

## Verbraucherkreditrecht in der notariellen Praxis

von Notarassessor Dr. Niklas Patrick Mairose, Düsseldorf

- A. Einleitung
  - I. Gesetzliche Systematik
  - II. Ratio
- B. Anwendungsbereich der Verbraucherkreditrechts
  - I. Persönlicher Anwendungsbereich
  - II. Bereichsausnahmen
  - III. Entgeltlicher Zahlungsaufschub
- C. Vertragsinhalt
  - I. Schriftform
  - II. Pflichtangaben
  - III. Widerrufsrecht
  - IV. Auswirkungen von Mängeln
  - V. Einwendungsverzicht, Wechsel- und Scheckverbot
  - VI. Verzug, Kündigung, vorzeitige Erfüllung
  - VII. Informationen während des Vertragsverhältnisses
- D. Sonderregelungen
  - I. Immobiliardarlehensverträge
  - II. Entgeltlicher Zahlungsaufschub
- E. Vorvertragliche Informationspflichten
  - I. Reguläre Verbraucherdarlehen/Sonstige Finanzierungshilfen
  - II. Immobiliardarlehen
  - III. Entwurf
  - IV. Erläuterungen
  - V. Rechtsfolgen bei Verstößen
- F. Fazit

### A. Einleitung

Das Verbraucherkreditrecht gehört sicherlich nicht zu den Schwerpunkten der notariellen Tätigkeit oder den Kernkompetenzen des Notars. Bis zum 11. 6. 2010 waren die Sondervorschriften für die in den §§ 491 ff. BGB geregelten Verbraucherdarlehensverträge gemäß § 491 Abs. 3 Nr. 1 a. F. BGB zum größten Teil bei notariell beurkundeten Verträgen ausgenommen. Diese Privilegierung ist mit der Umsetzung der Richtlinie 2008/48/EG nunmehr entfallen, so dass sich vermehrt Konstellationen ergeben, bei denen auch der Notar die Sonderregelungen für Verbraucherdarlehen umfassend anzuwenden hat.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie 2008/48/EG mit Wirkung zum 11. 6. 2010 umgesetzt, wobei jedoch schon vor der Umsetzung im Rahmen des Risikobegrenzungsgesetzes zum Schutz der Darlehensnehmer vor Kreditverkäufen erweiterte Hinweis- und Unterrichtungspflichten eingeführt wurden, sowie Qualifikationen für einen zur Kündigung berechtigenden Zahlungsverzug. In einigen Fällen, wie bei den Sondervorschriften für Immobilienkredite, in denen die Richt-

linie dem nationalen Gesetzgeber trotz dem beabsichtigten Ziel der Vollharmonisierung Spielraum gelassen hat, ist der deutsche Gesetzgeber über die Mindestanforderungen der Richtlinie hinausgegangen.

Die Regelungen über Verbraucherdarlehensverträge der §§ 491 ff. BGB sind grundsätzlich auf den Regelfall des Verbraucherkredits zugeschnitten, auf die Kreditvergabe von einer Bank an ihren Kunden.<sup>1</sup> Dementsprechend ergeben sich im Rahmen der praktischen bzw. rechtlichen Anwendung häufig dann Schwierigkeiten, wenn ein Verbraucherkreditvertrag nicht in Form eines typischen Vertrags zwischen Bank und Verbraucher, sondern ohne Bankbeteiligung von einem „normalen“ Unternehmer als Darlehensgeber abgeschlossen wird.

### I. Gesetzliche Systematik

Das Gesetz stellt in den §§ 488 bis 490 BGB zunächst grundsätzliche Regeln für alle Darlehensverträge auf, gleich ob es sich bei Darlehensnehmer und Darlehensgeber um Verbraucher (§ 13 BGB) oder Unternehmer (§ 14 BGB) handelt. In den §§ 491 bis 505 BGB werden sodann Sonderregeln für Verbraucherdarlehen, also Darlehen, bei denen der Darlehensgeber Unternehmer und der Darlehensnehmer Verbraucher ist, aufgestellt. Diese Regeln werden ergänzt durch Art. 247 § 1 bis § 17 EGBGB. Die §§ 503 bis 505 BGB beinhalten Sondervorschriften für Immobiliendarlehen und Überziehungs-kredite. Die §§ 506 ff. BGB erklären Teile der §§ 491 ff. BGB für entgeltliche Zahlungsaufschübe und sonstige Finanzierungshilfen für anwendbar. Im 3. Untertitel schließt § 510 BGB die Regelungen der Ratenlieferungsverträge an. Abschließend regelt § 511 BGB die Unabdingbarkeit der vorgenannten Regelungen zum Schutz des Verbrauchers; in § 512 BGB die Anwendbarkeit auf Existenzgründerdarlehen bis zu einer Höhe von EUR 75.000 erweitert.

### II. Ratio

Ratio der Verbraucherkreditvorschriften ist der Schutz der Verbraucher vor den Gefährdungen, denen Verbraucher bei der Aufnahme von Konsumentenkrediten ausgesetzt sind,<sup>2</sup> insbesondere etwaiger Übervorteilungen durch Banken. Der Verbraucher soll ausreichende Informationen über die Bedingungen und Kosten des Darlehens sowie über die Verpflichtungen, die er mit dem Vertrag eingeht, erhalten.<sup>3</sup>

1 Schimansky/Bunte/Lwowski/Münscher, Bankrechts-Handbuch Bd. I, 4. Auflage 2011, Teil I, § 81 Rn. 6.

2 Bamberger/Roth/Möller, BGB, Stand 1. 5. 2012, § 491 a Rn. 3.2.

3 Richtlinie EG 2008/48/EG, Amtsblatt der EU, L133/66, S. 68 Ziffer 19.

## B. Anwendungsbereich der Verbraucherkreditrechts

### I. Persönlicher Anwendungsbereich

#### 1. Verbraucher

##### a) Verbrauchereigenschaft

Gemäß § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit dient. Existenzgründungsdarlehen, also Darlehen, die der Aufnahme einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit dienen, sind erst ab einer Höhe von mehr als EUR 75.000 vom Anwendungsbereich der Verbraucherkreditvorschriften ausgenommen (§ 512 BGB).

Der wirtschaftliche Status, die Vorbildung, geschäftliche Kenntnisse des Verbrauchers sind unerheblich.<sup>4</sup> Eine Unterlegenheit des konkreten Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer ist nicht erforderlich. Maßgeblich für die Anwendbarkeit der Verbraucherkreditvorschriften ist die grundsätzliche Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers als Darlehensnehmer bei einem Vertrag mit einem Unternehmer, unabhängig von seiner eigenen Erfahrung mit Krediten, und nicht die persönliche, konkrete Situation des Darlehensgebers bei der Vergabe des Darlehens,<sup>5</sup> selbst wenn dieser Darlehensgeber völlig unerfahren im Umgang mit Krediten ist<sup>6</sup>. Maßgeblich sind also der Zweck des Darlehens und die Tätigkeit des Darlehensnehmers. Erfasst ist also insbesondere das klassische Konsumentendarlehen, genauso wie Darlehen, die für Zwecke der privaten Vermögensanlage oder Vermögensverwaltung bestimmt sind.<sup>7</sup> Verbraucher sind insbesondere auch Arbeitnehmer und Scheinselbstständige.<sup>8</sup> Sofern der vom Verbraucher verfolgte Zweck zur Nichtanwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB führt, also gewerbliche oder selbstständige berufliche Zwecke beabsichtigt sind, so muss dieser Zweck zumindest konkludent Vertragsinhalt geworden sein, der innere Wille allein reicht nicht.<sup>9</sup> Die Beweislast für das Vorliegen des privaten Zwecks des Darlehens liegt im Regelfall beim Verbraucher,<sup>10</sup> wobei der Fall eines sog. *non liquet* zu Lasten des Unternehmers geht.<sup>11</sup> Sofern der Darlehensnehmer sich vertreten lässt, ist die Verbrauchereigenschaft des Vertretenen maßgeblich.<sup>12</sup> Eine formularmäßige Bestätigung, dass das Darlehen nicht für private Zwecke verwendet wird, stellt einen Verstoß gegen § 309 Nr. 12 b BGB dar und wäre unwirksam.<sup>13</sup>

Sofern mehrere Zwecke verfolgt werden, z. B. bei einem Freiberufler, ist es in der Literatur umstritten, ob auf den überwiegenden Zweck abzustellen ist<sup>14</sup>, ob stets die Verbraucherkreditvorschriften Anwendung finden sollen<sup>15</sup>, oder ob der Vertrag insoweit in einen dem Verbraucherkreditrecht unterstehenden und einen weiteren Teil aufgeteilt werden muss.<sup>16</sup> Meines Erachtens ist hier der Schwerpunkt, also der überwiegende Zweck maßgeblich. Bei der Erstellung des Vertrags sollten aus Gründen der Vorsicht bei mehreren Zweckrichtungen stets die Verbraucherkreditvorschriften umfänglich angewendet werden.

##### b) Vermögensverwaltung, GmbH-Gesellschafter und Geschäftsführer

Eine die Verbrauchereigenschaft ausschließende gewerbliche Tätigkeit stellt eine planmäßige und auf Dauer angelegte, wirtschaftlich selbstständige Tätigkeit unter Teilnahme am Wettbewerb dar. Zu den gewerblichen Betätigungen gehört daher nicht die Verwaltung eigenen Vermögens.<sup>17</sup> Trotz Kritik in Teilen der Literatur<sup>18</sup> ist es ständige Rechtsprechung, dass auch der GmbH-Gesellschafter<sup>19</sup> und der GmbH-Geschäftsführer<sup>20</sup> (auch bei der GmbH & Co. KG)<sup>21</sup>, selbst der geschäftsführende Alleingesellschafter<sup>22</sup> in seiner Tätigkeit als Geschäftsführer und als Gesellschafter im Zweifelsfall Verbraucher ist. Der GmbH-Gesellschafter, selbst wenn er der alleinige Gesellschafter ist, übt eine vermögensverwaltende Tätigkeit aus<sup>23</sup>, nicht nur hinsichtlich des Haltens sondern auch des Erwerbs von GmbH-Anteilen.<sup>24</sup> Der GmbH-Geschäftsführer ist, wenn auch nicht Arbeitnehmer, doch zumindest Angestellter der GmbH und daher nicht selbstständig.<sup>25</sup> Die Höhe der verwalteten Werte oder des Kreditbetrages ist dabei nicht maßgeblich.<sup>26</sup>

Soweit die Vermögensverwaltung einen Umfang erreicht, der einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisa-

4 Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl. 2012, § 13 Rn. 2; MünchKomm/Schürnbrand, BGB, 6. Aufl. 2012, § 491 Rn. 12.

5 Staudinger/Kessal-Wolf, (2004) § 491 Rn. 10; Bamberger/Roth/Möller, § 491 Rn. 17.

6 OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 759.

7 BGH NJW 2002, 368, Bamberger/Roth/Möller, § 491 Rn. 22; Karsten Schmidt, Jus 2006, 1, 3.

8 Erman/Saenger, BGB, 13. Aufl. 2011, § 14 Rn. 14; Karsten Schmidt, Jus 2006, 1, 3.

9 Palandt/Ellenberger, § 491 Rn. 5; Bamberger/Roth/Möller, § 491 Rn. 25.

10 Prütting/Wegen/Weigenreich-Prütting, BGB, 6. Aufl. 2011 (nachfolgend zitiert als PWW), § 13 Rn. 13; Bamberger/Roth/Möller, § 491 Rn. 32; Bülow, WM 2012, 1349.

11 Bülow/Artz/Artz, Verbraucherkreditrecht, 7. Auflage 2011, § 491 Rn. 79; Bülow, WM 2012, 1349, 1350; Palandt/Weidenkaff, § 491 Rn. 1.

12 Schimansky/Bunte/Lwowski/Münscher, § 81 Rn. 11.

13 Schimansky/Bunte/Lwowski/Münscher, § 81 Rn. 17.

14 Bamberger/Roth/Möller, § 491 Rn. 23; Palandt/Weidenkaff, § 491 Rn. 5; PWW/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 4; MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 19 ff.

15 V. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg/v. Westphalen, Verbraucherkreditgesetz, 2. Auflage 1996, § 1 Rn 52; Grziwotz, MDR 1997, 432 f.

16 BGH NJW 1984, 2292; Bülow/Artz/Artz, § 491 Rn. 138.

17 BGHZ 66, 32, 32.

18 Canaris, AcP 200 (2000), 273, 355 ff.; Mülibert, Der (zukünftige) Gesellschafter – stets ein Verbraucher?, FS-Hadding, 2004, S. 575, 580 f.; Bülow/Artz/Artz, § 491 Rn. 68; MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 24.

