solche Räume als Sondereigentum mit einem Miteigentumsanteilsanteil verbunden werden (BayObLGZ 1998, 70).

   b) Hier soll mit einem von dem Miteigentumsanteil von 8/1000 abgespaltenen Miteigentumsanteil das gesamte, bisher vorhandene Sondereigentum des Wohnungseigentums Nr. 55 verbunden werden. Mit drei weiteren, aus dem bisherigen Miteigentumsanteil gebildeten Miteigentumsanteilen soll dagegen Sondereigentum verbunden werden, das derzeit noch nicht vorhanden ist und daher erst begründet werden soll. Zu der damit notwendigen nachträglichen Einräumung von Sondereigentum ist die Einigung aller Wohnungseigentümer in der für die Auflassung vorgeschriebenen Form erforderlich sowie die Eintragung im Grundbuch (§ 4 Abs. 1, 2 WEG; BayObLGZ 1998, 70/74). Daran ändert auch das Bestehen eines Sondernutzungsrechts eines Wohnungseigentümers an den im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Räumen, die zum Sondereigentum werden sollen, nichts (BayObLG Rpfleger 1993, 488). Ob für die Eintragung in das Grundbuch der Nachweis der Auflassung erforderlich ist oder bloße Eintragungsbewilligungen genügen (vgl. dazu Demharter GBO 23. Aufl. Anhang zu § 3 Rn. 28 m.w.N.), braucht nicht entschieden zu werden. Das Landgericht hat ohne Rechtsfehler sowohl das Vorliegen von Auflassungserklärungen als auch von Eintragungsbewilligungen verneint.

   (1) Solche Erklärungen können § 2 Abs. 10 GO nicht entnommen werden. In dieser Bestimmung ist der Beteiligten zu 1 als Eigentümerin des Wohnungseigentums Nr. 55 lediglich ein – allerdings umfassendes – Nutzungsrecht an einem Teil der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Grundstücksfläche eingeräumt, das auch die Errichtung eines Gebäudes einschließt.

   Dieses Nutzungsrecht verschafft der Beteiligten zu 1 aber nicht das Sondereigentum an den Räumen eines solchen Gebäudes. Diese sind vielmehr gemeinschaftliches Eigentum und können nur nach Maßgabe des § 4 WEG unter Mitwirkung aller Wohnungseigentümer in Sondereigentum umgewandelt werden.

   (2) § 2 Abs. 10 GO kann nicht einmal eine Ermächtigung entnommen werden, die im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Räume in einem zu errichtenden Gebäude in Sondereigentum umzuwandeln. Dafür gibt die Einräumung eines, auch umfassenden, Sondernutzungsrechts nichts her. Eine Vereinbarung (vgl. § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG) mit einem solchen Inhalt

wäre im übrigen unwirksam. Der Senat hat dies wiederholt entschieden (BayObLGZ 1997, 233; 2000, 1; s. dazu auch Häublein DNotZ 2000, 442). Diese Ansicht wird vom Kammergericht und Teilen des Schrifttums geteilt (s. dazu die Nachweise in BayObLGZ 2000, 1/2). In seiner Entscheidung vom 5. 1. 2000 (BayObLGZ 2000, 1/3) hat sich der Senat mit den Einwendungen gegen seine Rechtsprechung auseinandergesetzt und an ihr festgehalten. Er sieht auch jetzt keine Veranlassung, von ihr abzuweichen.

Mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

BGB § 925
GBO §§ 18, 20
BeurkG § 44a Abs. 2

1. Durch Zwischenverfügung kann nicht aufgegeben werden, eine nicht oder nicht ausreichend bestimmte Auflassung nachzuholen.
2. Die auf den Eigentumsübergang an einem Grundstück gerichteten Willenserklärungen des Veräußerers und des Erwerbers müssen grundsätzlich mündlich abgegeben werden; jedenfalls muß eindeutig feststellbar sein, daß sowohl die Willenserklärung des Veräußerers als auch die deckungsgleiche Willenserklärung des Erwerbers bestimmt und eindeutig erklärt sind. Das bloße Unterschreiben einer notariellen Urkunde, die nur die Einigungserklärung des Veräußerers enthält, durch den Erwerber ersetzt nicht dessen Einigungserklärung.
3. Ist in einer notariellen Urkunde nur die Auflassungserklärung des Veräußerers enthalten, kann die entsprechende Willenserklärung des Erwerbers grundsätzlich nicht als offensichtliche Unrichtigkeit durch einen Nachtragsvermerk des Notars ersetzt werden.

BayObLG, Beschluß vom 30. 11. 2000, 2Z BR 120/00

Gründe:

I.

Der Beteiligte zu 2 ist im Grundbuch bei mehreren Grundstücken als Miteigentümer zur Hälfte eingetragen.

Zu notarieller Urkunde vom 2. 12. 1999 veräußerte der Beteiligte zu 2 seinen Miteigentumsanteil an den Grundstücken an die Beteiligten zu 1, 3 und 4. In der Urkunde heißt es sodann:

> ... (= Beteiligter zu 2) erklärt hiermit die Auflassung des ihm zustehenden 1/2 Miteigentumsanteils an dem Grundbesitz an ... (Beteiligte zu 1, 3 und 4). Eine Eintragungsbewilligung wird ausdrücklich nicht erklärt.
>
> Dem beurkundenden Notar wird insoweit hiermit unwiderrufliche Vollmacht erteilt, Bewilligung und Antrag für die Beteiligten zu erklären, wenn
>
> - sowohl die Eintragung der in ... der heutigen Urkunde vorgesehenen Grundschuld an vertragsgerechter Rangstelle sichergestellt ist,
> - als auch die Zahlung des Betrages von DM 3.000.000 ... an ... (= Beteiligter zu 2) gem. ... der heutigen Urkunde auf das in ... bezeichnete Notaranderkonto erfolgt ist.

Durch Eigenurkunde vom 29. 5. 2000 bewilligte der Notar aufgrund der ihm erteilten Vollmacht die Eintragung der Auflassung und stellte durch weitere Eigenurkunde vom 2. 8. 2000 fest, daß die Beteiligten zu 1, 3 und 4 die Auflassungserklärung anläßlich der Beurkundung des Vertrags vom 2. 12. 1999 entgegengenommen hätten.

Den Antrag auf Vollzug der notariellen Urkunde vom 2. 12. 1999 hat das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung vom 21. 7. 2000 beanstandet. Nr. 1 der Zwischenverfügung lautet:

> Bei der Auflassung ... ist die Erklärung über die Einigung gem. § 20 GBO nicht enthalten.

Die Beschwerde gegen Nr. 1 der Zwischenverfügung hat das Landgericht durch Beschluß vom 10. 10. 2000 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

II.

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung des Landgerichts und der Nr. 1 der Zwischenverfügung des Grundbuchamts.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Niederschrift des Notars beurkunde lediglich die Auflassungserklärung des Veräußerers, nicht jedoch eine dieser entsprechende Willenserklärung der Erwerber. Damit sei eine wirksame Einigung nicht gegeben. Der Beurkundungsmangel könne nicht im Weg der Auslegung geheilt werden. Zwar könne die Eintragungsbewilligung des Berechtigten in Verbindung mit dem Eintragungsantrag des Begünstigten die materiellrechtliche Auflassung enthalten. Eine solche Auslegungsmöglichkeit ergebe sich hier jedoch deshalb nicht, weil die Eintragungsbewilligung ausdrücklich nicht erklärt worden sei und daher auch nicht beurkundet sei.

   Die Bevollmächtigung des Notars, die Eintragungsbewilligung abzugeben, könne einer wirksam erklärten Auflassung nicht gleichgestellt werden. Auch die vom Notar erklärte Eintragungsbewilligung sei nicht ausreichend für die materiellrechtliche Erklärung der Auflassung, die der Beurkundung bedürfe. Die feststellende Eigenurkunde des Notars sei schon deshalb nicht ausreichend, weil sie nur besage, daß die Auflassungserklärung entgegengenommen worden sei, aber nichts über die Abgabe einer Einigungserklärung der Erwerber sage. Im übrigen könne eine Berichtigung nur bei offensichtlichen Unrichtigkeiten in Betracht kommen. Durch einen Berichtigungsvermerk könne nicht die Niederschrift um eine nicht beurkundete Willenserklärung ergänzt werden.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

   a) In Nr. 1 der Zwischenverfügung beanstandet das Grundbuchamt den fehlenden Nachweis der Einigung gemäß § 20 GBO; darin wird von ihm ein Hindernis gesehen, das der beantragten Eintragung der Auflassung entgegensteht. Das Grundbuchamt hat nicht ausdrücklich angegeben, wie dieses Eintragungshindernis behoben werden kann. Die Angabe der zur Beseitigung des angegebenen Eintragungshindernisses geeigneten Mittel gehört aber zu den unverzichtbaren Voraussetzungen einer wirksamen Zwischenverfügung (Demharter GBO 23. Aufl. § 18 Rn. 31, Wilke in Bauer/v. Oefele GBO § 18 Rn. 38, jeweils m.w.N.).

   b) Die Auslegung der Zwischenverfügung ergibt jedoch, daß das Grundbuchamt den Nachweis einer ordnungsgemäß erklärten Einigung verlangt. Dies kann aber nicht Inhalt einer Zwischenverfügung sein. Durch eine solche kann nämlich nicht aufgegeben werden, erst die rechtliche Grundlage für die begehrte Eintragung zu schaffen, weil diese sonst einen ihr nicht gebührenden Rang erhielte, den die Zwischenverfügung sichert. Daher kann grundsätzlich durch Zwischenverfügung nicht aufgegeben werden, eine noch nicht oder nicht hinreichend bestimmt erklärte Auflassung erst zu erklären (BayObLG NJW-RR 1991, 465; OLG Hamm MittRhNotK 1996, 225; Demharter § 18 Rn. 32) Die Nr. 1 der Zwischenverfügung des Grundbuchamts und die sie bestätigende Entscheidung des Landgerichts können daher keinen Bestand haben.

III.

Für das weitere Verfahren zur Entscheidung über den Eintragungsantrag wird bemerkt:

1. Im Falle der Auflassung eines Grundstücks darf das Grundbuchamt die Eintragung nur vornehmen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist (§ 20 GBO). Die Bestimmung enthält damit eine Ausnahme von dem Grundsatz der einseitigen Bewilligung des § 19 GBO. Dem Grundbuchamt ist die Einigung in der grundbuchmäßigen Form des § 29 GBO so nachzuweisen, wie sie sachlichrechtlich zur Herbeiführung der Rechtsänderung notwendig ist (Demharter § 20 Rnr. 38). Der Nachweis hat sich also darauf zu erstrecken, daß die nach § 873 BGB erforderliche Einigung des Veräußerers

und des Erwerbers (Auflassung) bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt wurden (§ 925 Abs. 1 Satz 1 BGB). Zur Entgegennahme ist grundsätzlich jeder Notar zuständig (§ 925 Abs. 1 Satz 2 BGB). Erforderlich sind nach § 925 BGB zwei sich deckende, auf den Übergang des Eigentums an dem Grundstück gerichtete Willenserklärungen von Veräußerer und Erwerber. Grundsätzlich ist die Erklärung mündlich abzugeben. Jedenfalls muß zweifelsfrei feststehen, daß die Einigung sowohl des Veräußerers als auch die des Erwerbers bestimmt und eindeutig erklärt sind (vgl. Palandt/Bassenge BGB 59. Aufl. § 925 Rn. 3; Demharter § 20 Rn. 14). Dies verlangt der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. Demharter Anh. zu § 13 Rn. 5). Eine Auslegung vorhandener Erklärungen wird dadurch nicht ausgeschlossen. Auf eine Auslegung kann aber nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (Demharter § 19 Rn. 28).