19 Statt aller: BGHZ 133, 71, 78; BGH NJW-RR 2007, 1673; ebenso: Palandt/Ellenberger, § 13 Rn. 3; PWW/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 5.

20 Statt aller: BGHZ 133, 71, 78; BGH NJW 2000, 3133; BGH NJW 2006, 431; ebenso: Palandt/Ellenberger, § 13 Rn. 3.

21 BGH NJW-RR 2007, 1673.

22 BGH NJW 2000, 3133; BGH NJW 2006, 431, Palandt/Ellenberger, § 13 Rn. 3; Staudinger/Weick, BGB (2004) § 13 Rn. 33.

23 Staudinger/Weick, § 13 Rn. 33; Palandt/Ellenberger, § 13 Rn. 3.

24 OLG Celle NZG 2010, 1428; Schimansky/Bunte/Lwowski/Münscher, § 81 Rn. 16; PWW/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 5; Erman/Saenger, § 13 Rn. 14.

25 PWW/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 5.

26 BGHZ 149, 81, 86.

tion erreicht, so liegt jedoch eine gewerbliche Betätigung vor.<sup>27</sup>

Auch die Vermietung von Immobilien stellt eine vermögensverwaltende Tätigkeit dar. Entscheidend ist nicht die Größe der Immobilie, sondern Umfang, Komplexität und Anzahl der damit verbundenen Vorgänge. Ein ausgedehntes oder sehr wertvolles Objekt an eine geringe Anzahl von Personen zu vermieten, hält sich daher grundsätzlich im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung.<sup>28</sup> Dagegen spricht die Ausrichtung auf eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte für ein professionelles Vorgehen.<sup>29</sup> Hierbei handelt es sich stets um eine Frage des Einzelfalls.

### c) Personenverbindungen als Verbraucher

Eine GbR ist ebenfalls Verbraucher,<sup>30</sup> es sei denn, ihre Gesellschafter sind ausnahmslos juristische Personen,<sup>31</sup> oder soweit sie nicht im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt, z. B. bei einer Freiberufler-GbR. Eine „natürliche Person“ i. S. v. § 13 BGB soll die GbR deshalb sein, weil es sich bei der GbR nicht um eine „als solche“ rechtsfähige juristische Person handelt, sondern nur um eine „Gruppe ihrer gesamthändisch verbundenen Mitglieder“.<sup>32</sup> Verbraucher ist nach der Rechtsprechung zudem auch eine WEG.<sup>33</sup> Juristische Personen sind aufgrund der eindeutigen Formulierung des § 13 BGB jedoch nicht als Verbraucher anzusehen, strittig ist dies für Darlehen an Gesellschaften im Gründungsstadium, sofern die Darlehensaufnahme der Existenzgründung dient.<sup>34</sup>

### d) Mehrere Darlehensnehmer

Wenn mehrere Darlehensnehmer gemeinsam als Gesamtschuldner ein Darlehen aufnehmen, ist die Verbrauchereigenschaft jeweils separat festzustellen,<sup>35</sup> eine Gesamtbetrachtung des Geschäfts ist nicht vorzunehmen<sup>36</sup>. Wenn auch nur eine Partei Verbraucher ist, müssen dieser gegenüber die Verbraucherkreditvorschriften zwingend eingehalten werden.<sup>37</sup> Sofern die Vorschriften dann, wenn es mehrere Darlehensnehmer gibt, überhaupt nicht eingehalten werden, steht nur dem Verbraucher ein Widerrufsrecht nach § 495 iVm § 355 BGB zu und auch nur dieser Partei hat Anspruch auf die vorvertraglichen Informationen gemäß § 491 a BGB<sup>38</sup>. Ob im Fall der Nichtigkeit oder des Widerrufs der Vertrag mit den verbleibenden Darlehensnehmern aufrechterhalten werden soll, wird im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln sein.<sup>39</sup> Sollte der Vertrag jedoch aufgrund eines Verstoßes gegen § 492 BGB nichtig sein oder eine Herabsetzung des Zinssatzes erfolgen, so gelten diese Rechtsfolgen gegenüber allen Darlehensnehmern.<sup>40</sup>

## 2. Unternehmer

### a) Allgemein

Als Unternehmer (§ 14 Abs. 1 BGB) handelt, wer bei Abschluss des Darlehensvertrags (oder des entgeltlichen Zahlungsaufschubs) in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt, und zwar auch derjenige, der nicht beruflich oder gewerbsmäßig als Darlehensgeber tätig wird, eine erstmalige Kreditvergabe ist ausreichend.<sup>41</sup> Die unter-

nehmerische Tätigkeit muss sich nicht auf die Kreditvergabe beziehen, ansonsten könnten nur Banken Darlehensgeber im Sinne dieser Vorschriften sein. Die gewerbsmäßige Vergabe von Darlehen ist ein Bankgeschäft iSv § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG, wofür eine Bankerlaubnis gemäß § 32 Abs. 1 KWG erforderlich ist. Sofern gewerbsmäßig ohne eine Bankerlaubnis Kredite vergeben werden, so droht eine Strafbarkeit gemäß § 54 KWG. Das Fehlen einer Bankerlaubnis führt jedoch nicht zur Nichtigkeit des Kreditvertrags.<sup>42</sup> Die entgeltliche Stundung eines Kaufpreises hingegen stellt gar kein Kreditgeschäft und auch kein sonstiges Bankgeschäft dar und ist nicht erlaubnispflichtig.<sup>43</sup>

Kommerzielle Kredite fallen ausnahmslos in den Anwendungsbereich der Verbraucherkreditvorschriften;<sup>44</sup> ausgenommen sind nur solche Kredite, die der Privatsphäre, wie Verträge zwischen Verwandten, zuzuordnen sind.<sup>45</sup> Insofern ist insbesondere die Vermutungsregel des § 344 Abs. 1 HGB, wonach von einem Kaufmann vorgenommene Rechtsgeschäfte im Zweifel zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören, auch auf Darlehen anzuwenden.<sup>46</sup> Im Hinblick auf Unternehmer, die mangels Gewerblichkeit nicht Kaufleute sind, ist die Vorschrift des § 344 HGB entsprechend anwendbar.<sup>47</sup> Wenn die gewährten Kredite mit der ausgeübten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit in irgendeinem Zusammenhang stehen, ist keine Zuordnung zur Privatsphäre mehr möglich.<sup>48</sup> Kapitalgesellschaften wird ein privater Bereich grundsätzlich abgesprochen.<sup>49</sup>

### b) Öffentliche Hand als Unternehmer

Problematisch ist, ob die öffentliche Hand als Unternehmer iSv. § 14 BGB anzusehen ist. Diese Frage ist für die Praxis insbesondere von Bedeutung, wenn eine

27 BGHZ 149, 81, 86; BGHZ 104, 205, 208; PWW/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 5; Schwintoski, § 13 Rn. 26.

28 BGH DNotZ 2002, 528, 531.

29 OLG Düsseldorf ZEV 2010, 417.

30 BGHZ 149, 81, 84; Palandt/Ellenberger, § 13 Rn. 2; Bamberger/Roth/Möller, § 491 Rn. 21; Staudinger/Weick, § 13 Rn. 36; MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 16.

31 Schimansky/Bunte/Lwowski/Münscher, § 81 Rn. 13.

32 BGH NJW 2002, 368; kritisch Karsten Schmidt, JuS 2006, 1, 4.

33 BGH NJW 2005, 2061; Palandt/Ellenberger, § 13 Rn. 2.

34 Dafür MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 15; Palandt/Ellenberger, § 13 Rn. 3; a. a. Schimansky/Bunte/Lwowski/Münscher, § 81 Rn. 11.

35 Schimansky/Bunte/Lwowski/Münscher, § 81 Rn. 12; Bamberger/Roth/Möller, § 491 Rn. 25, Palandt/Weidenkaff, § 491 Rn. 6; MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 14.

36 MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 14; Palandt/Weidenkaff, § 491 Rn. 6.

37 PWW/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 6; Bamberger/Roth/Möller, § 491 Rn. 25; Erman/Saenger, § 491 Rn. 17.

38 Zu den Vorvertraglichen Informationen, siehe Abschnitt E. unten.

39 Bamberger/Roth/Möller, § 491 Rn. 25; PWW/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 6; Bülow/Arzt/Arzt, § 491 Rn. 53 c.

40 OLG Düsseldorf GE 2005, 303.

41 BGH NZG 2009, 273.

42 BGHZ 76, 126; BGHZ 152, 315; BGH WM 1972, 853; Baumbach/Hopt/Hopt, HGB 35. Auflage 2012, Bankgeschäfte Rn. A/5.

43 Hügel/Salzig/Salzig, Teil C, Rn. 136 mwN.

44 Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 10.

45 BGH NJW 2003, 2742, 2744; Bülow/Arzt/Arzt, § 491 Rn. 47.

46 BGH NZG 2009, 273, 275; Kurz, MittBayNot 1997, 129, 131; Bülow, NJW 1998, 3454; MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 11.

47 MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 8.

48 V. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg/v. Westphalen, § 1 Rn. 3.

49 Bülow/Arzt/Arzt, § 491 Rn. 47.

Gemeinde ein Grundstück unter entgeltlicher Stundung des Kaufpreises einem Verbraucher verkauft.

Offensichtlich ist die öffentliche Hand dann Unternehmer iSv. § 14 BGB, wenn sie durch eine in der Rechtsform der GmbH oder AG organisierte Tochtergesellschaft handelt oder durch eine stadtige Spar-  
kasse.<sup>50</sup> Wenn die öffentliche Hand jedoch originär und aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages tätig wird, ist die Einordnung nicht abschließend geklärt. Insbesondere die Frage, ob eine Gewinnerzielungsabsicht für die Unternehmereigenschaft erforderlich ist, ist umstritten.<sup>51</sup> So wird die Ansicht vertreten, dass die öffentliche Hand z. B. beim Verkauf eines Bauplatzes oder der Bestellung eines Erbbaurechts stets Unternehmer sei,<sup>52</sup> andere bezweifeln dies zumindest für die Fälle des gelegentlichen Verkaufs eines Gemeindegrundstücks.<sup>53</sup> Man wird hier m. E. davon ausgehen müssen, dass die öffentliche Hand insoweit als Wettbewerber der anderen Marktteilnehmer, die ihre Grundstücke ebenfalls potentiellen Käufern veräußern wollen, anzusehen ist.<sup>54</sup> Insofern ist (zumindest aus Vorsichtsgründen) hier stets davon auszugehen (§ 344 HGB analog<sup>55</sup>), dass die öffentliche Hand als Unternehmer anzusehen ist.

Bei Kreditverträgen ist eine Gewinnerzielungsabsicht nach zutreffender Auffassung des BGH nicht erforderlich, um die Unternehmereigenschaft zu begründen und den Anwendungsbereich der § 491 ff. BGB zu eröffnen;<sup>56</sup> eine Privilegierung der öffentlichen Hand war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt, maßgeblich ist das Schutzbedürfnis des Verbrauchers.<sup>57</sup> Grundsätzlich wird man daher stets davon ausgehen müssen, dass die öffentliche Hand dann, wenn sie aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages tätig wird und sich die Kreditvergabe (oder der entgeltliche Zahlungsaufschub) als Beteiligung am allgemeinen Wirtschaftsverkehr darstellt, auch als Unternehmer im Sinne des § 14 i. V. m. § 491 BGB anzusehen ist.<sup>58</sup> Ausgenommen vom Anwendungsbereich sind jedoch gemäß § 491 Abs. 2 Nr. 5 BGB sog. Förderdarlehen,<sup>59</sup> sowie die Kreditvergabe, die ausschließlich durch Verwaltungsakt erfolgt,<sup>60</sup> nicht jedoch bei öffentlich-rechtlichen Verträgen.<sup>61</sup>

### c) Kirche als Unternehmer

Insbesondere im Rheinland kommt es häufig vor, dass eine Kirche als Verkäufer von Grundstücken oder als Darlehensgeber auftritt. Bei den anerkannten Kirchen handelt es sich im Regelfall um Körperschaften des öffentlichen Rechts. Daher ist hier auch keine andere rechtliche Beurteilung als bei der öffentlichen Hand anzunehmen.<sup>62</sup> Die Kirchen handeln zwar nicht mit Gewinnerzielungsabsicht, die Grundstücksveräußerungen und Darlehensvergaben erfolgen jedoch nicht zu karitativen Zwecken, wenn auch häufig zu geringen Zinssätzen.<sup>63</sup> Sofern Kirchen auf Gemeindeebene z. B. als Anbieter von Bauplätzen aktiv am Grundstücksmarkt teilnehmen, sind sie insofern auch als Unternehmer iSv. § 14 BGB anzusehen.<sup>64</sup> Gleichermaßen wird für die Darlehensvergabe gelten müssen, die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers besteht hier wie bei Verträgen mit der öffentlichen Hand.

### d) Insolvenzverwalter

Kaum behandelt worden ist bislang die Frage, ob ein Insolvenzverwalter als Unternehmer zu behandeln ist. Soweit der Insolvenzschuldner Unternehmer war, so wird zwar stets auch der Insolvenzverwalter als Unternehmer angesehen.<sup>65</sup> Ob dies auch gelten soll, wenn der Insolvenzschuldner Verbraucher war, ist hingegen nicht eindeutig geklärt.<sup>66</sup> Hier könnte wie in vertraglichen Vertretungsverhältnissen auf die Person des Vertretenen abgestellt werden. Aufgrund der besonderen Funktion des Insolvenzverwalters als Partei kraft Amtes erscheint es jedoch zutreffend, hier nicht auf den Insolvenzschuldner abzustellen, sondern den Insolvenzverwalter selbst als Unternehmer anzusehen.<sup>67</sup>

### e) Gesellschaftsverhältnisse

Fraglich ist, ob ein Darlehen, welches von einer GmbH an ihren Geschäftsführer oder Gesellschafter (*up-stream-Darlehen*) gewährt wird, den Vorschriften über Verbraucherkredite unterfällt; sei es im Zusammenhang mit einem komplexen Anteilskaufvertrag oder im normalen Geschäftsbetrieb. Eine Entgeltlichkeit der Darlehen wird in diesem Fall zumeist schon deshalb gegeben sein, da solche Darlehen *at arm's length* (also zu marktüblichen Konditionen) vergeben werden, um eine verdeckte Gewinnausschüttung zu vermeiden. Sofern man entsprechend der Rechtsprechung GmbH-Geschäftsführer und Gesellschafter als Verbraucher ansieht, so wären entsprechend die §§ 491 ff. BGB auf die vorliegende Konstellation anwendbar. Ob der Verbraucherschutz hier wirklich ein besonderes Schutzbedürfnis des Darlehensnehmers erfordert, erscheint mehr als fraglich. Rechtsprechung und Literatur zu dieser The-

50 Schimansky/Bunte/Lwowski/Münscher, § 81 Rn. 6; Schwintowski, § 13 Rn. 22.

51 Zum Streitstand MünchKomm/Micklitz, § 14 Rn. 22; Böttcher, BWNotZ 2003, 49, 50.

52 Sorge, DNotZ 2002, 593, 601.

53 Böttcher, BWNotZ 2003, 49, 50.

54 Ebenso: Böttcher, BWNotZ 2003, 49, 50; Sorge, DNotZ 2002, 593, 601.

55 Böttcher, BWNotZ 2003, 49, 50; Faber, ZEuP 1998, 854, 866; Sorge, DNotZ 2002, 593, 599.

56 BGH NJW 2003, 2742, 2743; ebenso: MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 8; Schwintowski, § 13 Rn. 22; Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 15.

57 BGH NJW 2003, 2742, 2744.

58 MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 8; Bamberger/Roth/Möller, § 491 Rn. 19; Staudinger/Habermann, (2004), § 14 Rn. 48.

59 Hierzu unten Ziffer III.

60 BGH NZG 2008, 191, 192; Schimansky/Bunte/Lwowski/Münscher, § 81 Rn. 6; Bülow/Arzt § 491 Rn. 49; MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 9.

61 PWW/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 1; MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 8; Staudinger/Habermann, § 14 Rn. 51; a. A. Bülow/Arzt/Bülow, § 491 Rn. 49.

62 Staudinger/Habermann, § 14 Rn. 52; Sorge, DNotZ 2002, 593, 601.

63 Vgl. Faber, ZEuP 1998, 868.

64 Grziwotz, ZNotP 2002, 291, 294.

65 Palandt/Ellenberger, § 14 Rn. 2; Amman/Brambring/Hertel/Hertel, Vertragspraxis nach dem neuen Schuldrecht, 2.A. 2003, S. 350; Gutachten, DNotl-Report 2009, 25.

66 Dafür: Amman/Brambring/Hertel/Hertel, S. 350; Gutachten DNotl-Report 2009, 25, 26.

67 Ebenso: Gutachten, DNotl-Report ebd.

matik sind, soweit ersichtlich, kaum erhältlich.<sup>68</sup> Es ist zu vermuten, dass in der Praxis bei den Beteiligten im Regelfall kein Problembeusstsein vorhanden ist und die Dunkelziffer der Darlehensverträge, die nicht den Anforderungen der §§ 491 ff. BGB entsprechen, sehr hoch ist. Sofern es sich um einfache Darlehen handelt, sind die Konsequenzen derzeit aufgrund der niedrigen Zinssätze nach Auszahlung des Darlehens eher gering, im Fall verbundener Geschäfte kann dies aber durchaus anders beurteilt werden.

Bei einem Darlehen einer GmbH an einen Gesellschafter sind stets die Kapitelerhaltungsgrundsätze der §§ 30, 31 GmbHG zu berücksichtigen. Zu beachten ist, dass für Gesellschafter-Geschäftsführer vorrangig § 43 a GmbHG gilt.<sup>69</sup> Eine Verdrängung der §§ 491 ff. BGB durch die §§ 30, 31 und § 43 a GmbHG wird man aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen der Vorschriften (Gläubigerschutz bei §§ 30, 31 GmbHG und Verbraucherschutz bei §§ 491 ff. BGB) und der europarechtlichen Überlagerung der § 499 ff. BGB nicht annehmen können. Bei einem Darlehen von einer GmbH an einen Gesellschafter (insb. bei einem kleinen Gesellschafterkreis – ggf. sogar an den Alleingesellschafter) erfolgt eine Kreditvergabe jedoch nicht am Markt, sondern es handelt sich um ein reines Gesellschaftsinnenverhältnis. Es besteht kein Wettbewerbsverhältnis mit anderen potentiellen Darlehensgebern um diesen Darlehensnehmer. Insbesondere hat der Darlehensnehmer im Regelfall keine Vergleichsangebote anderer Darlehensgeber eingeholt. Im Ergebnis spricht meines Erachtens viel dafür, dass für solche Darlehen aus dem Gesellschaftsinnenverhältnis eine Ausnahme von der Anwendbarkeit der Verbraucherkreditvorschriften zu machen ist. Die Schutzbedürftigkeit des Darlehensnehmers erfordert eine Anwendbarkeit meines Erachtens nicht, seine Übervorteilung ist hier regelmäßig nicht zu befürchten. Eine Gefährdung des Unternehmens wäre aufgrund der Einflussmöglichkeiten des Gesellschafters bzw. Geschäftsführers eher zu befürchten, wobei gerade hierfür der Schutz der weiterhin anwendbaren §§ 30, 31, 43 a GmbH bzw. §§ 57, 89 AktG eingreift.

In § 491 Abs. 2 Nr. 3 BGB ist für die m. E. vergleichbare ähnliche Situation (nicht-öffentliche Darlehen) eines Darlehens eines Arbeitgebers an seinen Arbeitnehmer eine explizite Ausnahme vom Anwendungsbereich vorgesehen. Zudem ist die von der deutschen Rechtsprechung vorgenommenen Beurteilung eines Gesellschafters oder Geschäftsführers als Verbraucher europarechtlich nicht zwingend,<sup>70</sup> so dass insofern nicht davon ausgegangen werden muss, dass dieser Spezialfall durch die Verbraucherkreditrichtlinie mitgeregelt werden sollte. In der Verbraucherrechtsrichtlinie 2011/83/EU<sup>71</sup> sind z. B. unter Erwägungspunkt (8) unter anderem Gesellschaftsverhältnisse ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgenommen. Dies spricht m. E. dafür, dass zumindest der europäische Gesetzgeber nicht davon ausgegangen aus, dass schutzwürdige Verbraucherbelange bei internen Gesellschaftsverhältnissen bestehen. Anzeichen dafür, dass diese Problematik vom deutschen Gesetzgeber bedacht wurde, sind nicht ersichtlich. Es sollte der Anwendungsausschluss jedoch nicht auf besonders günstige Darlehen beschränkt sein, sondern stets gelten.

Wenn hingegen ein Darlehen von einer an einer öffentlichen Börse gelisteten Aktiengesellschaft an einen Verbraucher gewährt wird, der seinerseits ein paar Aktien dieser Gesellschaft hält, dann hat diese Darlehensvergabe im Regelfall ihre Grundlage nicht im Gesellschaftsverhältnis, sondern die Darlehensvergabe erfolgt dann am Markt, auch wenn zufällig auch eine Gesellschafterstellung besteht. Insofern sind hier stets die §§ 491 ff. BGB anwendbar, es sei denn, dass eine unternehmerische Beteiligung an der AG besteht.

Für die rechtsgestaltende Praxis ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es sich bei dieser Auffassung bislang um (m)eine einzelne Ansicht handelt, die nicht durch Rechtsprechung gestützt ist.

### 3. Entgeltliches Darlehen

Aus seiner systematischen Stellung nach den §§ 488 ff. BGB ergibt sich, dass Darlehen nur Gelddarlehen, nicht jedoch Sachdarlehen im Sinne der §§ 607 ff. BGB erfasst. Entgeltlichkeit liegt vor, wenn der Darlehensgeber als Gegenleitung Zinsen, eine einmalige Vergütung, ein Disagio oder eine Gebühr erhält.<sup>72</sup> Auch ein geringes Entgelt ist erfasst, nicht jedoch unerhebliche Kleinstbeträge.<sup>73</sup> Aufgrund der Entgeltlichkeit ist der Verbraucherdarlehensvertrag ein gegenseitiger Vertrag iSv. § 320 BGB. Die Höhe der Verzinsung ist (vorbehaltlich der Ausnahmetatbestände in § 491 Abs. 2 Nr. 4 und 5 BGB) unerheblich. Insbesondere sind aufgrund des Erfordernisses der Entgeltlichkeit solche Darlehen vom Anwendungsbereich des Verbraucherkreditrechts ausgenommen, die sowohl zinslos als auch gebührenfrei sind.<sup>74</sup>

Da das Merkmal der Entgeltlichkeit eine Gegenleistung des Verbrauchers beinhaltet, sind Leistungen des Verbrauchers an Dritte grds. nicht als Gegenleistung anzusehen, es sei denn sie erfolgen zur Begleichung einer Verbindlichkeit des Darlehensgebers. Die Pflicht des Verbrauchers, Notargebühren (als gesetzliche Gebühren) zu zahlen, führen daher bei einem Darlehensvertrag noch nicht zur Begründung der Entgeltlichkeit, ebenso wenig wie gesetzliche Verzugszinsen<sup>75</sup>.

### 4. Schuldbeitritt/Schuldübernahme/Kreditsicherheiten

Eine Beteiligung eines Verbrauchers bei einem Darlehensvertrag kann auch dann erfolgen, wenn der Verbraucher nicht als Darlehensnehmer am ursprünglichen Kreditvertrag beteiligt war, sondern auch wenn er diesem Vertrag erst nachträglich beitritt, ihn übernimmt oder Sicherheiten, wie z. B. eine Bürgschaft stellt.

68 Bülow/Arzt/Bülow, § 491 Rn. 108 und v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg/v. Westphalen, § 1 Rn. 119 (der wohl von der Anwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts ausgeht) streifen diese Thematik.

69 Bei einer AG gelten die §§ 57 und 89 AktG.

70 Ebenso: MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 24.

71 Amtblatt L304/64 vom 22. 11. 2011.

72 MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 37; Bülow/Arzt/Bülow, § 491 Rn. 106; Schwintowski, § 13 Rn. 31.