2. Zutreffend haben Landgericht und Grundbuchamt den Nachweis einer Einigung in diesem Sinn verneint. Es liegt lediglich eine auf die Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung des Beteiligten zu 2 als Veräußerer vor. Dagegen fehlt die entsprechende Willenserklärung der Beteiligten zu 1, 3 und 4 als Erwerber. Allein der Umstand, daß diese bei Abgabe der Willenserklärung des Beteiligten zu 2 anwesend waren und die diese Willenserklärung enthaltende notarielle Urkunde unterschrieben haben, ist kein Ersatz für ihre fehlende Willenserklärung (BayObLGZ 12, 833/837; Demharter § 20 Rn. 14; a.M. MünchKomm/Kanzleiter BGB 3. Aufl. § 925 Rn. 18 für die materiellrechtliche Wirksamkeit der Auflassung und mit einer Einschränkung fur das grundbuchrechtliche Eintragungsverfahren). Auf eine Auslegung kann nicht zurückgegriffen werden, weil es an einer eindeutigen Erklärung der Beteiligten zu 1, 3 und 4 im Zusammenhang mit der Auflassung fehlt, die als eine auf die Rechtsänderung gerichtete Erklärung gedeutet werden könnte. Das bloße Zurkenntnisnehmen der Einigungserklärung des Beteiligten zu 2, ohne dieser zu widersprechen, bringt nicht unmißverständlich eine inhaltsgleiche Willenserklärung der Beteiligten zu 1, 3 und 4 zum Ausdruck.

   Zu Recht weist das Landgericht darauf hin, daß auch eine Bewilligung der Rechtsänderung und ein auf ihre Eintragung im Grundbuch gerichteter Antrag, die möglicherweise als Einigungserklärungen ausgelegt werden könnten, in der Urkunde nicht enthalten sind. Auch wenn unterstellt wird, aus der Bevollmächtigung des Notars zur Abgabe der Eintragungsbewilligung und Stellung des Eintragungsantrags könne abgeleitet werden, daß die Erwerber eine solche Einigungserklärung gewollt hätten, ersetzt dieser Wille allein nicht die fehlende Erklärung (BayObLGZ 12, 833/836). Ob die Bevollmächtigung des Notars als solche zur Abgabe der Auflassungserklärungen ausgelegt werden könnte, braucht nicht entschieden zu werden, weil solche Erklärungen nicht abgegeben wurden.

3. Zu Recht hat das Landgericht schließlich ausgeführt, daß für eine Berichtigung nach § 44a Abs. 2 BeurkG bei dieser Sachlage kein Raum ist. Die erforderliche, aber fehlende Einigungserklärung der Erwerber kann nicht als offensichtliche Unrichtigkeit durch einen Nachtragsvermerk des Notars nachgeholt und ersetzt werden (vgl. Keidel/Winkler BeurkG 14. Aufl. § 44a Rn. 18). In Betracht kommen könnte ein Nachtragsvermerk des Notars allenfalls dann, wenn die deckungsgleiche Willenserklärung der Erwerber vom Notar anläßlich der Beurkundung zwar vorgelesen, dies aber versehentlich nicht in der Urkunde festgehalten worden sein sollte. Dieser Fall ist hier aber nicht gegeben. Abgesehen davon genügt der Nachtragsvermerk des Notars vom 2. 8. 2000 schon deshalb nicht, weil er lediglich feststellt, daß die Beteiligten zu 1, 3 und 4 die Auflassungserklärung des Beteiligten zu 2 entgegengenommen haben. Erforderlich ist aber darüber hinaus eine eigene inhaltsgleiche, auf den Rechtsübergang abzielende Willenserklärung.

Mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

§§ 812, 138, 1901 BGB; 88 Abs. 2 Nr. 2 u. Nr. 7 BSHG

Zur Frage, wann ein Wohnrecht für eine Behinderte, das erst künftig genutzt werden soll, Schonvermögen ist.

Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 8. 5. 2002 – 9 U 159/01

Aus den Gründen:

Der klagende Verband ist Kostenträger der Werkstätten, welche die Schwester der Beklagten wegen einer geistigen Behinderung besucht. Gestützt auf einen Überleitungsbescheid vom 4. 6. 1999 macht er gegenüber der Beklagten einen Anspruch der Schwester geltend, den er darauf stützt, dass die Beklagte nach dem Verkauf des Elternhauses den Erlösanteil ihrer Schwester für den Bau ihres 2-Familienhauses verwendet hat. Die Beklagte ist Betreuerin ihrer Schwester.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

Der Senat verneint, dem Urteil des Landgerichts folgend, einen Anspruch von A. gegenüber der Beklagten, der zum Zeitpunkt der Überleitung auf den Kläger hätte übergehen können. Wegen der Verwendung des Erlösanteils durch die Beklagte besteht weder ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung noch aus unerlaubter Handlung oder wegen Pflichtverletzung als Betreuerin.

Für die Entscheidung dieser Fragen ist aufgrund des Vortrags der Parteien und der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Die Beklagte und die 80-jährige Mutter der Beklagten und der geistig behinderten A. haben diese in der Vergangenheit weitgehend selbst betreut und sich intensiv um sie gekümmert. Zwischen diesen Personen besteht ein inniges vertrauensvolles Verhältnis. Als die Mutter altersbedingt und wegen ihrer Sehbehinderung nicht mehr im Elternhaus in G. bleiben konnte, suchten Mutter und Kinder nach einer Lösung für die Mutter und A.. Es ergab sich, dass die Lebenshilfe in O. ein Wohnheim eröffnete, in dem A. ein Doppelzimmer beziehen konnte. Später konnte sie in eine betreute Wohngruppe in O. umziehen. Mutter und Töchter entschieden sodann, das elterliche Anwesen zu verkaufen und fassten später den Entschluss, für A., die entsprechend ihrem Wunsch bis auf weiteres in O. bleiben sollte, bei späterem Bedürfnis eine Zweizimmerwohnung zu schaffen. In diesem Sinne wandte sich der Prozessbevollmächtigte der Beklagten mit Schreiben vom 25. 1. 1996 an den Kläger, der mit Schreiben vom 1. 2. 1996 antwortete, dass das Barvermögen von A. in Höhe von ca. 50.000,– DM den Freibetrag von 4.500,– DM überschreite und in Höhe des Überschreitungsbetrages dem Kläger überwiesen werden müsse. Von der Verwertung des die Vermögensfreigrenze überschreitenden Betrages sei aber dann abzusehen, wenn dieses Vermögen nachweislich zur baldigen Schaffung eines geschützten Hausgrundstückes (auch Eigentumswohnung) diene oder dienen solle. Die Mutter bezog eine Mietwohnung in G., wo inzwischen auch die Beklagte, die geheiratet hatte, wohnte. Als sich die Gelegenheit bot, in der Nähe ein Grundstück zu kaufen, stellte die Mutter der Beklagten ihren Erlösanteil zur Verfügung, damit durch die Beklagte das Grundstück erworben und hierauf ein Haus mit zwei Wohnungen errichtet werden konnte. Eine Wohnung sollte die Mutter bewohnen, die andere Wohnung der Tochter A. bei Bedarf zur Verfügung stehen, die hierfür ihren Erlösanteil aus dem Verkauf des elterlichen Anwesens zur Verfügung stellte. A. wünschte in ihrem gewohnten Umfeld in O. zu bleiben. Sie sollte und wollte für die Zeit, in der sie aus welchen Gründen auch immer nicht mehr in O. bleiben und deshalb zu Mutter und Schwester in das G. ziehen würde, dort eine gesicherte Bleibe erhalten mit der Möglichkeit, von diesen betreut zu werden. In diese Gespräche, deren Inhalt immer konkreter wurde, war A. eingebunden. Sie war damit einverstanden, dass zu diesem Zwecke ihr Erlösanteil verwendet wird und sie als Gegenleistung für später ein Nutzungsrecht an der Zweizimmerwohnung in dem von der Beklagten zu bauenden Zweifamilienhaus erhält. In Vollziehung dieser Absprachen bewilligte die Beklagte ihrer Schwester A. ein Wohnungsrecht, das wegen fehlender Annahme durch diese und den bestellten Ergänzungsbetreuer aber noch nicht wirksam wurde.

Aus dem festgestellten Sachverhalt folgt, dass zwischen der Beklagten und A. vor der Verwendung des Geldes für den Hausbau und vor der Überleitung der Ansprüche auf den Kläger eine verbindliche Vereinbarung dahin getroffen wurde, dass anstelle des verkauften Elternhauses unter Einsatz des Erlösanteils der Mutter, der Beklagten und von A. auf den Namen der Beklagten in G. ein Haus mit zwei Wohnungen gebaut werden soll, eine Wohnung die Mutter bewohnen soll und die andere Wohnung A. unentgeltlich soll bewohnen können, sobald sie dies wünscht. Auch ohne ausdrückliche Absprache ist diese Vereinbarung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dahin zu ergänzen, dass dieses Wohnrecht, wovon auch die Beklagte ausgeht, an sicherer Rangstelle im Grundbuch abzusichern ist. Es ist unerheblich, dass dies bisher nicht geschehen ist. Es wird Aufgabe des Vormundschaftsgerichts sein, für diese Sicherstellung nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens zu sorgen. Diese Vereinbarung ist Rechtsgrund für die Verwendung des Erlösanteils von A. für den Hausbau und steht daher dem geltend gemachten Bereicherungsanspruch gemäß § 812 BGB entgegen.

A. konnte dieses Rechtsgeschäft mit der Beklagten selbst abschließen. Die Anordnung der Pflegschaft steht dem wirksamen Abschluss eines Rechtsgeschäfts des unter Pflegschaft stehenden selbst ohne Mitwirkung des Pflegers nicht entgegen, sofern der unter Pflegschaft stehende geschäftsfähig ist. Dies wird mit der Berufung auch nicht angezweifelt.

Ohne Erfolg greift der Kläger mit seiner Berufung die Bejahung der Geschäftsfähigkeit durch das Landgericht an (wird ausgeführt).

Auch der Senat verneint eine Sittenwidrigkeit des zwischen der Beklagten und A. geschlossenen Vertrages gem. § 138 BGB. Es liegt kein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor. Insoweit wird auf die zutreffenden Ewägungen des Landgerichts Bezug genommen. Da es für diese Beurteilung nicht auf den genauen Wert von Leistungen und Gegenleistungen ankommt, ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht erforderlich.