73 LG Karlsruhe NJW-RR 2000, 1442, 1443; Schwintowski, § 13 Rn. 32.

74 RegBegr., BT-Drucks. 16/11643 S. 75.

75 BGH NJW 2008, 1070.

### a) Schuldbeitritt/Schuldübernahme

Der Schuldbeitritt ist kein Darlehensvertrag.<sup>76</sup> Die Verbraucherkreditvorschriften finden zum Schutz des Verbrauchers jedoch nicht nur dann Anwendung, wenn der Verbraucher selbst den Darlehensvertrag abschließt, sondern auch dann, wenn der Verbraucher einem bereits abgeschlossenen Darlehensvertrag im Wege eines dreiseitigen Vertrages bei dem auch der Darlehensgebers Partei ist, beitritt bzw. einen solchen Vertrag durch Vereinbarung ausschließlich mit dem Darlehensgeber übernimmt.<sup>77</sup> Unerheblich ist, ob der ursprüngliche Darlehensnehmer Verbraucher ist, maßgeblich ist die Verbrauchereigenschaft des Beitreten/Übernehmenden.<sup>78</sup> In diesen Fällen ist der Verbraucher besonders schutzwürdig, da er zwar die Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag selbst (mit-)erfüllen muss, jedoch die Darlehenssumme nicht ausgezahlt bekommt.<sup>79</sup> Dies gilt insbesondere auch für den Schuldbeitritt des Gesellschafter-Geschäftsführers zu einem Darlehen seiner GmbH<sup>80</sup>, bzw. seiner GmbH & Co. KG<sup>81</sup>.

Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist die Frage, ob bei einer zweiseitigen Vertragsübernahme zwischen zwei Verbrauchern, welcher der Gläubiger lediglich zustimmt, die Erfordernisse der §§ 491 ff. BGB eingehalten werden müssen. Das OLG Düsseldorf<sup>82</sup> hat diese Verpflichtung überzeugend verneint, da zwar der den Vertrag übernehmenden Verbraucher grds. schutzwürdig sei, jedoch von dem Übertragenden nicht erwartet werden könne, dass er die Pflichten des Darlehensgebers erfüllt, obwohl dieser am Vertrag nicht beteiligt ist. Dem ist zuzustimmen. Ein Verbraucher kann nur erwarten, dass seinem Unternehmer-Vertragspartner gesonderte Pflichten zum Ausgleich des strukturellen Ungleichgewichts auferlegt werden. Nicht erwarten kann der Verbraucher, dass ihm gegenüber ein anderer Verbraucher Pflichten eines Unternehmers übernimmt. Es muss jedoch sichergestellt werden, dass diese Vertragskonstellation nicht gerade zu Umgehungszwecken verwendet wird, um den diesen Vertrag übernehmenden Verbraucher zu benachteiligen. Maßgeblich wird hier insbesondere der Zeitraum zwischen dem Abschluss der beiden Verträge und einer etwaigen Involvierung des Unternehmers zu sehen sein. In dem Fall einer Umgehung, wären die Verbraucherkreditvorschriften selbstredend anwendbar.

Bei der bloßen Erfüllungsübernahme zwischen zwei Verbrauchern, also der Verpflichtung Verbindlichkeiten mit schuldbefreiender Wirkung für den bisherigen Schuldner direkt an den Gläubiger zu leisten, finden dementsprechend die §§ 491 ff. BGB erst Recht keine Anwendung, da es sich auch hier um einen Vertrag zwischen Verbrauchern handelt, jedoch mit dem Unterschied zur Vertragsübernahme, dass keine Zustimmung des Gläubigers erforderlich ist.<sup>83</sup> Bei der bloßen Freistellungsverpflichtung im Innenverhältnis erfolgt dagegen sicher keine Anwendung der § 491 ff. BGB,<sup>84</sup> so dass dies bis zur höchstrichterlichen Klärung der vorbezeichneten Problematik eine alternative Gestaltungsmöglichkeit darstellt.

### b) Sicherheiten

Nach gefestigter, wenn auch in der Literatur umstrittener Rechtsprechung finden die Verbraucherkreditvorschriften

keine Anwendung auf Sicherheiten, die ein Verbraucher einem Unternehmer stellt, insbesondere nicht auf Bürgschaften.<sup>85</sup> Dies bedeutet gerade für den besonders praxisrelevanten Fall, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH als Sicherheit für ein von einer Bank der GmbH gewährtes Darlehen eine Sicherheit gibt (z. B. eine Bürgschaft gewährt oder GmbH-Anteile verpfändet), die §§ 491 ff. BGB keine Anwendung finden. Man mag sich fragen, ob ein Verbraucher nur schutzbedürftig ist, wenn er einen Schuldbeitritt zu einem Darlehen erklärt, nicht jedoch, wenn er eine Bürgschaft gewährt.<sup>86</sup> Wenn ein Verbraucher eine Kreditsicherheit stellt, so ist ihm jedoch bewusst, dass er persönlich keinen unmittelbaren Vorteil erlangt, jedoch riskiert, Gegenstände seines Vermögens zu verlieren. Eine gesonderte Warnung des Verbrauchers erscheint daher nicht erforderlich, insbesondere unter Berücksichtigung der für viele Kreditsicherheiten ohne geltenden Formerfordernisse (z. B. bei Bürgschaft, Grundschuld und GmbH-Anteilsverpfändung).

## II. Bereichsausnahmen

Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Verbraucherdarlehensvorschriften sind in § 492 Abs. 2 BGB enthalten. Ausgenommen sind Kleindarlehen mit einem Nettodarlehensbetrag (Art. 247 § 3 Abs. 2 Satz 2 EGBGB) von höchstens EUR 199,99 („unter EUR 200“) (Nr. 1), Darlehen mit (Faust-) Pfandsicherung (Nr. 2), kurzzeitige Darlehen (Nr. 3); Arbeitgeberdarlehen (Nr. 4) und Förderdarlehen (Nr. 5).

Kurzzeitige Darlehen (Nr. 3) sind solche mit einer Laufzeit von maximal 3 Monaten, bei denen nur geringe Kosten vereinbart sind. Der Begriff „geringe Kosten“ soll laut der Regierungsbegründung sicherstellen, dass allein die Vereinbarung niedriger Bearbeitungsgebühren bei zinslosen Darlehen noch nicht den Anwendungsbereich der §§ 491 ff. BGB eröffnet.<sup>87</sup> Erfasst werden sollten insbesondere Zahlungsaufschübe bei Debitkarten und Kreditkarten ohne revolvierende Kreditfunktion.<sup>88</sup> Der Begriff „gering“ hängt von der Gesamtschau aller Umstände, insbesondere aller möglicher Kosten. Auch

76 Schimansky/Bunte/Lwowski/Münscher, § 81 Rn. 21; PWW/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 6.

77 BGH NJW 1999, 2664; BGH NJW 2006, 431; PWW/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 6; Palandt/Weidenkaff, § 491 Rn. 9; MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 30; Kurz, DNotZ 1997, 552, 555.

78 BGH NJW 1996, 2156; Palandt/Weidenkaff, § 491 Rn. 9.

79 BGH NJW 1999, 2664.

80 BGH NJW 2006, 431.

81 BGH NJW-RR 2007, 1673.

82 OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 641; ebenso: Volmer, MittBayNot 2001, 315ff.; MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 30; Kurz, DNotZ 1997, 552, 558ff.; ders. MittBayNot 1997, 129, 135; a. A. Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 22.

83 Krauß, Rn. 1084; Grziwotz, MDR 1997, 432, 434; a. A. Staudinger/Kessal-Wulf, § 491 Rn. 22.

84 Krauß, Rn. 1086; Amann, MittBayNot 2002, 245, 246.

85 EUGH NJW 2000, 1324ff.; BGH NJW 1998, 1939ff.; OLG Düsseldorf WM 2007, 2009; ebenso Lwowski-Peters, FS Nobbe, 2009, Überblick und ausgewählte Themen zum Widerrufsrecht beim Verbraucherdarlehen (§ 495 BGB) S. 369, 382; Schimansky/Bunte/Lwowski/Münscher, § 81 Rn. 22; MünchKomm/Schürnbrand, § 491 Rn. 58.

86 Hierzu: Schwintowski, § 13 Rn. 41.

87 RegBegr., BT-Drs. 16/11643 S. 76.

88 RegBegr., ebd.

Kosten, die der Darlehensnehmer nur unter bestimmten Umständen, wie Verzug zu tragen hat, sind zu berücksichtigen.<sup>89</sup> Während der Begriff der „Entgeltlichkeit“ hauptsächlich auf eine Vergütung des Darlehensgebers abzielt, können unter „Kosten“ nicht nur Kosten des Darlehensgebers zu sehen sein. Der Begriff der Kosten in dieser Vorschrift geht über den Begriff der „Gesamtkosten“, die nach § 6 Abs. 3 PrAngV in die Berechnung mit einzubeziehen sind, hinaus.<sup>90</sup> Insofern sind hier daher auch Kosten der notariellen Urkunde (oder des vom Notar gefertigten Entwurfs) erfasst.

Förderdarlehen (Nr. 5) sind Darlehen, die an einen begrenzten Personenkreis aufgrund von Rechtsvorschriften im öffentlichen Interesse gewährt werden. Das öffentliche Interesse bezieht sich auf Rechtsvorschriften und verlangt nicht, dass der Vertrag selbst im unmittelbaren öffentlichen Interesse abgeschlossen wird. Rechtsvorschriften sind alle Normen einschließlich Förderrichtlinien, die der Vergabe von Darlehen zugrunde gelegt werden.<sup>91</sup> Erfasst sind deshalb insbesondere Förderdarlehen zur Berufsausbildung oder zum Wohnungsbau. Diese Darlehen müssen für den Darlehensnehmer günstiger sein als marktübliche Verträge, insbesondere hinsichtlich des Sollzinssatzes, u.U. kann jedoch ein höherer Zinssatz durch andere Entlastungen, wie Tilgungsfreier Zeit, gegeben sein. Die Ausnahmeverordnung greift auch ein, wenn das Darlehen nicht unmittelbar von der Förderanstalt vergeben wird, sondern mittelbar über eine Bank (z. B. KfW-Darlehen).<sup>92</sup>

Sofern eine Gemeinde eine entgeltliche Ratenzahlung bei der Veräußerung eines Grundstücks vereinbart, ist im Einzelfall zu prüfen, ob entsprechende Förderrichtlinien oder andere Rechtsvorschriften bestehen, aufgrund derer die „Darlehensvergabe“ erfolgt. Im Zweifelsfall liegt hier nur ein einfacher Beschluss des Stadtrats vor, der nicht im öffentlichen Interesse liegt, sondern nur den konkreten Einzelfall abdeckt, so dass der Ausschlussstatbestand nicht eingreift.

### III. Entgeltlicher Zahlungsaufschub

#### 1. Keine Bereichsausnahme für notarielle Grundstückskaufverträge

Während bis zum 10. 6. 2010 die Vorschrift des § 491 Abs. 3 BGB a. F. in Nr. 1 eine ganze Reihe von Vorschriften des Verbraucherkreditrechts für nicht anwendbar erklärte, wenn der Verbraucherkreditvertrag notariell beurkundet wurde und die notarielle Urkunde den Jahreszins, die bei Abschluss des Vertrages in Rechnung gestellten Kosten des Darlehens sowie die Voraussetzungen enthielt, unter denen der Jahreszins oder die Kosten geändert werden konnten, ist die bisherige Ausnahme für notariell beurkundete Darlehensverträge ersatzlos entfallen.<sup>93</sup> Im Hinblick auf den durch die Vorschriften bezweckten Verbraucherschutz überrascht die Streichung der Bereichsausnahme für notarielle Verträge. Zweck notarieller Beurkundung ist es gerade, die Vertragsparteien vor übereitem Handeln zu schützen und durch eine neutrale, beratende rechtskundige Institution, den Parteien die rechtliche Bedeutung ihrer Willenserklärungen zu vergegenwärtigen.

Insbesondere von Arzt wird die Auffassung vertreten, dass zumindest bei entgeltlicher Stundung des Kaufpreises für eine Immobilie oder beim Immobilienleasing die §§ 491 ff. BGB weiterhin keine Anwendung finden sollen, da sich insbesondere aus § 506 Abs. 3 BGB („Lieferung einer Sache“) und aus Art. 2 Abs. 2 lit. b der VerbrKrRL der Schluss ergäbe, dass Grundstückskaufverträge nicht zugleich Kreditverträge sein sollen.<sup>94</sup> Der Verbraucher sei durch die §§ 17 ff. BeurkG hinreichend geschützt. Zudem seien diese Verträge bereits unter der Geltung des AbzG nicht erfasst gewesen, was weiterhin gelten solle.<sup>95</sup>

Rechtspolitisch ist das Ergebnis dieser Auffassung im Hinblick auf die Würdigung des Beitrags der Notare zum Verbraucherschutz wünschenswert, rechtlich zutreffend ist sie hingegen nicht. Der Gesetzgeber hat die Ausnahmeverordnung für notarielle Beurkundungen des § 491 Abs. 3 Nr. 1 a. F. ausdrücklich aufgehoben, andererseits aber trotz mangelnder Erforderlichkeit nach der Verbraucherkreditrichtlinie (Art. 2 Abs. 2 lit. a und b) explizit entschieden, „wegen des in der Regel hohen Darlehenswertes und der Risiken, die mit einem solchen Vertrag verbunden sind, ..., diese Verträge [Immobilendarlehen (also durch Grundpfandrechte gesicherte Kredite)] wie bisher grundsätzlich in den Schutzbereich der §§ 491 ff. einzubeziehen, obwohl dies europarechtlich nicht zwingend vorgegeben ist“<sup>96</sup>. An der Anwendbarkeit der §§ 491 ff. BGB ändert es nichts, wenn (notariell beurkundete) Darlehensverträge grundpfandrechtlich abgesichert sind. Gleichfalls ist nicht ersichtlich, weshalb für entgeltliche Finanzierungshilfen etwas anderes gelten sollte. Hätte der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang eine Ausnahme notarieller Grundstücksverträge gewollt, so ist davon auszugehen, dass er eine explizite Ausnahmeregelung getroffen hätte.<sup>97</sup> Zudem wurde in der Regierungsbergründung im Hinblick auf das Entfallen des Widerrufsrecht des Verbrauchers nach § 495 Abs. 3 BGB ausgeführt, dass von dieser Öffnungsklausel Gebrauch gemacht werden soll, weil schon nach bisherigem Recht (§ 491 Abs. 3 BGB a. F.) bei notariell beurkundeten Verträgen kein Widerrufsrecht bestand und kein zwingender Grund bestehe, um von dieser Vorschrift abzuweichen<sup>98</sup>. Auch dies belegt, dass dem Gesetzgeber zumindest bewusst war, dass Verbraucherkredite auch im Rahmen notarieller Verträge abgeschlossen werden können.

89 RegBegr., ebd.

90 RegBegr., ebd. S. 77.

91 RegBegr., ebd.

92 RegBegr., ebd.

93 Hügel/Salzig/Salzig, Teil C. Rn. 92; Palandt/Weidenkaff, § 491 Rn. 18, Volmer, DNotZ 2010, 591, 593; hierzu auch RegBegr., BT-Drs. 16/11643, S. 78.

94 Bülow/Arzt/Bülow, § 506 Rn. 42; ähnlich bereits: Wagner, ZNotP 1999, 458, 459 f.; a. A. Hügel/Salzig/Salzig, Teil C. Rn. 87; Krauß, Rn. 18 ff.; Gutachten, DNotl-Report 2011, 122, 123.

95 Bülow/Arzt/Bülow, § 506 Rn. 42.

96 RegBegr., BT-Drs. 16/11643 S. 88.

97 Hügel/Salzig/Salzig, Teil C. Rn. 87; Gutachten, DNotl-Report 2011, 122, 123; zutreffend bereits zur bisherigen Rechtslage: Biermann-Ratjen, DNotZ 2007, 788, 792.

98 RegBegr. BT-Drs. 16/11643, S. 83.

## 2. Zahlungsaufschub

Verbraucherdarlehen grundsätzlich gleichgestellt sind gemäß § 506 Abs. 1 BGB<sup>99</sup> entgeltliche Zahlungsaufschübe und sonstigen Finanzierungshilfen. Maßgeblich für einen Zahlungsaufschub ist nach der Neuregelung der Vorschrift, dass die vom Verbraucher zu tragende, entgeltliche Leistungspflicht später erbracht werden muss, als dies nach dispositivem Recht, insbesondere unter Berücksichtigung des § 320 BGB, der Fall wäre.<sup>100</sup> An einem Zahlungsaufschub fehlt es, wenn die Fälligkeit beider Forderungen um den gleichen Zeitraum hinausgeschoben wird.<sup>101</sup> Die bisherige Einschränkung auf Zahlungsaufschübe von mehr als drei Monaten ist aufgrund des geänderten Richtlinienwortlauts nicht mehr möglich gewesen.<sup>102</sup> Jedoch findet die Bagatellgrenze des § 491 Abs. 2 Nr. 3 BGB Anwendung, wenn die Rückzahlung binnen drei Monaten zu erfolgen hat und nur geringe Kosten vereinbart sind.

### a) Immobilienkaufverträge

Ein entgeltlicher Zahlungsaufschub kommt in der notariellen Praxis insbesondere dann in Betracht, wenn bei einem Grundstückskaufvertrag der Käufer nur einen Teil des Kaufpreises bei Vorliegen der üblichen Fälligkeitsvoraussetzungen erbringen muss und der restliche Kaufpreis später, zumeist in Raten und verzinst zu erbringen ist. Es müssen jedoch nicht mindestens zwei Raten gezahlt werden, eine einzige gestundete Zahlungsrate ist ausreichend.<sup>103</sup>

Beim Kaufvertrag ist die Leistung der Vertragsparteien gemäß § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig. Aus § 320 BGB ergibt sich jedoch ein Leistungsverweigerungsrecht des Käufers, so dass die Kaufpreiszahlung regelmäßig Zug um Zug gegen Übergabe erfolgt. Bei Immobilienkaufverträgen erfolgt der wirtschaftliche Übergang der Immobilie regelmäßig nach Kaufpreiszahlung, die Eigentumsumschreibung erfolgt erst anschließend. Ein Zahlungsaufschub liegt nicht bereits vor, wenn andere als die üblichen Fälligkeitsvoraussetzungen gewählt wurden, wenn im konkreten Fall weitere Fälligkeitsvoraussetzungen hinzugekommen sind oder ein bestimmter früherer Zahlungstermin festgelegt wurde und der Käufer deshalb später zahlen muss. Eine Zahlungsaufschub liegt vielmehr (unabhängig vom Immobilienkaufvertrag) erst dann vor, wenn der Verkäufer in Vorleistung getreten ist.<sup>104</sup>

In der Praxis<sup>105</sup> werden Immobilienratenzahlungsverträge zumeist entweder als sog. Verträge mit Vorlagesperre abgeschlossen, bei denen der Notar die Eigentumsumschreibung zur Absicherung des Verkäufers erst beantragen darf, wenn alle Raten, also der vollständige Kaufpreis, gezahlt wurde. Oder die Verträge werden ohne Vorlagesperre abgeschlossen, so dass der wirtschaftliche Übergang eintritt und die Eigentumsumschreibung beantragt wird, auch wenn noch nicht der vollständige Kaufpreis beglichen wurde. In diesem Fall wird der Verkäufer zumeist durch ein Grundpfandrecht abgesichert.

Bei Immobilienkaufverträgen stellt sich die Frage, ob es zur Annahme eines Zahlungsaufschubs ausreicht, wenn der wirtschaftliche Übergang auf den Käufer eingetreten

ist und der Käufer erst danach ganz oder zum Teil zahlt, oder ob ein Zahlungsaufschub erst dann vorliegt, wenn die Kaufpreiszahlung ganz oder zum Teil erst nach Eigentumsumschreibung erfolgt. In der (älteren) Literatur wird vertreten, dass stets eine Eigentumsumschreibung erforderlich sei, da der Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten nur eine Abmilderung der grundsätzlichen bei Immobilienkaufverträgen bestehenden Vorleistungspflicht des Käufers darstellen würde, der in Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des Kaufvertrags zahlt, bevor er Eigentümer wird.<sup>106</sup> Die für den Zahlungsaufschub angeblich erforderliche Erfüllung trete jedoch erst mit Eintragung im Grundbuch ein.<sup>107</sup> Rechtsprechung zu diesem Problemkreis ist, soweit ersichtlich, nicht erhältlich. Die neuere Literatur unterscheidet jedoch nicht mehr danach, ob der Ratenzahlungsvertrag mit oder ohne Vorlagesperre abgeschlossen wird, sondern geht davon aus, dass ein Zahlungsaufschub unabhängig vom Eigentumsübergang möglich ist.<sup>108</sup>

Maßgeblich ist also die Frage, wie umfassend die Leistung des Verkäufers sein muss, um als Vorleistung zu gelten, die einen Zahlungsaufschub begründen kann. Sofern der Käufer bereits die erworbene Immobilie zwecks Vorbereitung von Renovierungsarbeiten betreten darf, der wirtschaftliche Übergang jedoch noch nicht erfolgt, so stellt dies meines Erachtens aufgrund des geringen Umfangs der Leistung des Verkäufers und aufgrund der vertraglich eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit des Käufers noch keine den Anwendungsbereich des § 506 Abs. 1 BGB rechtfertigende Vorleistung des Verkäufers dar. Auch die Bewilligung einer Vormerkung im Kaufvertrag kann noch keine den Zahlungsaufschub begründende Vorleistung sein. Anders verhält es sich jedoch nach dem wirtschaftlichen Übergang. Hier ist bedenken, dass bereits mit dem wirtschaftlichen Übergang der Erwerber die volle Nutzungsmöglichkeit des Grundstücks erhält und der Verkäufer alle von ihm selbst zu erbringenden Leistungen erbracht hat. Eine Erfüllung durch den Verkäufer erfolgt zwar in der Tat erst nach Eigentumsumschreibung, erst dann geht die Verfügungsgewalt auf den Käufer über. Meines Erachtens ist jedoch hier maßgeblich, dass der Käufer vor den sich aus einem entgeltlichen Zahlungsaufschub ergebenden finanziellen Risiken geschützt wird. Hierfür ist die Eigentumsumschreibung irrelevant. Maßgeblich ist viel mehr, dass der Käufer eine signifikante Leistung erhält, nämlich die Sache nutzen kann, obwohl er ganz oder teilweise erst später zahlen muss

99 Rechtsgrundverweisung, siehe RegBegr. BT-Drs. 16/11643 S. 91.

100 Bamberger/Roth/Möller, § 506, Rn. 5; Bülow/Artz/Bülow, § 506 Rn. 19 und 62; Palandt/Weidenkaff, Vorb. § 506 Rn. 3; MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 4 f.

101 MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 6.

102 RegBegr., BT-Drucks. 16/11643, S. 91.

103 MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 6; Palandt/Weidenkaff, Vorb. § 506 Rn. 3.

104 Bülow/Artz/Bülow, § 506 Rn. 30; MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 6.

105 Hierzu instruktiv mit Formulierungsbeispielen Hügel/Salzig/Salzig, Teil C.

106 Kurz, MittBayNot 1997, 129, 131; Grziwotz, MDR 1997, 432, 433; DNotl-Gutachten, Dokumentnummer 11276 vom 22. 10. 2002.

107 Grziwotz, MDR 1997, 432, 433.

108 Explizit: Hügel/Salzig/Salzig, Teil C. Rn. 134, 90 ff.; i. E. ebenso: Krauß, Rn. 16 ff.

und dadurch (theoretisch) zum übereilten Vertragschluss ohne Berücksichtigung des gesonderten Entgelts neigen könnte. Ebenso wenig könnte bei einem Kauf über bewegliche Sachen die Einordnung als Zahlungsaufschub daran scheitern, dass sich der Käufer bei einer aufgeschobenen Kaufpreiszahlung das Eigentum bis zur vollständigen Zahlung vorbehalten hat.

Ein Zahlungsaufschub liegt also im Ergebnis dann vor, wenn der wirtschaftliche Übergang vom Unternehmer auf den Verbraucher erfolgt, jedoch der Kaufpreis ganz oder teilweise erst später gezahlt werden muss.

### b) Bauträgerverträge

Bei Dienst- und Werkverträgen ist der Unternehmer kraft Gesetzes vorleistungspflichtig. Ein entgeltlicher Zahlungsaufschub liegt daher nicht vor, wenn der Verbraucher erst nach Leistung durch den Unternehmer zu zahlen hat, offensichtlich auch nicht vor bei einer rechtlich vorgeschriebenen Ratenzahlung, wie dem gesetzlichen Zahlungsplan für Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen des § 3 Abs. 2 MaBV.<sup>109</sup>

Wenn die Zahlung einer Rate beim Bauträgervertrag abweichend von § 3 Abs. 2 MaBV auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wird, obwohl die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV vorliegen, der Bauträger sich auf die Aufteilung der Raten festgelegt hat und die entsprechenden Vorleistungen durch den Bauträger erfolgt sind, so kann darin m. E. noch kein Zahlungsaufschub zu sehen sein. Fälligkeit beim Werkvertrag tritt mit Abnahme ein. Der Bauträger soll durch die Regelungen der MaBV nur in die Lage versetzt werden (ohne dazu verpflichtet zu sein) Abschlagszahlungen zu verlangen. Das Bauwerk steht jedoch zunächst noch in seinem Besitz und Eigentum, so dass er mit seinen Vorleistungen zunächst nur Verwendungen auf sein Eigentum tätigt und der Verbraucher vorerst keinen unmittelbaren Vorteil erlangt. Insofern kann auch bei einem Bauträgervertrag ein Zahlungsaufschub erst dann vorliegen, wenn der Besitzübergang auf den Verbraucher erfolgt ist und in Abweichung von den gesetzlichen Regelungen ein Zahlungstermin nach hinten verschoben wurde.