Der Vertrag ist auch nicht aus allgemeinen Ewägungen gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil durch die Vewendung des Erlösanteils für den Hausbau und die Schaffung eines Wohnrechts für A. eine Gestaltung gewählt wurde, die diesen Vermögenswert dem Zugriff des Sozialhilfeträgers entzieht. Eine solche Gestaltung verstößt unzweifelhaft gegen kein gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB. Solches ergibt sich auch nicht aus den Vorschriften des Sozialhilferechts über die Nachrangigkeit der Sozialhilfe und den Zugriff der Sozialhilfe auf ererbtes Vermögen (vgl. BGH FamRZ 1994, 162, vorausgegangen Senat, FamRZ 1993, 482, jeweils m.w.N.). Auch liegt kein Umgehungsverbot vor, das einen Verstoß gegen die guten Sitten gem. § 138 BGB begründen könnte.

Im übrigen sind auch Dauerwohnrechte und zu deren baldiger Schaffung vorgesehene Vermögenswerte Schonvermögen im Sinne von § 88 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 7 BSHG (Mergeler/Zink, BSHG, Kommentar, 3. Auflage, § 88 RdNr. 40). Der Hilfesuchende muss auch nicht immer selbst die Wohnung bewohnen. Vielmehr reicht es auch aus, wenn sie bei Heimbetreuung des Hilfesuchenden andere Personen der Bedarfsgemeinschaft bewohnen (Mergeler a.a.O. RdNr. 50).

Da die Beklagte den Erlösanteil aufgrund eines wirksamen Vertrages mit A. verwendete und deren Interessen nicht verletzt hat, scheidet auch ein Anspruch aus unerlaubter Handlung aus.

Aufgrund des erörterten bindenden Vertrages zwischen der Beklagten und A. besteht die Verpflichtung der Beklagten, das zukünftige allein vom Nutzungswillen von A. abhängende unentgeltliche Wohnrecht grundbuchlich an sicherer Rangstelle zu sichern.

Eingesandt vom Oberlandesgericht Karlsruhe, 9. Zivilsenat in Freiburg.

FGG §§ 12, 25

Der Nachweis einer verlustig gegangenen privatschriftlichen Verfügung von Todes wegen kann im Erbscheinsverfahren auch ohne visuelle Einsichtnahme der Urkunde durch einen Zeugen geführt werden.

OLG Stuttgart, Beschl. vom 21. 1. 2002 – 19 (8) W 644/99 mit Anmerkung von
Rechtsanwalt u. Württ. Notariatsassessor Edgar A. Fröschlin

Aus den Gründen:

Die zulässige Rechtsbeschwerde hat Erfolg: Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen und zur Zurückverweisung der Sache an das Nachlassgericht.

1. Nach allgemeiner Ansicht berührt es die Wirksamkeit eines Testaments nicht, wenn dieses ohne den Willen des Erblassers vernichtet worden, verloren gegangen oder sonst nicht auffindbar ist. In einem solchen Fall können Errichtung und Inhalt des Testaments mit allen zulässigen Beweismitteln bewiesen werden. Die Frage, ob der Erblasser ein Testament errichtet hat, ist eine Tatfrage, die das Rechtsbeschwerdegericht nur daraufhin nachprüfen kann, ob der Tatrichter den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG), bei der Erörterung des Beweisstoffes alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und dabei nicht gegen Beweisregeln, Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze oder gegen verfahrensrechtliche Vorschriften verstoßen hat, ferner, ob die Beweisanforderungen zu hoch oder zu niedrig angesetzt worden sind (vgl. BayObLG FamRZ 1986, 1043, 1044 mwN).
2. Das Nachlassgericht und das Beschwerdegericht (durch die zulässige Bezugnahme auf die Beweiswürdigung der Vorinstanz) haben die Anforderungen an den Nachweis eines nicht auffindbaren Testaments überspannt.

G. K. hat als Zeuge vor dem Nachlassgericht ausgesagt, er habe mit seiner Ehefrau am 24. 6. 1987 ein gemeinschaftliches Testament errichtet. Er habe dieses Testament dem Erblasser gegeben, damit er so etwas auch mache. Der Erblasser habe den ersten Absatz übernommen und den zweiten Absatz ausgelassen, weil er keine Kinder hatte. Das hätten der Erblasser und seine Ehefrau mehrfach bestätigt. Sie hätten auch bestätigt, dass es die Beteiligte 1 geschrieben und der Erblasser mit unterschrieben habe. Gesehen habe er das Testament allerdings nicht. Nahezu gleichlautend hat sich dessen Ehefrau Ehefrau J. K. als Zeugin geäußert. Auch L. R. hat als Zeugin angegeben, sie wisse von den Eheleuten P., dass die Beteiligte 1 das Testament im Beisein des Erblassers geschrieben habe „unter Vorlage eines Testaments von der Familie K., gleichlautend im Text, nur ohne den Zusatz wegen der Söhne".

Das Nachlassgericht hält diese Aussagen für glaubhaft (und die Zeugen damit für glaubwürdig), wie der Formulierung „die glaubhafte Versicherung der Zeugen" zu entnehmen ist. Wenn es den Nachweis deshalb nicht als geführt ansieht, weil keiner der Zeugen das Testament jemals gesehen habe, so werden die Anforderungen an den Beweis eines nicht auffindbaren Testaments überspannt. Sind die Aussagen der Zeugen glaubhaft, so steht fest, dass der Erblasser und die Beteiligte 1 nach ihren Angaben gegenüber den genannten Zeugen formgerecht ein gemeinschaftlichen Testament errichten hatten, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben. Es ist nicht erforderlich, dass der Erblasser oder die Beteiligte 1 die Testamentsurkunde einem der Zeugen gezeigt haben, zumal keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Erblasser und die Beteiligte 1 gegenüber den Zeugen Unwahres erklärt hatten.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Edgar A. Fröschlin, Stuttgart

Anmerkung von RA und Württ. Notariatsassessor Fröschlin, Stuttgart

Der Entscheidung liegt der Fall zugrunde, daß kinderlose Ehegatten ihr gemeinschaftliches privatschriftliches Testament auf gegenseitige Alleinerbeinsetzung in einem Bankschließfach verwahrt hatten und sich nicht auf einen Nachtrag wegen der Schlußerbeinsetzung der beiderseitigen Verwandtschaft einigen konnten. Der betagte

Ehemann hat die Testamentsurkunde mit einem Verwandten seiner Seite ohne Wissen der Ehefrau in ein anderes Schließfach verbracht, auf seinen Tod einseitig allein zu Gunsten seiner Verwandtschaft testiert und den hilfreichen Verwandten angewiesen, das gemeinschaftliche Testament nach seinem Ableben zu vernichten. Für den Fall eines Vorversterbens der Ehefrau hätte der Ehemann hingegen das Alleinerbe angenommen.

Die Verwandten des vorverstorbenen Ehemannes wollten der Ehefrau darauf nur den Pflichtteil zugestehen. Das Nachlaßgericht hat der Witwe keinen Alleinerbschein erteilt. Auch die Beschwerde zum Landgericht hat keinen Erfolg.

Die Urkundenunterdrückung privatschriftlicher Verfügungen von Todes wegen nimmt nach meiner praktischen Erfahrung bedenklich zu.

Daß verlustig gegangene Verfügungen von Todes wegen mit Hilfe aller zulässigen Beweismittel nachgewiesen werden können, ist ständige Rechtsprechung. Die vorstehende Entscheidung ist eine Fortentwicklung dieser Rechtsprechung. Trotz förmlichen Beweisverfahrens (so z.B. BayObLG NJW – RR 1992, 653) verlangte das Nachlaßgericht nicht nur die Feststellung des vollen Urkundeninhaltes (so z.B. BGH LM Nr. 1 zu § 2085 BGB) und die Richtigkeit von Zeit- und Ortsangaben (so z.B. BayObLG FamRZ 1991, 237), sondern auch die visuelle Einsichtnahme der Urkunde durch einen Zeugen. Diese weitere Hürde sieht der 19. Zivilsenat des OLG Stuttgart auf meine Rüge als überspannte Beweisanforderung an.

Aufhebung des Beschlusses des Amtgerichts Freiburg vom 14. 1. 2002, 13 UR II 111/97 veröffentlicht in BWNotZ 2002, 89.

LG Freiburg, 12. 7. 2002, 4 T 113/02

Gründe:

I.

Mit notarieller Urkunde vom 16. 4. 1996 setzten sich die Erben auf Ableben des W.S. bezüglich des Grundstücks S.straße in F. auseinander und verkauften Anteile an die weiter an der notariellen Urkunde Beteiligten. Ein Miteigentumsanteil von 270/1.000 wurden von den Erben an den Miterben B.S. übertragen. Dieser übertrug hiervon wiederum die Hälfte an seine Ehefrau, Frau E.S., als ehebedingte, unbenannte Zuwendung. Im Übrigen veräußerte die Erbengemeinschaft an A.K. und an die J.S. Immobilien GmbH als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts 460/1.000 Anteile und an Herrn E. weitere 270/1.000 Miteigentumsanteile (Teil I. der Urkunde).

Unter II. der Urkunde ließen die J.S. Immobilien GmbH, A.K. sowie die Eheleute S. und D.E. einen Vertrag über die Gründung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts protokollieren, in dem sie geplante Baumaßnahmen festsetzten und unter § 12 für Grundstück und Gebäude eine Nutzungsregelung trafen (§ 1010 BGB).
Mit Datum vom 17. 4. 1996 berechnete der Kostenbeamte des Notariats die Kosten mit insgesamt 10.563,67 DM, wobei er folgende Geschäftswerte für die Urkunde annahm:

Auseinandersetzung	500.000,00 DM
Kaufvertrag	1.000.000,00 DM
Zuwendung	250.000,00 DM
Gesellschaftsvertrag	1.000.000,00 DM
	50.000,00 DM
Insgesamt	2.800.000,00 DM

Die Bezirksrevisorin beanstandete die Geschäftswertfestsetzung, wobei sie davon ausging, dass I. der Urkunde (Auseinandersetzung-, Kauf- und Zuwendungsvertrag) einen Wert von insgesamt 1.750.000,00 DM habe, während der Geschäftswert für die Gründung der BGB-Gesellschaft in Abschnitt I. der Urkunde zu nieder angesetzt sei. Für die Regelung nach § 1010 BGB sei ein Geschäftswert von 20% von 1.500.000,00 DM = 300.000,00 DM anzunehmen, im Übrigen sei für die in § 2 des Gesellschaftsvertrages niedergelegten Bauverpflichtungen der Wert noch zu ermitteln. Keinesfalls könne dieser mit 50.000,00 DM angenommen werden.

Nachdem die Ermittlungen nicht weiterführten und ein Beteiligter eine Geschäftswertfestsetzung durch das Amtsgericht anregte, beantragte die Bezirksrevisorin mit Schriftsatz vom 14. 10. 1997 (AS 151 ff.) bem Amtsgericht den Wert für die Gründung der BGB-Gesellschaft in Abschnitt II. der Urkunde gemäß §§ 31, 142 KostO festzusetzen.