### c) Unternehmenskaufverträge

Dem Anwendungsbereich des entgeltlichen Zahlungsaufschubs unterfallen auch Unternehmenskaufverträge, bei denen der Kaufpreis entgeltlich zur Zahlung aufgeschoben wird, sofern der Käufer Verbraucher ist und zu einem privaten Zweck erwirbt, der Verkäufer jedoch Unternehmer ist.<sup>110</sup> Da ein privater Zweck auch dann vorliegt, wenn zum Zweck der Vermögensanlage bzw. Vermögensverwaltung erworben wird und das bloße Halten von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften zunächst keine unternehmerische Tätigkeit darstellt, ist dieser Fall in der Praxis nicht selten. In dem häufigen Fall des GmbH-Anteilskaufvertrags, bei dem zum Vertragsclosing ein fixer Betrag zu zahlen ist (vorläufiger Kaufpreis) und ein weiterer Kaufpreisteil abhängig von der unternehmerischen Entwicklung (z. B. EBITDA mal Betrag X) nach einem gewissen Zeitablauf, wird man m. E. hingegen keinen Fall der Stundung des Kaufpreises sehen können. Hier steht der endgültige Kaufpreis zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht fest, so dass

dieser nach meinem Verständnis auch nicht gestundet werden kann. Zwar mögen die Parteien hier gewisse Erwartungen haben, wie hoch dieser Restkaufpreis sein mag, jedoch kann die Zielgesellschaft auch insolvent werden, so dass ggf. kein weiterer Kaufpreis zu zahlen ist. Sofern jedoch ein fixer Betrag erst nach Übergang der Anteile zu zahlen ist, so liegt ein Zahlungsaufschub vor. Es sind also die Umstände des Einzelfalls maßgeblich.

### d) Mietkauf

Um einen Zahlungsaufschub handelt es sich nicht bei Finanzierungsleasing oder Mietkauf, da hier keine vom dispositiven Recht abweichende Vereinbarung der Fälligkeit vorliegt.<sup>111</sup> Hierbei, insbesondere beim Mietkauf, handelt es sich um ebenfalls von § 506 Abs. 1 BGB erfasste sonstige Finanzierungshilfen, wenn der Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer abgeschlossen wird, da die Summe der Kaltmieten hier im Regelfall größer ist als der Kaufpreis, um dem Mietverkäufer eine Verzinsung des ausstehenden Kaufbetrages zu ermöglichen bzw. als Inflationsausgleich.<sup>112</sup> Daher sind die §§ 506 Abs. 1, 491 ff. BGG auch auf den Mietkauf anwendbar.

## 3. Entgeltlichkeit

Wesentliches Erfordernis des Zahlungsaufschubs nach § 506 Abs. 1 BGB ist, dass er gegen Entgelt eingeräumt wird. Bloße Bagatellbeträge sollen jedoch nicht erfasst werden.<sup>113</sup> Der Verbraucher also eine Gegenleistung dafür erbringt, dass er den Kaufpreis ganz oder teilweise erst später erbringen muss. Dies ist zumeist offensichtlich, wenn die Parteien eine Stundung vereinbaren, bei der ein Entgelt in Form einer zusätzlichen oder erhöhten Gegenleistung des Verbrauchers vereinbart ist,<sup>114</sup> z. B. wenn der Verbraucher einen Zuschlag für die Teilzahlung tragen muss<sup>115</sup> oder ein Stundungszins ausgewiesen wird. Maßgeblich für die Entgeltlichkeit ist, dass die Summe der Raten (bzw. der Kaufpreis einschließlich Stundung) höher ist als ein hypothetischer einmaliger Barzahlungspreis (bzw. ein Kaufpreis ohne Stundung).<sup>116</sup> Dies bedeutet insbesondere, dass nicht erforderlich ist, dass ein Stundungszins separat ausgewiesen ist, vielmehr ist die Differenz von hypothetischem Kaufpreis ohne Stundungsabrede und tatsächlichem Kaufpreis mit Stundungsabrede maßgeblich.

109 Ebenso: BGH DNotZ 2006, 355, 358; OLG Brandenburg IBr 2004, 551, Gutachten, DNotl Report 2005, 105, 106; Meyer, RNotZ 2006, 497, 498; Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, Teil 3 Rn. 28.

110 Zum kreditfinanzierten Erwerb von GmbH-Anteilen. siehe OLG Celle NZG 2010, 1428.

111 RegBegr., BT-Drs. 11/5462 S. 17.

112 Hügel/Salzig/Hügel, Teil B. Rn. 167; Palandt/Weidenkaff, § 506 Rn. 5; MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 17; Krauß, Rn. 11.

113 LG Karlsruhe NJW-RR 2000, 1442, 1443; Palandt/Weidenkaff, Vorb. § 506 Rn. 6; MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 7.

114 MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 7.

115 Palandt/Weidenkaff, Vorb. § 506 Rn. 6.

116 Hügel/Salzig/Hügel, Teil B Rn. 163, Teil C. Rn. 87; Bülow/Artz/Bülow, § 506 Rn. 31; Krauß, Rn. 17 Fn. 25; Gutachten, DNotl-Report 2011, 122, 123.

### a) Vermutung der Entgeltlichkeit

Für den Fall, dass jedoch vor bzw. bei Vertragsabschluss ein Zahlungsaufschub vereinbart wurde, ist die Feststellung eines Entgelts häufig nicht leicht, da dieses beim Fall der Kaufpreisstundung bereits im Kaufpreis eingepreist sein kann. Für einen Sonderfall, die Lieferung von Sachen oder Erbringung von Leistungen nur gegen Teilzahlung, lässt sich aus § 507 Abs. 3 S. 1 BGB eine unwiderlegliche Vermutung der Entgeltlichkeit der Teilzahlungsabrede entnehmen.<sup>117</sup> Aus diesem Grundgedanken wird von der ganz h. M. die (allerdings widerlegliche) Vermutung abgeleitet, dass ein von gewerblich oder selbstständig beruflich tätigen Anbietern gewährter Zahlungsaufschub stets gegen Entgelt erfolgt, selbst wenn der Anbieter den Zahlungsaufschub schon von Anfang an gewährt, ohne ein gesondertes Entgelt zu berechnen.<sup>118</sup> Dies bedeutet insbesondere, dass widerleglich vermutet wird, dass sich die mit einem Zahlungsaufschub verbundenen zusätzlichen Kosten bereits in einer erhöhten Gegenleistung niedergeschlagen haben.<sup>119</sup> Die Beweislast für die Unentgeltlichkeit liegt beim Unternehmer.<sup>120</sup> Für den Fall einer nachträglichen Stundung des Kaufpreises hingegen wird eine Entgeltlichkeit nicht vermutet, da hier der Kaufpreis bereits feststeht und offensichtlich ist, ob dieser aufgrund der Stundung verändert wird.

In der Praxis erfolgen jedoch Zahlungsaufschübe bei Grundstückskaufverträgen im Rahmen der individuellen Verhandlung des Kaufpreises nach meiner Erfahrung zumeist nicht entgeltlich. Vielmehr handelt es sich beim Zahlungsaufschub zumeist um ein Entgegenkommen des Verkäufers, um dem Käufer aufgrund des zumeist unklaren Fälligkeitstermins Bereitstellungszinsen von der den Kaufpreis finanzierenden Bank zu ersparen. Insofern sollte die vorgenannte Vermutung nicht auf Fälle des entgeltlichen Zahlungsaufschubs bei Immobilienkaufverträgen angewandt werden.<sup>121</sup>

### b) Handlungsempfehlung

Für den Notar ist es dann leicht festzustellen, ob Entgeltlichkeit vorliegt, wenn der Zahlungsaufschub durch eine Abrede der Beteiligten während der Beurkundung erfolgt oder wenn diese einen Teilzahlungszuschlag in der Urkunde offenlegen. Soweit jedoch der Notar mit der Erstellung eines Entwurfs einschließlich Zahlungsaufschub beauftragt wird, ohne dass ein Entgelt gesondert ausgewiesen wird, so wird es für den Notar nicht ohne weiteres ersichtlich sein, ob eine Entgeltlichkeit vorliegt. Sofern es sich bei dem Unternehmer um einen Bauträger handelt, der (insbesondere bei größeren Projekten) feste Preislisten führt, mag feststellbar sein, ob im konkreten Fall eine Abweichung von dem in der Liste festgelegten Preis vorliegt. Ähnlich ist der Fall, wenn der Kaufpreis mit Zahlungsaufschub identisch ist zu dem Kaufpreis, der in einem vorherigen Entwurf des Kaufvertrags ohne Zahlungsaufschub enthalten war.<sup>122</sup>

Die Vermutung, dass ein Zahlungsaufschub entgeltlich gewährt wird, wird insbesondere nicht bereits dadurch entkräftet, dass die Parteien in der Urkunde erklären, dass keine gesonderten Zinsen auf den gestundeten Betrag zu erbringen sind oder kein gesondertes Entgelt zu zahlen ist. Die Vermutung geht ja vielmehr dahin,

dass der Unternehmer dies von vornherein eingepreist hat. Insofern wird der Notar nur dann eindeutig davon ausgehen können, dass keine Entgeltlichkeit vorliegt, wenn ihm die Parteien eindeutige Nachweise darüber vorgelegt haben. Jedoch wird es selten möglich sein, alle den Kaufpreis bildenden Faktoren und den vollständigen Gang der diesbezüglichen Verhandlungen von den Parteien in Erfahrung zu bringen. Dies ist aber auch nicht Aufgabe des Notars. Er muss auch nicht eine Erklärung des Unternehmers im Vertrag, dass keine Entgeltlichkeit vorliegt, auf ihre Richtigkeit überprüfen. Empfehlenswert erscheint mir daher, im Rahmen der Vorbereitung der Beurkundung zu erfragen, ob der Zahlungsaufschub entgeltlich vereinbart wurde und einen entsprechenden Vermerk über die Unentgeltlichkeit des Zahlungsaufschubs, einschließlich der Aussage, dass auch kein Entgelt eingepreist wurde, möglichst neben einschließlich eines Hinweises über die erfolgte Belehrung über die Rechtsfolgen der §§ 491 ff. BGB in die Urkunde aufzunehmen.<sup>123</sup>

### c) Entgeltlichkeit durch Zahlungen an Dritte

Umstritten ist, ob die Entgeltlichkeit auch dadurch entstehen kann, dass der Verbraucher Kosten oder Gebühren, die Dritten anfallen, tragen muss, z. B. die Kosten eines Rechtsanwalts oder Inkassobüros. Für die Entscheidung der Streitfrage ist maßgeblich, ob bei der Entgeltlichkeit auf den Verbraucher, also die ihn treffende Belastung abzustellen ist<sup>124</sup>, oder auf die (mangelnde) Vermögensmehrung beim Darlehensgeber<sup>125</sup>, was in der vorliegenden Konstellation zur Ablehnung der Entgeltlichkeit führen würde. Im Hinblick auf die Entgeltlichkeit eines Darlehens wird grds. auf die an den Unternehmer gewährte Gegenleistung abgestellt. Anders jedoch bei den Finanzierungshilfen. Da es sich bei den Verbraucherkreditvorschriften hauptsächlich um Verbraucherschutzvorschriften handelt, ist im Ergebnis auf die den Verbraucher treffende finanzielle Belastung abzustellen.<sup>126</sup> Demzufolge hängt die Entgeltlichkeit der Stundungsabrede davon ab, ob der Verbraucher Kosten übernimmt, die er nicht ohnehin zu tragen hätte.<sup>127</sup>

117 MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 7.

118 PWW/Kessal-Wulf, § 506 Rn. 1; MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 7; Bamberger/Roth/Möller, Rn. 19; noch zum VerbrKrG: OLG Jena OLG-NL 2002, 85, 86f.; OLG Hamburg NJW-RR 1994, 246, 247; OLG Köln ZIP 1994, 776, 777; OLG Stuttgart NJW-RR 1994, 436, OLG Karlsruhe WM 1998, 2156f.; Grziwotz, MDR 1997, 432, 433; einschränkend: v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg/v. Westphalen, § 1 Rn. 163f.; a.A: OLG Dresden ZIP 2000, 830, 834.