Nach weiterem Verfahrensgang hob das Amtsgericht mit Beschluss vom 14. 1. 2002 den gesamten Kostenansatz vom 17. 4. 1996 auf und setzte die Gebühr für die Beurkundung vom 16. 4. 1996 auf insgesamt 450,00 € fest.
Zur Begründung führte es aus, dass nach Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 29. 9. 1996 (sog. „Modelo"-Urteil) Gebühren nach der Kostenordnung nicht hätten erhoben werden dürfen. Zulässig sei nach dieser Entscheidung lediglich eine leistungsbezogene Gebühr, die es mit 450,00 € veranschlagte. Eine einheitliche Handhabung gebiete Art. 3 des GG.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beschwerde der Bezirksrevisorin mit dem Antrag, den Beschluss des Amtsgerichts aufzuheben und den Geschäftswert entsprechend ihrem bisherigen Vortrag festzusetzen.

II.

Das Rechtsmittel ist zulässig und führte zur Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung und zu einer Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht zur Entscheidung über den Geschäftswert gemäß Antrag der Bezirksrevisorin vom 14.10.1997 (AS 151 ff.).

Die Entscheidung des Amtsgerichts war allein schon deshalb aufzuheben, weil das Amtsgericht nicht über den Kostenansatz hätte entscheiden dürfen. Dem Amtsgericht lag lediglich der Antrag der Bezirksrevisorin vom 14. 10. 1997 bezüglich der Geschäftswertberechnung für die Gründung der BGB-Gesellschaft in Abschnitt II. der Urkunde vor. Hierzu hatte die Bezirksrevisorin einen Antrag gemäß §§ 31, 142 KostO gestellt. Fälschlicherweise hat das Amtsgericht über den Kostenansatz nach § 14 KostO entschieden. Hierüber war ein Verfahren nicht anhängig.

Da das Amtsgericht lediglich zur Entscheidung über den Geschäftswert berufen war, kommt es letzten Endes auf die weiteren Ausführungen zu der zitierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes nicht an.

Fürsorglich kann die Kammer im vorliegenden Verfahren aber hierzu diejenigen Ausführungen machen, die sie bereits im Beschluss vom 5. 7. 2002 in der Sache 4 T 85/02 zu den hier anstehenden Fragen gemacht hat.

Hier wie dort geht die Bezirksrevisorin zutreffend davon aus, dass der zur Beurteilung stehende Vorgang nicht der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. 7. 1969 betreffend der indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital unterliegt. Dies ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 29. 9. 1999 („Modelo"-Urteil). Der Richtlinie unterliegen gemäß Art. 1 nur Kapitalgesellschaften, wobei in Art. 3 Abs. 1 und 2 die Kapitalgesellschaften definiert sind. Im vorliegenden Fall ist eine Kapitalgesellschaft nicht vorhanden. Soweit darunter BGB-Gesellschaften mit Erwerbszwecken fallen können (Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie) wurde in II. der notariellen Urkunde vom 16. 4. 1996 eine solche Gesellschaft nicht gegründet. Nach § 1 des Gesellschaftsvertrages ist es Zweck der Gesellschaft, „das Anwesen Scheffelstraße 59 um- und auszubauen, insbesondere die nachfolgend beschriebenen Baumaßnahmen gemeinschaftlich durchzuführen..." Art. 1 der Richtlinie hat zum Ziel, die Abgaben auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften, die als Gesellschaftssteuer bezeichnet wird, zu harmonisieren. Auf welche Vorgänge die Gesellschaftssteuer erhoben werden kann, bestimmt Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie. Gemäß Art. 10 sind die Mitglieder gehalten, keinerlei andere Steuer oder Abgaben, abgesehen von der Gesellschaftssteuer, auf die in Art. 4 genannten Vorgänge zu erheben. Art. 10c) der Richtlinie untersagt des weiteren Steuern oder Abgaben auf die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehenden Eintragung oder sonstigen Förmlichkeit, der eine Gesellschaft auf Grund ihrer Rechtsform unterworfen

werden kann. Daher wäre im vorliegenden Fall die Gebührenerhebung nur dann unzulässig, wenn sie als eine Abgabe i.S.d. Art. 10c) der Richtlinie (verbotene Abgaben angesehen werden könnte. Ansonsten wäre in einem solchen Falle eine Abgabe gemäß Art. 12 Abs. 1e der Richtlinie nur dann zulässig, wenn sie nach der zitierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes einen Zusammenhang zu den tatsächlichen Aufwendungen für die erbrachten Leistungen aufweist. Ist dies nicht der Fall, dann unterliegt die Abgabe dem Verbot des Art. 10 der Richtlinie und ist gemäß Art. 10c) verboten. Dementsprechend können nach der Entscheidung Notargebühren, die in einem Staat erhoben werden, bei dem der Notar Beamter ist, Steuern im Sinne der Richtlinie darstellen. Daher hat der EuGH mit Beschluss vom 21. 3. 2002 (ZIP 15/2002 ff.) entschieden, dass die genannte Richtlinie auch auf die notariellen Beurkundungen des Badischen Notars Anwendung finden kann, allerdings nur dann, wenn ein unter diese Richtlinie fallendes Rechtsgeschäft beurkundet wird.
Welche Rechtsgeschäfte darunterfallen regelt Art. 4 der Richtlinie. Der Erwerb eines Grundstücks durch Private fällt hier nicht darunter. Ebenso unterliegt der Richtlinie nicht eine Gesellschaft, die wie hier keine Kapitalgesellschaft ist. Der Vorgang fällt offensichtlich weder unter Art. 10a) oder b) der Richtlinie, noch wird er vom Verbot des Art. 10c) erfasst.
Auch fallen unter die Richtlinie nur solche Vorgänge bei denen eine notarielle Beurkundung zwingend vorgeschrieben ist (vgl. EuGH ZIP 2002, 666). Dies war für den Gesellschaftsvertrag hier nicht der Fall. Soweit für das Grundbuchverfahren wegen der Regelung nach § 1010 BGB zumindest eine notarielle Beglaubigung erforderlich ist, handelt es sich nicht um eine der Ausübung einer Tätigkeit der Gesellschaft vorangehenden Eintragung oder um eine sonstige Förmlichkeit, der eine Gesellschaft auf Grund ihrer Rechtsform, unterworfen werden kann.

Es wird auch kein Anlass bestehen, Art. 3 GG heranzuziehen mit der Folge, dass für alle notariellen Vorgänge gleiche Gebühren erhoben werden müssten. Wie die Kammer in der bereits oben zitierten Entscheidung ausgeführt hat, dient die Richtlinie vom 17. 7. 1969 und wie sich auch aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 29. 9. 1999 ergibt, der Förderung des freien Kapitalverkehrs und verfolgt das Ziel, die Steuern auf die Ansammlung von Kapital zu harmonisieren. Insofern sind notarielle Beurkundungen, die im Zusammenhang mit den Vorgängen zu Art. 4 der Richtlinie vorgenommen werden gegebenenfalls privilegiert, was nicht bedeutet, dass alle anderen notariellen Vorgänge in gleicher Weise zu beurteilen sind. Auch die Kostenordnung selbst bewertet nicht alle Gebührentatbestände gleich. Im Übrigen haben die Beteiligten nur diejenigen Gebühren zu zahlen, die jeder Dritte bei gleichem Geschäftswert zu zahlen hat.

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 31 Abs. 3 KostO; die Zulassung der weiteren Beschwerde aus § 31 Abs. 3 KostO, § 14 Abs. 3 KostO.

Beglaubigungsgebühr nach § 45 Abs. 1 KostO und Dokumentenpauschale nach § 136 KostO als gemäß Artikel 12 Abs. 1e Gesellschaftssteuerrichtlinie zulässige Abgaben mit Gebührencharakter.

LG Freiburg, Beschluss vom 4. 7. 2002, 4 T 63/00

Gründe:

I.

Für die beschwerdeführende Kostenschuldnerin, die P.B. GmbH, D., wurden am 20. 8. 1999 beim Notariat E., Notar D., folgende Urkundsgeschäfte gefertigt:

3 UR 1041/99 (Urkunde über Gesellschafterversammlung/Kapitalerhöhung):
Beurkundung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung, in der die beiden Gesellschafter P.B. und H.B. folgende Beschlüsse fassten:

1. „Das Stammkapital der Gesellschaft wird von DM 2.050.000,00 um DM 200.000,00 auf DM 2.250.000,00 erhöht.
2. Die Gesellschafter H.B. und P.B. werden zur Übernahme je einer Stammeinlage im Nennbetrag von DM 100.000,00 zugelassen. Die neuen Stammeinlagen werden zum Nennwert ausgegeben.
3. Die neuen Stammeinlagen gemäß Ziffer 2 sind im Wege der Sacheinlage dadurch zu leisten, dass die Gesellschafter P.B. und H.B. ihre je 50%ige Kommanditbeteiligung an der P.B. GmbH & Co. KG mit Sitz in Ch., eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts Ch. unter HRA 3016, in die Gesellschaft nach Maßgabe des als Anlage 1 dieser Urkunde beigefügten Einbringungsvertrages vom 20. 8. 1999 einbringen. Die Einbringung erfolgt mit dem Zeitwert der jeweiligen Beteiligung gemäß dem Gutachten des Wirtschaftsprüfers S. in Freiburg vom 2. 8. 1999.
4. § 4 des Gesellschaftsvertrages der P.B. GmbH wird entsprechend geändert und erhält die folgende Neufassung:

   „§ 4 Stammkapital, Stammeinlage

   Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt DM 2.250.000,00 (in Worten: zweimillionenzweihundertfünfzigtausend Deutsche Mark)“.“

3 UR 1042/99 und 3 UR 1043/99: jeweils eine Unterschriftsbeglaubigung

In beiden Fällen hat der Notar die Unterschriften des P.B. bzw. des H.B. unter zwei Fremdentwürfen mit jeweils einer „Übernahmeerklärung“ beglaubigt. Darin haben P.B. bzw. H.B. entsprechend dem in der Urkunde 3 UR 1041/99 gefassten Kapitalerhöhungsbeschluss je eine neue Stammeinlage in Höhe von DM 100.000,00 übernommen und jeweils ihren 50%igen Gesellschaftsanteil an der P.B. GmbH & Co. KG gemäß den Bestimmungen des Einbringungsvertrages vom 20. 8. 1999 in die Gesellschaft eingebracht.

3 UR 1044/99: Entwurf der Anmeldung zum Handelsregister mit Beglaubigung der Unterschriften der beiden geschäftsführenden Gesellschafter P.B. und H.B.

Die der Beschwerdeführerin als Kostenschuldnerin übermittelte Kostenrechnung der Landesoberkasse vom 24. 11. 1999 weist folgende, hierfür vom Notariat am 9. 11. 1999 angesetzte Gebühren, Auslagen und Mehrwertsteuer aus:

3 UR 1041/99:	DM 7.780,00
3 UR 1044/99:	DM 1.945,00
3 UR 1042/99:	DM 250,00
3 UR 1043/99:	DM 250,00
Schreibauslagen:	DM 21,00
16% Umsatzsteuer aus DM 10.246,00:	DM 1.639,36
Gesamtbetrag:	DM 11.885,36

Die Kostenschuldnerin hat sich mit ihrer Erinnerung vom 1. 12. 1999 insbesondere gegen die nach ihrer Ansicht gegen die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. 7. 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (im Folgenden: Gesellschaftssteuerrichtlinie bzw. RL) verstoßenden Gebühren für die Beurkundung der Kapitalerhöhung gewandt und begehrt die Gebühr auf den im Hinblick auf einen maximalen Zeitaufwand des Notariats von 2 Stunden angemessenen Betrag von 700,00 DM herabzusetzen.

Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 25. 2. 2000 die Erinnerung zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Kostenschuldnerin.

Im Beschwerdeverfahren hat der Verfahrensbevollmächtigte der Kostenschuldnerin auf Anfrage klargestellt, dass die Kostenerinnerung sich nicht auf die für die Anmeldung zum Handelsregister in Ansatz gebrachte Gebühr bezieht.

Die Beschwerdekammer hat auf Grund eines vom Amtsgericht Müllheim/Baden in seinem Kostenerinnerungsverfahren UR II 42/99 am 20. 6. 2000 beim EuGH veranlasstes Vorabentscheidungsverfahren

das vorliegende Beschwerdeverfahren am 13. 7. 2000 bis zur Entscheidung durch den EuGH ausgesetzt.

Die Vorlagefrage des Amtsgerichts Müllheim lautete:

„Sind die Gebühren für Beurkundungen und Beglaubigungen der Notare im Landesdienst des Landes Baden-Württemberg im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe bei Vorgängen, auf die sich Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 69/335/EWG bezieht, von dem Verbot des Art. 10 dieser Richtlinie derart erfasst, dass die Gebühren nur nach den konkreten Aufwendungen der Notare für die jeweilige Dienstleistung erhoben werden dürfen?"

Mit Beschluss vom 21. 3. 2002 – G 264/00 – (Gründerzentrum-Betriebs-GmbH) hat der EuGH diese Vorlagefrage wie folgt beantwortet:

„Die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. 7. 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWEG des Rates vom 10. 6. 1985 ist so auszulegen, dass die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter diese Richtlinie fallenden Rechtsgeschäfts in einem Rechtssystem, in dem die Notare Beamte sind und ein Teil der Gebühren dem Staat zufließt, der der Dienstherr der Notare ist und der diese Einnahmen für die Finanzierung seiner Aufgaben verwendet, als Steuer im Sinne der Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung anzusehen sind.

Die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft sind nach Art. 10c der Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung grundsätzlich verboten, wenn sie eine Abgabe im Sinne dieser Richtlinie darstellen.

Der Umstand allein, dass die für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft erhobenen Gebühren, die proportional zu dem gezeichneten Kapital steigen, eine Obergrenze nicht übersteigen dürfen, kann diese Gebühren nicht zu Abgaben mit Gebührencharakter im Sinne der Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung machen, wenn diese Obergrenze nicht im angemessenen Verhältnis zu den Kosten der Leistung steht, die mit diesen Gebühren abgegolten wird)."

Die Kammer hat daraufhin am 3. 6. 2002 das vorliegende Verfahren wieder aufgenommen.

II.

Die nach § 14 Abs. 3 KostO zulässige Beschwerde ist teilweise begründet hinsichtlich einer der beiden für die Unterschriftsbeglaubigungen betreffend die Übernahmeerklärungen angesetzten Gebühren (nachfolgend Ziffer 2), unbegründet hinsichtlich der für die zweite Unterschriftsbeglaubigung angesetzte Gebühr sowie der Schreibauslagen einschließlich der auf diese beiden Positionen erhobenen Mehrwertsteuer (nachfolgend Ziffer 3). Im Übrigen hat das Rechtsmittel einen vorläufigen Erfolg (nachfolgend Ziffer 1).

1. Nach der Entscheidung des EuGH vom 21. 3. 2002 ist die Erhebung einer Abgabe verboten, wenn sie eine Abgabe im Sinne der Gesellschaftssteuerrichtlinie darstellt. Das Verbot umfasst daher nur die Gebühren der Notare im Landesdienst, soweit
   - sie in den Anwendungsbereich der RL fallen,
   - ihre Erhebung nach Art. 10 oder 11 der RL als zusätzliche Steuer oder Abgabe verboten ist,
   - sie nicht nach Art. 12 Abs. 1 der RL zulässig sind.

   In allen anderen Fällen sind die Gebühren der Notare im Landesdienst – wie bisher – zulässigerweise nach der Kostenordnung zu erheben, auch wenn sie im Einzelfall den Aufwand des Landes für das konkrete Notargeschäft übersteigen.

   a) Die für die Fertigung der Urkunde über die Gesellschafterversammlung (3 UR 1041/99) festgesetzte Gebühr nach § 47 KostO fällt in den Anwendungsbereich der Gesellschaftssteuerrichtlinie.

      Bei der P.B. GmbH handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft gemäß § 3a – 3 der RL; der Vorgang der Kapitalerhöhung wird von Art. 4 Abs. 1c RL erfasst, wobei die Gebühren zu Recht nicht aus dem Nominalwert der beiden ausgegebenen Stammeinlagen, sondern aus dem höheren Wert der beiden 50%igen Beteiligungen der Gesellschafter P. und H.B. als Kommanditisten an der P.B. GmbH & Co. KG in Ch. mit jeweils 1/2 des bilanzierten Aktivvermögens dieser Gesellschaft errechnet wurden (§§ 47, 27 Abs. 2, 44 Abs. 1 entsprechend, §§ 39 Abs. 1, 18 Abs. 3 KostO; vgl. OLG Düsseldorf DNotZ 1980, 189 f).

   b) Für die Erhöhung des Kapitals einer GmbH durch Einlagen jeder Art dürfen nach Art. 10a der Gesellschaftssteuerrichtlinie abgesehen von der Gesellschaftssteuer keinerlei andere Steuern oder Abgaben erhoben werden.

      Nach RNr. 27, 28 der Entscheidung des EuGH vom 21. 3. 2002 – Gründerzentrum-Betriebs-GmbH ist die Gesellschaftssteuerrichtlinie so auszulegen, dass die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter die RL fallenden Rechtsgeschäfts als Steuer im Sinne der RL anzusehen sind, wenn – wie im Bezirk des OLG Karlsruhe – die Notare Beamte sind und ein Teil der für die Beurkundung vereinnahmten Gebühren dem Staat zufließt, der Dienstherr der Notare ist und der diese Einnahmen zur Finanzierung seiner Aufgaben verwendet.
      Damit ist die Erhebung von Gebühren für die notarielle Erhöhung des Kapitals nach Art. 10 lit. c RL grundsätzlich verboten, wenn sie eine Abgabe im Sinne der RL darstellen, weil § 53 Abs. 2 GmbHG für die Kapitalerhöhung eine notarielle Beurkundung zwingend vorschreibt und diese eine wesentliche Förmlichkeit in Zusammenhang mit der Rechtsform der Gesellschaft und eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung von deren Tätigkeit darstellt (EuGH a.a.O., RNr. 29 unter Verweisung auf EuGH vom 29. 9. 1999 C-56/98 – Modelo RNr. 26).

   c) Die für die Beurkundung der Kapitalerhöhung in Ansatz gebrachte Gebühr stellt keine Abgabe mit Gebührencharakter dar, deren Erhebung durch Art. 12 Abs. 1 lit. e RL ermöglicht wird.

      Gebühren der Notare im Landesdienst, die unter einen Verbotstatbestand nach Art. 10 oder 11 der Gesellschaftssteuerrichtlinie fallen und sich nicht unter eine Ausnahme nach Art. 12. Abs. 1 lit. a bis d subsumieren lassen, sind gleichwohl zulässig, wenn sie im Einzelfall nicht den mit dem jeweiligen Notargeschäft verbundenen Aufwand des Landes übersteigen.

      Die Urkunde 3 UR 1041/99 wurde ersichtlich unter Verwendung eines nicht vom Urkundsnotar selbst erstellten Fremdentwurfs gefertigt, dem lediglich ein beim Notariat geschriebenes Deckblatt vorgeheftet ist. Die in Ansatz gebrachte Gebühr dürfte daher – wenn kein zusätzlicher umfangreicher Vorbesprechungs-, Prüfungs- oder Beratungsaufwand angefallen ist – den für dieses Urkundsgeschäft erbrachten Aufwand des Landes erheblich übersteigen.
      In welcher Höhe die Gebühr letztlich erhoben werden darf, ohne dass es sich um eine nach der Gesellschaftssteuerrichtlinie unzulässige Steuer handelt, hängt von dem konkret erbrachten Aufwand des Landes ab. Vor allem der Zeitaufwand kann fraglos am besten beim Notariat selbst festgestellt werden. Die Kammer hält es daher für zweckmäßig, dass unter Aufhebung des für die Urkunde 3 UR 1041/99 gefertigten (Teil-) Kostenansatzes einschließlich der insoweit erhobenen Mehrwertsteuer der Vorgang zur Ermittlung der Kosten des Landes und sodann zur Neufestsetzung der Gebühr an die Kostenbeamtin des Notariats E. zurückgegeben wird. Diese wird dabei die Vorgaben des Justizministeriums Baden-Württemberg in dem Erlass vom 22. 5. 2002 – 5656/0227 – zu beachten haben. Danach ist – vorbehaltlich der noch zu ermittelnden konkreten Kosten – derzeit auf der Basis der VwV-Kostenfestlegung von den dort niedergelegten Pauschsätzen je Arbeitsstunde auszugehen.

2. Hinsichtlich der für die Beglaubigung der Unterschriften unter den beiden Übernahmeerklärungen (3 UR 1042 und 1043/99) ist die Beschwerde in Höhe einer Beglaubigungsgebühr einschließlich der darauf entfallenen Mehrwertsteuer begründet.

   a) Für diese beiden Vorgänge wäre bei richtiger Sachbehandlung nur eine Beglaubigungsgebühr angefallen.

Die beiden Gesellschafter der P.B. GmbH P. und H.B. haben im Anschluss an die Beurkundung der Beschlüsse betreffend die Kapitalerhöhung und ihre Zulassung zur Übernahme je einer der beiden neuen Stammeinlagen jeder eine der beiden vorbereitet mitgebrachten Übernahmeerklärungen unterschrieben. Bei Beachtung des Grundsatzes, dass ein Notar bei gleicher Sicherheit die für den Mandanten kostengünstigste Verfahrensgestaltung wählen muss, hätte vorliegend der Notar die beiden Übernahmeerklärungen zusammensiegeln und die Beglaubigung der Unterschriften in einem Vermerk zusammenfassen müssen. Nach § 45 Abs. 1 KostO wäre sodann die Höchstgebühr von 250,00 DM (exakt umgerechnet in Euro 127,82 €) nur einmal angefallen.

Die Gesellschafter hatten ersichtlich kein besonderes Interesse an zwei Einzelurkunden mit jeweils einem Beglaubigungsvermerk. Die Übernahmeerklärungen waren vielmehr in Urschrift beim Registergericht einzureichen, was auch in verbundener Form geschehen hätte können. Damit liegen die Voraussetzungen der Nichterhebung einer der beiden Beglaubigungsgebühren nebst der hierauf entfallenden Umsatzsteuer wegen unrichtiger Sachbehandlung nach § 16 Abs. 1, 2 KostO vor.

b) Die verbleibende Beglaubigungsgebühr in Höhe von 250,00 DM (= 127,82 €) kann unbeschadet der EuGH-Entscheidung vom 21. 3. 2002 – Gründerzentrum-Betriebs-GmbH zulässigerweise erhoben werden, da sie keine – unzulässige – Steuer im Sinne der Gesellschaftssteuerrichtlinie darstellt.

Die gesellschaftsrechtlichen Vorgänge der Übernahmeerklärungen fallen zwar ebenso wie der Kapitalerhöhungsvorgang in den Anwendungsbereich der Gesellschaftssteuerrichtlinie. Nach § 55 Abs. 1 GmbHG bedarf es zu einer Beschlussfassung über die Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH zur Übernahme jeder auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage zwingend einer notariell aufgenommenen oder beglaubigten Erklärung des Übernehmers, somit einer „Formalität" im Sinne des Verbotstatbestandes von Art. 10 lit. c RL.

Gleichwohl darf die Beglaubigungsgebühr vorliegend als zulässig erhoben werden. Angesichts der Höhe von nur 127,82 € – die gerundete Höchstgebühr nach § 45 Abs. 1 KostO von 130,00 € kann erst für Vorgänge nach dem 1. 1. 2002 in Ansatz gebracht werden – handelt es sich hierbei um eine Abgabe mit Gebührencharakter gemäß des Ausnahmetatbestandes Art. 12 Abs. 1 lit. e RL, da der mit der konkreten Unterschriftsbeglaubigung verbundene Aufwand des Landes, insbesondere die Prüfungs- und Vollzugstätigkeit durch den Notar sowie die damit verbundenen Vor- und Nacharbeiten der Mitarbeiterinnen des Notariats, – ohne dass dieser hier im Einzelnen exakt ermittelt werden müsste – ohne Zweifel den Betrag von 127,82 € zumindest erreicht, wenn nicht sogar übersteigt, und damit die Gebühr allenfalls gerade kostendeckend ist, jedenfalls den Kostenaufwand des Landes nicht übersteigt.

3. Die Erhebung der nach § 136 KostO in Ansatz gebrachten Schreibauslagen (jetzt nach § 136 KostO n.F.: Dokumentenpauschale) in Höhe von DM 21,00 (= 10,74 €) – ersichtlich für drei Ausfertigungen bzw. beglaubigte Abschriften der Urkunde 3 UR 1041/99 á 7 Seiten – ist ebenfalls zulässig. Sie deckt offensichtlich nicht den mit der Anfertigung der Ausfertigungen/Abschriften erforderlichen Sach- und Personalkostenaufwand.

4. Die Erhebung der auf die Unterschriftsbeglaubigungsgebühr und die Auslagenpauschale entfallenden Mehrwertsteuer ist ebenfalls zulässig.
Soweit Gebühren und Auslagen zulässigerweise erhoben werden dürfen, darf hierauf nach Art. 12 Abs. 1 lit. f RL auch die Mehrwertsteuer erhoben werden.

5. Entgegen dem – telefonisch vorgebrachten – Einwand des Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin sind die sämtlichen im Rahmen des Kapitalerhöhungsvorgangs getätigten Urkundsgeschäfte nicht als Einheit im Sinne der Gesellschaftssteuerrichtlinie anzusehen. Vielmehr sind die einzelnen Geschäfte gesondert darauf zu überprüfen, ob sie in den Anwendungsbereich der Gesellschaftssteuerrichtlinie fallen, von einem der Verbotstatbestände nach Art. 10 oder 11 RL und ggf. von dem Ausnahmetatbestand des Art. 12 RL erfasst werden.

6. Zur Überprüfung der für die Anmeldung zum Registergericht (3 UR 1044/99) in Ansatz gebrachte Gebühr in Höhe von DM 1.945,00 zzgl. 16% Umsatzsteuer ist die Kammer nicht berufen, nachdem der Verfahrensbevollmächtigte der Beschwerdeführerin klargestellt hat, dass sich die Kostenerinnerung auf diese Position nicht bezogen hat und demnach sich auch die angefochtene Entscheidung hierauf nicht bezieht.

Gleichwohl wird vorsorglich auf folgendes hingewiesen:

Die nach § 57 Abs. 1 GmbHG zwingend erforderliche Anmeldung der beschlossenen Erhöhung des Stammkapitals zur Eintragung in das Handelsregister ist beim Registergericht in öffentlich beglaubigter Form einzureichen (§ 12 Abs. 1 HGB). Die vor der beglaubigten Unterschrift stehende Anmeldungserklärung ist hingegen nicht zwingend vom Notar zu formulieren. Fertigt dieser wie vorliegend dennoch den Anmeldungsentwurf, dann handelt es sich um eine Tätigkeit des Notars, die gesetzlich nicht vorgeschrieben ist und von den Beteiligten freiwillig in Anspruch genommen wird. In einem solchen Fall entfällt der Steuercharakter der für den Entwurf nach § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO anfallenden Notargebühr, so dass die Erhebung dieser Gebühr nicht gegen die Gesellschaftssteuerrichtlinie verstößt. Daneben entsteht in diesem Fall für die Beglaubigung der Unterschrift des Anmeldenden keine gesonderte Gebühr (Hartmann, Kostengesetze, § 38 KostO, Rz 31).
Der Geschäftswert für die Entwurfsgebühr richtet sich dabei nach §§ 26, 28 KostO, wobei nach § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO der Höchstwert € 500.000,00 (früher: DM 1.000.000,00) beträgt. Diese Obergrenze wurde bei Erstellung des Kostenansatzes für den Anmeldungsentwurf nicht beachtet, so dass dieser von der Kostenbeamtin im Verwaltungswege noch zu berichtigen sein wird (§ 14 Abs. 8 KostO).

III.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 14 Abs. 7, § 131 Abs. 5 KostO.

Die – beschränkte - Zulassung der weiteren Beschwerde beruht auf § 14 Abs. 3 KostO.
Die Zulassung der weiteren Beschwerde beschränkt sich im Rahmen der Zurückweisung der Beschwerde auf die von der Beschwerdekammer bejahten Fragen, ob ohne exakte Ermittlung des Kostenaufwandes des Landes davon ausgegangen werden kann, dass die nach § 45 Abs. 1 KostO für die reine Unterschriftsbeglaubigung in Ansatz gebrachte Höchstgebühr von DM 250,00 = € 127,82 (die seit 1. 1. 2002 geltende Höchstgebühr von € 130,00 ist nicht entscheidungserheblich) sowie die Auslagenpauschale, jetzt Dokumentenpauschale, nach § 136 Abs. 1, 3 KostO den Kostenaufwand des Landes jedenfalls nicht übersteigt.

Buchbesprechungen

Rahm/Künkel. Handbuch des Familiengerichtsverfahrens. Lieferung 39 (Oktober 2001). Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln. 468 S., 144,80 DM.

Schwerpunkte der 39. Lieferung sind das Unterhaltsrecht und der Versorgungsausgleich sowie Kindergeldansprüche. Außerdem wird die kontinuierliche Überarbeitung des Handbuchs fortgesetzt. Zum 1. 7. 2001 sind die Regelbeträge und die Selbstbehaltsätze angehoben worden. Außerdem wurden zum 1. 1. 2002 alle DM-Beträge in Euro umgestellt. Die gängigen Tabellenwerke und Leitlinien berücksichtigen teils in einer Tabelle, teils in getrennten Tabellen sämtliche Änderungen. Die Lieferung enthält auch die neuen Regelsätze zur Sozialhilfe, die u.a. zur Berechnung des Erwerbstätigenfreibetrags im PKH-Recht benötigt werden. In einer konzertierten Aktion wurden die Erläuterungen zum Versorgungsausgleich überarbeitet. So der Ausgleich der Beamtenversorgung, der schuldrechtliche Versorgungsausgleich und das den Versorgungsausgleich betreffende Verfahrensrecht. Im Kapitel Steuerrecht wird umfassend über den Kindergeldanspruch informiert und die maßgebenden Vorschriften aus dem EStG und BKGG alter und neuer Fassung zur Schnellinformation in einer Synopse gegenübergestellt und so das Verständnis älterer Rechtsprechung und Literatur transparenter. Eine Kommentierung des Lebenspartnerschaftsgesetzes ist angekündigt. Insgesamt bringt die Lieferung eine Aktualisierung der Erläuterungen, wobei allerdings die Schuldrechtsreform noch keine Berücksichtigung finden konnte.

Notar Prof. Böhringer, Heidenheim/Brenz

Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Verlag C. H. Beck München, 2002, XXII 530 Seiten ISBN 3-406-48398-4.

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz stellt alle Juristen, deren Kenntnisse sich auf das bisher geltende BGB beziehen, vor die Aufgabe, sich innerhalb kürzester Zeit die Struktur des neuen Rechts anzueignen. Dabei will das anzuzeigende Buch Hilfestellung leisten. Das Buch gibt all denjenigen, die das alte Recht kennen und sich ins neue einarbeiten müssen einen Leitfaden für die Anwendung des neuen Rechts an die Hand. Soweit die neue Rechtslage der alten entspricht, wird dies klargestellt. Soweit sie von der alten abweicht, wird sie erläutert. Vertieft behandelt werden das allgemeine Leistungsstörungsrecht und das Kaufgewährleistungsrecht. Die übrigen Abschnitte sind knapper gehalten. Die Autoren haben bewusst darauf verzichtet, die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die kontroverse Diskussion darüber ausführlich nachzuzeichnen. Die Entstehungsgeschichte wird nur dort herangezogen, wo sie zum Verständnis der neuen Vorschriften nötig schien. Die Autoren zeigen die Auslegungsfragen auf und schlagen eine praktikable Lösung vor. Zahlreiche Fallbeispiele machen die Darstellung gerade auch für Studenten anschaulich. Zusammenfassungen, Übersichten und Beispielsfälle erleichtern die Lektüre. Synopsen zu den ins BGB reintegrierten Nebengesetzen sind im Anhang zum 19. Kapitel abgedruckt.

Das systematisch gegliederte Buch wendet sich sowohl an Studenten als auch an „fertige" Juristen, namentlich Praktiker, die sich nach der Reform über die neue Rechtslage informieren müssen. Es vermittelt gut den mit der Gesetzesnovellierung verbundenen Paradigmenwechsel vom „Sondergewährleistungsrecht" zum „allgemeinen Leistungsstörungsrecht" und die neue Gesetzessystematik.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor, Heidelberg

Lwowski/Tetzlaff. Umweltrisiken und Altlasten in der Insolvenz. Ein Handbuch für die Praxis. Von Prof. Dr. Hans-Jürgen Lwowski und Dr. Christian Tetzlaff. Verlag C. H. Beck, München, 2002, 610 Seiten, 88 €.