119 PWW/Kessal-Wulf, § 506 Rn. 1; MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 7.

120 PWW/Kessal-Wulf, § 506 Rn. 1; MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 7; Staudinger/Kessal-Wulf, § 499 Rn. 5; einschränkend Bülow/Artz/Bülow, § 506 Rn. 34, ablehnend noch zum VerbrKrG: OLG Dresden ZIP 2000, 830, 834.

121 Ebenso: Kurz, MittBayNot 1997, 129, 132.

122 Kurz, MittBayNot 1997, 129, 132; Grziwotz, MDR 1997, 432, 433.

123 Ähnlich Kurz, MittBayNot 1997, 129, 132.

124 LG Rottweil NJW 1994, 265f.; Martis, MDR 1998, 1189, 1194;

125 Staudinger/Kessal-Wulf, § 499 Rn. 13; MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 9; v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg/v. Westphalen, § 1 Rn. 167.

126 MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 9.

127 MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 9; v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg/v. Westphalen, § 1 Rn. 167.

Entsprechend wird man auch die Frage beantworten müssen, ob im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages die regelmäßig vereinbarte Verpflichtung des Käufers, die Gerichts- und Notarkosten zu tragen, nicht bereits zu einer Entgeltlichkeit führt. Es ergibt sich jedoch bereits aus der gesetzlichen Regelung des § 448 Abs. 2 BGB, dass die Kosten der Beurkundung vom Käufer zu tragen sind. Zwar ist diese Regelung dispositiv, weshalb eine Regelung stets im notariellen Vertrag erfolgen sollte (insbesondere jedoch wegen der weiteren Kosten der Auflassungsvormerkung und ihrer späteren Löschung<sup>128</sup>), doch wird man bei einer mit der gesetzlichen Regelung übereinstimmenden Kostenregelung im notariellen Vertrag nicht von einer Entgeltlichkeit der Stundungsabrede ausgehen können.<sup>129</sup> Entsprechend wird man m. E. grundsätzlich davon ausgehen können, dass in den Fällen, in denen eine Beurkundung rechtlich zwingend ist, auch eine Verpflichtung des Verbrauchers die Kosten zu tragen, nicht zu einer Entgeltlichkeit der Stundungsabrede führt.

#### d) Steuern

Im Hinblick auf die steuerliche Beurteilung von Stundungs- bzw. Ratenzahlungsabreden ist anzuführen, dass nach der Rechtsprechung des BFH<sup>130</sup> bei einem Ratenzahlungskaufvertrag die einzelnen Raten in der Regel neben dem Tilgungsanteil auch einen als Einkommen aus Kapitalvermögen zu versteuernden Zinsanteil (§ 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG) beinhalten. Selbst wenn keine Zinsabrede, oder ein Zins von weniger als 3 % p.a., getroffen wurde, beträgt der steuerlich zu bemessende Zinsanteil 5,5 % p.a.<sup>131</sup>

### C. Vertragsinhalt

#### I. Schriftform

##### 1. Vertrag

Der Verbraucherkreditvertrag bedarf der Schriftform, sofern nicht eine strengere Form vorgeschrieben ist (§ 492 Abs. 1 S. 1 BGB). Zweck ist einerseits die Warnfunktion für den Darlehensnehmer sowie die Informationsfunktion im Hinblick auf die gesetzlich vorgeschriebenen Pflichtangaben, da gerade diese die Möglichkeit der Ausübung des Widerrufsrechts für den Verbraucher sicherstellen sollen.<sup>132</sup>

Eine strengere Form ist gesetzlich grundsätzlich nicht vorgeschrieben. Allerdings kann ein Darlehensvertrag mit einem Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit darstellen, so dass sich aus § 311b Abs. 1 BGB die zwingende Rechtsfolge ergibt, dass der Darlehensvertrag ebenfalls zu beurkunden ist.<sup>133</sup> Gleiches kann bei einer Verbindung mit einem GmbH-Geschäftsanteilskaufvertrag aus § 15 GmbHG gelten oder im Fall eines Darlehens mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 BGB), sowie dem zuvor beschriebenen Immobilienkauf mit entgeltlichem Zahlungsaufschub.

Erforderlich zur Einhaltung der Schriftform ist eine Verkörperung der Willenserklärung (typischerweise auf Papier) und die eigenhändige Unterzeichnung des Er-

klärenden sowie Zugang der Willenserklärung beim Empfänger.<sup>134</sup> Zugang einer Kopie oder eines Fax reicht nicht aus.<sup>135</sup> Durch die Neuregelung in Art. 10 Abs. 1 VerbrKrRL ist nunmehr in Verbindung mit §§ 126 Abs. 3, 126a BGB auch der Abschluss in elektronischer Form bei Unterzeichnung mit elektronischer Signatur möglich. Eine Unterschrift auf einem Schreibtablet erfüllt jedoch nicht die gesetzlichen Anforderungen.<sup>136</sup>

Aus Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 6 EGBGB („sämtliche weitere Vertragsbedingungen“) ergibt sich, dass entgegen der teilweise zur früheren Rechtslage vertretenen Ansicht, unwesentliche Nebenabreden nicht mehr formfrei geschlossen werden dürfen, sondern dass der vollständige Vertragstext vom Schriftformerfordernis umfasst ist.<sup>137</sup> Dies beinhaltet auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Darlehensgebers.

Die Unterschriften (alternativ notariell beglaubigtes Handzeichen oder qualifizierte elektronische Signatur) der Vertragsparteien müssen den Vertragstext räumlich abschließen. Die Blankounterschrift des Verbrauchers ist nicht ausreichend,<sup>138</sup> wohingegen keine rechtlichen Bedenken hinsichtlich einer Blankounterschrift des Darlehensgebers (außerhalb notarieller Beurkundungen) bestehen. Gemäß § 492 Abs. 1 S. 3 BGB ist die Unterschrift des Darlehensgebers sogar entbehrlich, wenn dessen Erklärung mit Hilfe einer automatischen Einrichtung hergestellt wird. Eine konkludente Annahme durch den Darlehensgeber ist jedoch nicht ausreichend.<sup>139</sup> Sofern nicht beide Parteien beim Vertragschluss räumlich anwesend sind, sind die Vorschriften über den Fernabsatz (§ 312b BGB) einzuhalten. Aus darlehensvertraglicher Sicht ist es, sofern eine getrennte Aufspaltung in Angebot und Annahme erfolgt, unerheblich, ob der Darlehensgeber das Angebot oder die Annahme erklärt.<sup>140</sup>

Gemäß § 492 Abs. 3 S. 1 BGB hat der Darlehensgeber dem Verbraucher eine Abschrift des Vertrages zur Verfügung zu stellen. Um ein Wirksamkeitserfordernis handelt es sich hierbei nicht. Jedoch kann der Darlehensnehmer Zahlungsansprüchen des Darlehensgebers die nicht zur Verfügung gestellte Abschrift einredeweise

128 Beck'sches Notarhandbuch/Brambring, A. I Rn. 184.

129 Hügel/Salzig/Salzig, Teil C. Rn. 89; Grziwotz, MDR 1997, 434.

130 BFH BB 1975, 310; BFH, ZEV 1997, 84, 85.

131 BMF Schreiben vom 26. 5. 2005, DStR 2005, 1005, 1006; siehe hierzu auch Hügel/Salzig/Salzig, Teil C. Rn. 144; Krauß, Rn. 16.

132 MünchKomm/Schürnbrand, § 492 Rn. 1; Bülow/Artz/Artz, § 492 Rn. 35.

133 Bülow/Artz/Artz, § 492 Rn. 35, Basty, Der Bauträgervertrag, 7.A. 2011, Rn. 249; Palandt/Weidenkaff, § 492 Rn. 2; so auch entschieden in BGH DNotZ 1995, 295; BGH, DNotZ 1994, 303, 304.

134 Wobei der Verbraucher nach § 151 BGB auf den Zugang der Annahmeerklärung des Unternehmers verzichten kann.

135 BGH WM 2006, 217.

136 OLG München BKR 2012, 289.

137 Bamberger/Roth/Möller, § 492. Rn. 7; MünchKomm/Schürnbrand, § 492 Rn. 17; Bülow/Artz/Artz, § 492 Rn. 50.

138 BGH NJW-RR 2005, 1141; Bülow/Artz/Artz, § 492 Rn. 36; Palandt/Weidenkaff § 492 Rn. 2; MünchKomm/Schürnbrand, § 492 Rn. 8.

139 MünchKomm/Schürnbrand, § 492 Rn. 10.

140 MünchKomm/Schürnbrand, § 492 Rn. 10; der Notar hat im Fall der Beurkundung natürlich § 17 Abs. 2 a BeurkG zu beachten.

entgegenhalten (§ 273 BGB).<sup>141</sup> Die Beweislast dafür, dass dem Verbraucher eine Abschrift zur Verfügung gestellt wurde, trägt der Darlehensgeber.

## 2. Vollmachten

Eine Vollmacht zum Abschluss eines Verbraucherkreditvertrags durch den Verbraucher bedarf gemäß § 492 Abs. 4 BGB in Abweichung von § 167 Abs. 2 BGB der Schriftform, sowie der Pflichtangaben gemäß § 492 Abs. 2 iVm Art. 247 EGBGB, es sei denn, es handelt sich um eine Prozessvollmacht oder eine Vollmacht, die notariell beurkundet ist. Für die notarielle Praxis ist auch aus diesem Grund bei General- und Vorsorgevollmachten, wenn diese unter Umständen zur Kreditaufnahme verwendet werden sollen, eine Beurkundung und nicht bloß eine Beglaubigung empfehlenswert. Auf entgeltliche Zahlungsaufschübe und sonstige entgeltliche Finanzierungshilfen ist § 492 Abs. 4 BGB gemäß § 506 Abs. 1 BGB nicht anwendbar.

## II. Pflichtangaben

Gemäß § 492 Abs. 2 BGB hat der Verbraucherdarlehensvertrag die Angaben gemäß Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB zu enthalten. Die Lesbarkeit der Vorschrift ist aufgrund der Verweisung von § 492 BGB zu Art. 247 § 6 EGBGB, der wiederum auf Art. 247 § 3 EGBGB verweist, dessen Inhalt teilweise nur durch gleichzeitigen Blick in die Verbraucherkreditrichtlinie verstanden werden kann, wenig geglückt. Für den normalen Verbraucherkreditvertrag sind nur die §§ 6 bis 8 relevant, während die weiteren Vorschriften für die besonderen Vertragstypen maßgeblich sind.

### 1. Art. 247 § 6 EGBGB

Als Pflichtangaben sind anzugeben:

1. Der Name und die Anschrift von Darlehensnehmer und Darlehensgeber (Nr. 1). Maßgeblich ist hier eine Postanschrift an die Post zugestellt werden kann, nicht zwingend der Sitz.<sup>142</sup>

2. Die Art des Darlehens (Nr. 2). Mögliche Angaben sind hier z. B. Immobiliendarlehen, Überziehungskredit, sonstige Finanzierungshilfe, befristetes oder unbefristetes Darlehen mit regelmäßiger Tilgung bis zum Ende der Laufzeit oder Tilgung am Ende der Laufzeit,<sup>143</sup> bzw. Teilzahlungsgeschäft oder Ratenkauf<sup>144</sup>. Notwendig und hinreichend ist die Bezeichnung der Vertragsart in Abgrenzung zu den übrigen gesetzlich bestimmten Kreditformen.<sup>145</sup>

3. Effektiver Jahreszins (Nr. 3). Da der Verbraucher zumeist neben den Darlehenszinsen dem Darlehensgeber noch weitere Kosten oder Gebühren schuldet, besteht die Gefahr, dass der Verbraucher durch die Angabe eines niedrigen Sollzinssatzes die finanzielle Bedeutung der weiteren geschuldeten Kosten übersieht. Aus diesem Grund ist sowohl in den vorvertraglichen Informationen als auch im Vertrag selbst der effektive Jahreszins anzugeben. Im effektiven Jahreszins sind zusätzlich zu den geschuldeten Darlehenszinsen die weiteren Kosten wie Bearbeitungsgebühren, Vermittlungskosten, etc. als prozentual ausgedrückte Gegenleistung

enthalten. Hierdurch soll insbesondere die Vergleichbarkeit mit den Darlehenskonditionen anderer Anbieter vergrößert werden.