Umweltschäden durch Unternehmen treten oft erst im Insolvenzfall zu Tage. Versäumnisse vergangener Zeiten rächen sich nun. Es kommt zu rechtlichen Auseinandersetzungen über die Kostentragung für die Beseitigung von Umweltschäden. Folge ist oftmals eine erhebliche Erschwerung der Insolvenzabwicklung, verbunden mit Haftungsrisiken für den Verwalter. Das Handbuch bietet einen Überblick über die maßgeblichen Vorschriften und die Rechtsprechung, wobei die Erläuterungen zum Bodenschutzgesetz den Schwerpunkt bilden. Auf Einzelfragen wie die ordnungsrechtliche Inanspruchnahme des Sicherungseigentümers als Zustandsstörer wird eine Antwort gegeben, die Auswirkungen der öffentlichen Grundstückslast nach § 25 Abs. 6 BBodSchG auf Grundpfandrechte dargestellt sowie Checklisten und Vertragsmuster geboten und Hinweise für die Vertragsgestaltung von Grundstückskaufverträgen gegeben. Angereichert ist das Buch auch mit zahlreichen Fallbeispielen und Schriftsatzmustern.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Lehrbuch zum neuen Schuldrecht. Von Prof. Dr. Stephan Lorenz und Thomas Riehm. Verlag C. H. Beck, München, 2002. 411 Seiten, kartoniert 18,– €.

Die weit gehende Vereinheitlichung von allgemeinem und besonderem Leistungsstörungsrecht sowie die Angleichung von Verjährungsfragen macht es auch für den Praktiker unabdingbar, die Grundstrukturen des Leistungsstörungsrecht erneut zu durchdenken. Das Buch wendet sich insbesondere an denjenigen, der sich bereits mit dem bisherigen Schuldrecht befasst hat und sich in das neue Schuldrecht einarbeiten will. Dem Leser wird eine Gesamtdarstellung des Schuldrechts in den vom Schuldrechtsmodernisierungsgesetz betroffenen Bereichen geboten. Ausgehend vom bisher geltenden Recht erläutern die Autoren alle praxisrelevanten Änderungen des BGB. Neben der Schuldrechtsreform enthält das Werk auch die Mietrechtsreform sowie die Neuerungen auf Grund des Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Geschäftsverkehr. Auffällig und wohltuend sind die vielen Schaubilder und die funktionale Gegenüberstellung der Normen, die das strukturierte Erfassen der neuen Vorschriften wesentlich erleichtern. Das Werk besticht durch seine knappen, aber prägnanten Aussagen. Jeder kann sich mit diesem Buch schnell informieren und die Neuerungen in die Praxis umsetzen.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Schuldrechtsmodernisierung – Einführung in das neue Recht. Von Prof. Dr. Peter Huber und Dr. Florian Faust. Verlag C. H. Beck, 2001, 530 Seiten, gebunden 26,– €.

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat vor allem das Leistungsstörungsrecht, das Kauf- und Werkvertragsrecht sowie das gesamte Verbraucherschutzrecht verändert. Das Buch will Hilfestellung beim Umlernen geben. Es bietet mehr als eine Einführung in die Neuregelungen. In ihrer Darstellung zeigen die Autoren das neue Recht auf und weisen dabei auf das alte Recht nur vergleichsweise hin. Vertieft behandelt werden das allgemeine Leistungsstörungsrecht und das Kaufgewährleistungsrecht, während die übrigen Rechtsinstitute etwas knapper gehalten sind. Zahlreiche Fallbeispiele machen die Darstellung des neuen Rechts anschaulich. Das Werk ist ein Rundum-Rechtsratgeber.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Auflage 2001, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2628 Seiten, ISBN 3-452-23516-5, 180,– €.

Seit der Vorauflage sind sieben Jahre vergangen. Bearbeiter sind jetzt:

Dr. Kurt Bartenbach, Rechtsanwalt in Köln, Dr. Gregor Basty, Notar in Penzberg, Dr. Hermann J. Faßbender, Notar a.D. in Linnich, Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Notar in Neu-Ulm, Dr. Wolfgang Peter, Notar in Jülich, Martin Wachter, Notar in Günzburg, Prof. Dr. Klaus Wähler, Freie Universität Berlin, Dr. Bernd Wegmann, Notar in Ingolstadt, Dr. Hans Wolfsteiner, Notar in München, Dr. Stefan Zimmermann, Notar in Köln. Mitarbeiter sind: Dr. Manfred Hecker, Rechtsanwalt in Köln,

Heidi Knoll, Notarvertreterin in Laupheim/Württ. und Dr. Heiner Roemer, Notar in Jülich.

Das Werk ist und bleibt ein Klassiker. Es behandelt nahezu alle Gebiete, mit denen der Kautelarjurist – also nicht nur der Notar – befaßt werden kann. Die Lesbarkeit des Werkes wurde durch die Verlagerung von Zitaten in Fußnoten verbessert. Allerdings wurde dies nicht von allen Autoren durchgehalten. Sehr gut ist auch das neue Sachregister von Heidi Knoll.

Folgendes scheint mir im einzelnen besonders bemerkenswert: Vermögensverzeichnisse wie z.B. das Nachlaßverzeichnis gem. § 2314 BGB werden bisweilen so erstellt, daß der Notar einfach den Beteiligten den Vermögensstand erklären läßt. Peter führt hierzu in § 20 RdNr. 37 folgendes aus: „Bei der Aufnahme des Verzeichnisses geht die Tätigkeit des Notars über eine reine Beurkundung hinaus. Ihn trifft nämlich die Pflicht, die vorhandenen Vermögensgegenstände gewissenhaft festzustellen. Dabei muß er sich allerdings zumeist mit den Angaben und Auskünften der Beteiligten begnügen. Der Notar nimmt das Vermögensverzeichnis in Form eines Protokolls nach § 37 BeurkG auf." Dem ist nichts hinzuzufügen. In § 120 RdNr. 28 spricht Wegmann bei der Erbschaftsausschlagung noch von vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung gem. § 1643 Abs. 2 BGB. Inzwischen ist seit dem 1. 7. 1998 aber das Familiengericht zuständig, was nicht nur für das württembergische Rechtsgebiet von Bedeutung ist, da jedes Amtsgericht zwar Vormundschaftsgericht, aber beileibe nicht Familiengericht ist. § 21 bringt eine völlige Neufassung des Rechts der vollstreckbaren Urkunde durch Wolfsteiner. Ein Satz sei wegen seiner grundsätzlichen Bedeutung wörtlich zitiert: „Aus der Sicht eines Schuldners, der die Absicht hat, sich loyal zu verhalten, muß die Abgabe einer Unterwerfungserklärung grundsätzlich als unbedenklich gelten." Das ganze ist ein angenehmer Vorgeschmack auf die seit langem erwartete und vom Verlag C. H. Beck angekündigte 2. Auflage von Wolfsteiners Klassiker „Die vollstreckbare Urkunde" (1. Aufl. 1978). Die Mietrechtsreform und die Schuldrechtsmondernisierung konnten verständlicherweise nicht mehr berücksichtigt werden.

Harro Kraiß, Notar in Neresheim/Württ., Lehrbeauftragter an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg

Kostenordnung. Kommentar von Dr. Günther Rohs und Paul Roweder. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Loseblattwerk in zwei Ordnern. 2480 Seiten. R.v.Decker, Hüthig Fachverlage, Heidelberg. 81. Ergänzungslieferung zur 2. Aufl./46. Ergänzungslieferung zur 3. Aufl., Stand: April 2002. 178 S., 65,90 €.

Der seit vielen Jahren anerkannte Kommentar zum Kostenrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat zurzeit mit vielen Gesetzesänderungen und wichtiger Rechtsprechung fertig zu werden. Nicht weniger als fünfmal wurde seit der letzten Ergänzungslieferung im Dezember 2001 die Kostenordnung geändert. Die Verjährung der Notarkosten wurde neu behandelt, die Dokumentenpauschale kommentiert, das Ermäßigungssatz-Aufhebungsgesetz Berlin mit seiner reduzierten Gebührenermäßigung für Ost-Berlin eingearbeitet, die der Rechtsprechung zum Landwirtschaftsprivileg des § 19 Abs. 4 KostO nachgezeichnete Rechtsprechung aktualisiert, § 20 KostO wegen der Bewertung von Rückerwerbsrechten teilweise neu dargestellt. Beim Dauerbrenner der Kosten in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten wurde auf die Europarechtswidrigkeit der Notarkosten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts in Baden eingegangen, ohne die während der Drucklegung ergangene Entscheidung des EuGH noch berücksichtigen zu können. In der nächsten Ergänzungslieferung folgen sodann weitere Entscheidungen zu wichtigen Rechtsfragen, damit das vorzügliche Nachschlagewerk wieder auf der Höhe des Kostengeschehens steht.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Bengel, Manfred/Reimann, Wolfgang (Hrsg.), Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2001, 745 Seiten, 89,– €. ISBN 3406476511.

Die dritte Auflage des Werkes folgt nunmehr in nur dreijährigem Abstand der zweiten. Seine Bearbeiter sind: Prof. Dr. Manfred Bengel, Notar in Fürth, Prof. Dr. Ulrich Haas, Universität Mainz, Dr. Dieter Mayer, Notar in München, Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Notar in Passau, Dr. Bernhard Schaub, Notar in München, Heinrich Eckelskemper, Notar in Leverkusen, Dr. Hans-Hermann Klumpp, Rechtsanwalt in Karlsruhe, Prof. Dr. Detlev Piltz, Rechtsanwalt in Bonn, Otto Freiherr Riederer von Paar, Rechtsanwalt in Sauerlach und Christoph Sandkühler, Rechtsanwalt in Hamm.

Alle Zitate von Rechtsprechung und Literatur finden sich im Text, was äußerst störend ist. Die Verfasser sollten sich dazu entschließen, die Zitate in Fußnoten zu verlegen. Dies würde die Lesbarkeit des Textes sehr verbessern. Auch die Gliederung des Werkes in Kapitel mit immer wieder neu beginnenden Randnummern erschwert die Benutzung. Die Randnummern sollten unabhängig von den Verfassern und deren Kapiteln bezüglich des ganzen Werkes durchgängig sein. Im einzelnen: Eckelskemper bietet eine gute Übersicht betreffend die verschiedenen Tabellen zur Berechnung der Vergütung. Mit der neuen Tabelle des Deutschen Notarvereins, die meines Wissens weitgehende Akzeptanz gefunden hat, mag er sich nicht befreunden. Er präsentiert seine eigene Eckelskempersche Tabelle mit Fallgruppen.

Alle Tabellen sind jedoch sehr übersichtlich und damit praxisfreundlich dargestellt. Im übrigen hätte das 10. Kapitel „Vergütung und Besteuerung" etwas entrümpelt werden können. Die Bemerkung, die Möhringsche Tabelle sei wohl im Vordringen begriffen, war wohl nie zutreffend. Auf S. 109 schreibt Klumpp, der Notar „als Nachlaßgericht" sei nicht zur amtlichen Nachlaßaufnahme zuständig. Als Badener müßte er eigentlich wissen, daß das Notariat in Baden-Württemberg anstelle des Amtsgerichts Nachlaßgericht ist und nicht der Notar als Person. Großartig ist das Kapitel „Internationale Testamentsvollstreckung" von Haas. Der Text wird immer wieder mit sehr instruktiven Fallbeispielen aufgelockert.

Bei Schaub gefällt die treffliche Darstellung der In-sich-Geschäfte des TV (S. 163 ff.). Sehr instruktiv ist auch seine Darstellung des Streitstandes über die Befugnisse des TV bei einer Testamentsvollstreckung, die nur für den Vorerben angeordnet ist (S. 168 ff.). Zu Recht vertritt Schaub die Meinung, daß dieser nicht mehr Rechte haben kann, als der Vorerbe ohne Testamentsvollstreckung. Bei der Gegenmeinung ist u.a. OLG Stuttgart BWNotZ 1980, 92 zitiert. Dies geht fehl. Die Entscheidung befaßt sich überhaupt nicht mit einer Testamentsvollstreckung. Umfassend sind auch seine Ausführungen zum Auseinandersetzungsplan (S. 174 ff.). Man vermißt lediglich Ausführungen darüber, welche Ermessensspielräume der TV hat, wenn er nach billigem Ermessen zu teilen hat. Bei der Auseinandersetzung von durch Immobilien geprägten Nachlässen sind diese Ermessensspielräume enorm wichtig.

Harro Kraiß, Notar in Neresheim/Württ., Lehrbeauftragter an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg

Neues Schuldrecht – Gesetzessynopse mit Kurzerläuterung. Von Prof. Dr. Thomas Pfeiffer. Luchterhand Verlag, Neuwied. 2002, 442 S., 15,– €.

Durch die Schuldrechtsreform wurde nicht nur der Inhalt zahlreicher Vorschriften, sondern auch die Systematik des Gesetzes an vielen Stellen durchgreifend umgestaltet. Auch soweit bisherige Regelungen mit gleichem oder vergleichbarem Inhalt beibehalten wurden, kann ihr Auffinden Schwierigkeiten bereiten. Dieses Buch soll in zweierlei Hinsicht als Arbeitshilfe dienen. Einmal ermöglicht es durch Gegenüberstellung des alten und des neuen Rechts den inhaltlichen Vergleich. Zum Anderen hilft es dabei, vertraute Inhalte im Dickicht der neuen Rechtslage aufzufinden. Eine Suche kann nämlich aus zweierlei Richtungen notwendig sein. Wer die bisherige Rechtslage kennt, wird sich – ausgehend von deren Systematik – fragen, an welcher Stelle des neuen Rechts die betreffende Frage geregelt ist. Ebenso kann sich bei einer Vorschrift des neuen Rechts die Frage ergeben, wo dieser Punkt bisher bereits geregelt war. Zu diesem Zweck enthält das Werk zwei Synopsen, deren eine von der Paragraphenfolge des alten Rechts ausgeht und die entsprechenden Vorschriften des neuen Rechts gegenüber stellt – „Synopse

alt/neu". Die zweite Synopse geht von der Paragraphenfolge des neuen Rechts aus und stellt dem das alte Recht gegenüber „Synopse neu/alt".

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Insolvenzrecht. NJW-Schriftenreihe, Band 67. Von Dr. Gerhard Pape und Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck. Verlag C. H. Beck, München. 2002, 805 S., 68,– €.

Die noch im Anfangsstadium steckende praktische Anwendung der Insolvenzordnung lässt allenfalls erkennen, dass auch die Insolvenzordnung nicht frei von Auslegungsproblemen und Wertungswidersprüchen ist, die schon nach kurzer Zeit zu einem erheblichen Reformbedarf geführt haben. Das Werk mit seiner Gesamtdarstellung des neuen Insolvenzrechts will helfen, das neue Insolvenzrecht in die Tradition des deutschen Konkursrechts einzuordnen, die Neuerungen der InsO aufzeigen und die Probleme der Insolvenzverfahren besser verstehen zu können. Ausgewertet wurde die umfangreiche Rechtsprechung und Literatur und sämtliche Neuerungen durch das Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26. 10. 2001 berücksichtigt. Das Werk verdient das Prädikat „Aus der Praxis für die Praxis".

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Mustertexte, Satzungen und Erläuterungen zum Vereins- und Verbandsrecht. Von Dr. Bernhard Reichert und Dr. Wolfgang Boochs. Luchterhand Verlag Neuwied. 2. Aufl. 2002, 304 S., 34,– €.

Jeder im Vereinsleben Aktive kennt das Problem: Satzungen müssen geschaffen, geändert, Einladungen bzw. Protokolle geschrieben und Anträge an das Finanzamt verfasst werden. Das Buch enthält eine Vielzahl von Mustern für die wichtigsten Aufgabenstellungen und helfen, die alltäglichen Aufgaben des Vereinslebens schnell und sachkompetent zu lösen. Die Erläuterungen im Anschluss an jedes Muster machen deutlich, worauf es in der Praxis ankommt. So findet man Protokollmuster zur Gründung und Führung eines Vereins, verschiedene Satzungen für gemeinnützige Vereine, eine Mustersatzung eines nur aus korporativen Mitgliedern bestehenden Sportverbands, eine Satzung für Vereine mit Delegiertenversammlung, die Wahlordnung zur Delegiertenversammlung, Schiedsgerichtsordnung, Schiedsrichtervertrag. Auch gewisse Ordnungen für Vereinsorgane wie Finanzordnung oder Geschäftsordnung sind enthalten. Ungefähr die Hälfte des Umfangs des Buches ist den steuerlichen Aspekten rund um den Verein gewidmet. Zahlreiche Muster für den Verkehr mit dem Finanzamt zeigen die Vielschichtigkeit der Vermögensverwaltung eines Vereins auf. Die Mustertexte befassen sich mit der Anerkennung der Gemeinnützigkeit, der steuerfreien Vermögensverwaltung, mit wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben und Vereinsveranstaltungen. Das Werk bietet eine Fülle von Informationen und Handreichungen. Das Buch ist für alle, die für einen Verein Verantwortung tragen oder als Berater tätig sind, ein unentbehrlicher Ratgeber und Wegweiser.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Grundzüge des Insolvenzrechts. Von Prof. Dr. Stefan Smid. 4., völlig neu bearbeitete Auflage 2002, Verlag C. H. Beck, München. 526 S., 55,– €.

Mit diesem Buch wird eine Gesamtschau der vielgestaltigen Fragestellungen gegeben, die sich seit Inkrafttreten der InsO unter dem „Dach" des Insolvenzrechts versammeln. In dem Werk geht es darum, das Insolvenzrecht als eine Schlüsselmaterie des Zivil- und Zivilverfahrensrechts in ihren Bezügen und ihrer Systematik anschaulich zu machen – deshalb handelt es sich bei diesem Buch um eine Darstellung von Grundzügen des Insolvenzrechts. Das Werk bietet einen fundierten, aber noch überschaubaren, praxisorientierten Überblick. Mit seiner pädagogischen Ausrichtung eignet sich das Buch auch für Studierende und die Rechtsfortbildung.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen. Gesellschafts-, Steuer-, Güter- und Erbrecht der Einzelunternehmen und Familiengesellschaften mit Mustersammlung. Von Notar Prof. Dr. Gerrit Langenfeld und WP und StB Dipl.-Kfm. Prof. Dr. Winfried Gail, unter Mitarbeit von StB Dipl.-Kffr. Christiane Schubert. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2001, Loseblattausgabe, Grundwerk, 8. Auflage, 1.732 Seiten, DIN A 5, einschl. Ordner, 124,– €. Ergänzungslieferungen erscheinen ein- bis zweimal jährlich.

Schwerpunkte der 584 Seiten umfassenden 27. Lieferung sind die Stiftung und der begünstigte Erwerb von Betriebsvermögen durch vorweggenommene Erbfolge. Die Stiftung als Rechtsform der Unternehmensperpetuierung und ihre Tauglichkeit als Unternehmensträger hat in der neuesten Diskussion besondere Aktualität erlangt. Die zivilrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der Stiftung als Rechtsform des Familienunternehmens sowie Satzungsgestaltungen im einzelnen werden auf dem neuesten Stand dargestellt und Modelle der Stiftung als Unternehmensträger vorgestellt, so z.B. die „Stiftung & Co KG", bei der die Stiftung die Rolle des persönlich haftenden Gesellschafters übernimmt, oder die Beteiligungsträgerstiftung, bei der die Aktien einer AG in die Stiftung eingebracht werden. Im Musterteil findet sich ein Muster über die Errichtung einer Stiftung durch lebzeitiges Stiftungsgeschäft sowie ein Muster über die Errichtung von Todes wegen. Weiter werden in der Neulieferung mit der Unternehmenssteuerreform verbundene Probleme neu behandelt, so z.B. die Übertragung von Wirtschaftsgütern zum Buchwert, die Vorteilhaftigkeit von Leistungsvergütungen gegenüber Vollausschüttungen, die steuerliche Behandlung von Veräußerungsgewinnen, Verlustvorträge beim Systemwechsel der Körperschaftssteuer, die Vorteile der Betriebsaufspaltung und umgekehrten Betriebsaufspaltung oder die typische und atypische Unterbeteiligung. Soweit sich die Rechtsprechung in der letzten Zeit mit Familienunternehmen beschäftigt hat, wurde dies entsprechend eingearbeitet. Hier sind für den Bereich der Personengesellschaften etwa die Entscheidungen zur Behandlung der Gewinne aus der Veräußerung eines Anteils an einem Gesellschafteranteil, zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen oder zur Erbauseinandersetzung nach längerer Zeitspanne zu nennen. Die Neulieferung beschäftigt sich ausführlich mit dem überraschenden Urteil des BFH, 2001-01-25, II R 52/98 (MittBayNot 2001, 335, NJW 2001, 1967), in dem es um die steuerliche Behandlung der schenkweisen Übertragung einer atypisch stillen Unterbeteiligung an einer Kommanditbeteiligung ging. Der BFH ist zu dem Ergebnis gekommen, daß von einer nach § 13 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 ErbStG steuerbegünstigten Übertragung von Betriebsvermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge nur dann ausgegangen werden kann, wenn ein vollständiger und endgültiger Vermögensübergang vorliegt. Durch diese Vorgaben ist die Unternehmensübertragung zu Lebzeiten erheblich erschwert. Obwohl die Problematik dieser Entscheidung durch einen Nichtanwendungserlass der Finanzverwaltung erfreulicherweise entschärft ist, können sich im Falle einer künftigen Anwendung dieser neuen Rechtsprechung weitreichende Folgen für die Gestaltung der Unternehmensnachfolge ergeben. Die Neulieferung des Langenfeld/Gail belegt wieder einmal den aktuellen Stand des umfassenden Werkes.

Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Karlsruhe

Impressum:
Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar a.D., 73479 Ellwangen (Jagst), Veit-Hirschmann-Straße 10 (Tel. 0 79 61-56 08 66), und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 69115 Heidelberg, Kurfürstenanlage 23 (Tel. 0 62 21/59 14 70). Mit der Annahme des Beitrags geht das alleinige Veröffentlichungsrecht auf die Herausgeber über. Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstr. 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51, Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Bezugspreis ab 01. 01. 2001 im Abonnement € 45,– einschließlich MWST und Versandkosten; Einzelhefte € 6,– einschließlich MWST zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur noch von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Anzeigenverwaltung und Gesamtherstellung: Walcher & Rees GmbH, Druckerei und Verlag, 89520 Heidenheim, In den Seewiesen 16–18 (Tel. 0 73 21/35 00-0, Fax 0 73 21/35 00 15).