Die Berechnung des effektiven Jahreszinses bestimmt sich nach § 6 PAngV (dynamische Verweisung). Insbesondere Notarkosten und bei Immobiliendarlehensverträgen Kosten für Sicherheiten sind gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 5 und 6 PAngV nicht in die Berechnung mit einzubeziehen. Hinsichtlich der Berechnung und insbesondere der Anwendung der in der Anlage zu § 6 PAngV enthaltenen Formel werden sowohl der Notar als auch ein nicht dem Kreditgewerbe angehöriger Darlehensgeber häufig an die Grenzen ihrer finanzmathematischen Fähigkeiten geraten. Wenig hilfreich für Darlehen, die von Nichtbanken ausgereicht werden, ist das Erfordernis, dass die Berechnung mit der im Kreditgewerbe erforderlichen Genauigkeit zu erfolgen hat. Eine ungefähre, überschlägige Berechnung des effektiven Jahreszinses (jedoch nicht PAngV konform!) ist mit der folgenden Formel (sog. Uniform-Methode) möglich: "effektiver Jahreszins (in %) = Kreditkosten/Nettodarlehensbetrag x 24/(Laufzeit in Monaten +1) x 100".

4. Nettodarlehensbetrag (Nr. 4). Hierbei handelt es nach der Legaldefinition des Art. 247 § 3 Abs. 2 EGBGB um den Höchstbetrag, auf den der Darlehensnehmer nach dem Darlehensvertrag Anspruch hat. Ein Disagio sowie Bearbeitungsgebühren müssen bereits herausgerechnet sein. Streitig ist, ob die Kosten einer zu verrechnenden Kreditversicherung abzuziehen sind.<sup>146</sup> Soweit dem Darlehensnehmer ein Kreditrahmen zur Verfügung steht, ist die jeweilige Höchstgrenze maßgeblich.

5. Sollzinssatz (Nr. 5). Nach Art. 3 j) der Verbraucherkreditrichtlinie handelt sich um den als festen oder variablen periodischen Prozentsatz ausgedrückten Zinsatz, der auf jährlicher Basis auf die in Anspruch genommenen Kreditauszahlungsbeträge angewandt wird. Im Fall der Abhängigkeit von einem Index oder Referenzzinssatz (z. B. EURIBOR, LIBOR) ist dieser anzugeben.

6. Vertragslaufzeit (Nr. 6). Sollte der Vertrag keine feste Laufzeit haben, so ist dies zu vermerken.<sup>147</sup> Ansonsten ist entweder das Enddatum oder die Laufzeitdauer anzugeben.<sup>148</sup>

7. Betrag, Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilaraten (Nr. 7). Die einzelnen Raten, sofern es sich um ein Teilzahlungsdarlehen handelt, sind in ihrer absoluten Höhe anzugeben, nicht als Bruchteil.<sup>149</sup> Bei einem endfälligen Darlehen besteht keine Angabepflicht darüber.<sup>150</sup> Zweckmäßig ist die Beifügung eines vollständigen Til-

141 Bamberger/Roth/Möller, § 492 Rn. 25.

142 Merz/Rösler, ZIP 2011, 2381, 2387; Schwintowski, § 13 Rn. 74.

143 RegBegr., BT-Drs. 16/11 643 S. 123.

144 Bülow/Artz/Bülow, § 506 Rn. 97.

145 Bülow/Artz/Artz, § 492 Rn. 83 c.

146 Dafür: Bülow/Artz/Artz, § 492 Rn. 85; Palandt/Weidenkaff, EGBGB Art. 247 § 3 Rn. 4, a. A.: MünchKomm/Schürnbrand, § 491 a Rn. 22.

147 Palandt/Weidenkaff, EGBGB Art 247 § 3 Rn. 2.

148 Merz/Rösler, ZIP 2011, 2381, 2388; MünchKomm/Schürnbrand, § 491 a Rn. 24.

149 MünchKomm/Schürnbrand, § 491 a Rn. 24.

150 Merz/Rösler, ZIP 2011, 2381, 2388.

gungsplans, diesen kann der Verbraucher gemäß Art. 247 § 14 EGBGB ohnehin vom Darlehensgeber verlangen.

8. Gesamtbetrag (Nr. 8). Der Gesamtbetrag umfasst alle, bei regulärem Verlauf vom Darlehensnehmer zu zahlenden Beträge. Hierbei handelt es sich um sämtliche Kosten, einschließlich der Zinsen, Provisionen, Steuern und Kosten jeder Art – ausgenommen Notargebühren und Kosten der Sicherheiten bei Immobiliardarlehen, die der Verbraucher im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag zu zahlen hat und die dem Darlehensgeber bekannt sind.<sup>151</sup>

9. Auszahlungsbedingungen (Nr. 9). Einer Angabe bedarf es nur, wenn besondere Bedingungen für die Auszahlung bestehen.<sup>152</sup> Die Gesetzesbegründung nennt exemplarisch den Fall, dass das Darlehen an einen Dritten ausgezahlt wird und der Darlehensnehmer im Gegenzug von einer Verbindlichkeit befreit wird.<sup>153</sup>

10. Sonstige Kosten (Nr. 10). Anzugeben sind alle sonstigen Kosten, Gebühren und Auslagen, die aufgrund oder im Zusammenhang mit der Kreditaufnahme entstehen.<sup>154</sup> Die Muster für vorvertragliche Informationen sehen vor, dass die sonstigen Kosten aufgelistet angegeben werden, gesetzlich zwingend ist dies nicht.<sup>155</sup> Der Sinn der Information besteht darin, dem Darlehensnehmer einen Überblick über die sonstigen Kosten eines Darlehensvertrags zu schaffen.<sup>156</sup> Hierunter fallen insbesondere Kontoführungsgebühren und Kosten für Überweisungen während der Kreditlaufzeit. Nicht erfasst sind Kosten aus einem separaten Vertrag.<sup>157</sup> Laut Artz sind auch Kosten für Notar- und Gerichtgebühren für die Eintragung von Grundpfandrechten anzugeben, nicht jedoch (Notar-)Kosten, die unabhängig von der Darlehensgewährung entstehen, wie solchen für den Erwerb einer finanzierten Immobilie.<sup>158</sup> Dies ist zumindest im Hinblick auf die Notargebühren m. E. nicht zutreffend. Die Regierungsgrundierung führt sowohl im Hinblick auf die Gesamtkosten für die Berechnung des effektiven Jahreszinsen (§ 6 Abs. 3 Nr. 5 PAngV) als auch im Hinblick auf die weiteren Vereinbarungen (Art. 247 § 4 EGBGB) aus, dass eine Angabe der konkreten Notargebühren die der Darlehensnehmer infolge des Vertragsabschlusses zu entrichten hat, nicht erforderlich sei, da die Auslagen nicht im Vorfeld zu ermitteln wären<sup>159</sup>, und die Angabe dem Verbraucher daher nur begrenzt nützlich wäre<sup>160</sup>. Diese Erwägungen würden missachtet, wenn Notargebühren zwar nicht in dem Gesamtbetrag und effektiven Jahreszins, dann aber doch in den sonstigen Kosten wieder aufgenommen werden müssten.

11. Verzugszinsen und Art und Weise der Anpassung (Nr. 11). Der Vertrag hat Pflichtangaben dazu zu enthalten, in welcher Höhe Verzugszugszins anfällt und welche weiteren Kosten sich aus der (teilweisen) Nichterfüllung ergeben. Zudem ist eine etwaige Möglichkeit der Anpassung des Verzugszinses anzugeben.

12. Warnhinweis zu den Folgen ausbleibender Zahlungen (Nr. 12). Der Verbraucher muss explizit vor den Folgen ausbleibender Zahlungen gewarnt werden. Das Muster zu Europäischen Standardinformationen für Verbraucherkredite (Anlage 3 zu Art. 247 § 2 EGBGB)

führt aus: „Ausbleibende Zahlungen können schwerwiegende Folgen für Sie haben (z. B. Zwangsverkauf) und die Erlangung eines Kredits erschweren“ (sic!).

13. Widerrufsrecht (Nr. 13). Es muss im Vertrag über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufsrechts belehrt werden.<sup>161</sup> Das Widerrufsrecht des Verbrauchers ergibt sich vorliegend aus § 495 BGB Abs. 1 BGB, sofern die Ausnahmen des Abs. 3 nicht eingreifen. Der Verbraucher soll auch nach Vertragsabschluss den abgeschlossenen Kreditvertrag prüfen und Vergleichsangebote einholen können.<sup>162</sup>

14. Recht zur vorzeitigen Rückzahlung und Vorfälligkeitsentschädigung (Nr. 14). Aus § 500 Abs. 2 BGB ergibt sich das Recht des Verbrauchers, dass Darlehen jederzeit ganz oder teilweise zurück zu zahlen. Der Verbraucher ist auf dieses Recht hinzuweisen (Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 1 iVm § 3 Abs. 1 Nr. 14 EGBGB). Soweit der Darlehensgeber im Fall der vorzeitigen Darlehensrückzahlung eine Vorfälligkeitsentschädigung verlangt (wozu er gemäß § 502 BGB berechtigt ist), so ist dies unter Angabe der Berechnungsmethode aufzuführen (Art. 247 § 7 Nr. 3 EGBGB). Soweit der Darlehensgeber nicht beabsichtigt, diesen Anspruch geltend zu machen, muss der Vertrag keine Angabe zu Berechnungsmethode, wohl aber zum Recht des Verbrauchers zur vorzeitigen Rückzahlung enthalten.<sup>163</sup> Soweit die Angaben über die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung unzureichend sind, entfällt der Anspruch (§ 502 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Dies gilt sowohl, wenn die Angaben versehentlich unterbleiben als auch, wenn der Darlehensgeber ursprünglich nicht beabsichtigt hat, eine Vorfälligkeitsentschädigung zu verlangen, seine Meinung jedoch später ändert. Wichtig ist, dass die Angabe der Berechnung nicht nur inhaltlich richtig, sondern auch für den Laien nachvollziehbar sein muss.<sup>164</sup>

15. Zuständige Aufsichtsbehörde (Nr. 15). Die für den Darlehensgeber zuständige Aufsichtsbehörde, sofern es eine gibt, (bei Banken die BaFin) ist anzugeben.

## 2. Weitere Pflichtangaben

Soweit das Darlehen einen fixen Endtermin hat, steht dem Darlehensnehmer das Recht zu, einen Tilgungsplan mit dem Inhalt gemäß Art. 247 § 14 EGBGB zu verlangen. Der Verbraucher ist auf dieses Recht hinzuweisen.

Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB sieht vor, dass dem Verbraucher die ihm und dem Darlehensgeber gemäß §§ 499, 500 BGB zustehenden Kündigungsrechte erläutert werden. Ein Hinweis, dass der Verbraucher No-

151 VerbrKrRL Art. 3 lit. g.

152 Bülow/Artz/Artz, § 492 Rn. 126 a.

153 RegBegr., BT-Drs. 16/11643 S. 124.

154 RegBegr., ebd.; Palandt/Weidenkaff, EGBGB Art. 247 § 3 Rn. 2.

155 RegBegr., ebd.

156 RegBegr., ebd.

157 RegBegr., ebd.

158 Bülow/Artz/Artz § 492 Rn. 103 d.

159 RegBegr., BT-Drs. 16/11643 S. 142.

160 RegBegr., BT-Drs. 16/11643 S. 126.

161 Siehe im Detail hierzu Ziffer IV unten.

162 MünchKomm/Schürnbrand, § 495 Rn. 1.

163 Bülow/Artz/Bülow, § 492 Rn. 126.

164 Bülow/Artz/Bülow, § 502 Rn. 19.

tarkosten zu tragen hat, ist gemäß Art. 247 § 7 Nr. 1 EGBGB ebenfalls aufzunehmen. Vom Darlehensgeber verlangte Sicherheiten und Versicherungen sind gemäß Art. 247 § 7 Nr. 2 EGBGB aufzuführen. Sofern ein außergerichtliches Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren besteht, ist darauf und die Voraussetzungen des Zugangs hinzuweisen (Art. 247 § 7 Nr. 4).

Falls es sich um einen Vertrag mit Zusatzleistungen handelt, z. B. falls ein separates Konto geführt werden soll und Kontoführungsgebühren anfallen, sind die Anforderungen des Art. 247 § 8 EGBGB zu beachten.

### III. Widerrufsrecht

Dogmatisch führt das Bestehen des Widerrufsrechts dazu, dass der Vertrag für die Dauer des Widerrufsrechts nur schwebend wirksam ist.<sup>165</sup> Die Wirksamkeit entfällt, wenn der Rücktritt ausgeübt wird. In diesem Fall erfolgt eine Rückabwicklung nach den Vorschriften der §§ 357 ff., 346 ff. BGB. § 495 Abs. 2 Nr. 3 BGB stellt zudem klar, dass der Darlehensnehmer einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen hat. Darunter fallen insbesondere auch die Notarkosten.<sup>166</sup> Wird der Vertrag nicht widerrufen, so endet mit Ablauf der Widerrufsfrist der Schwebezustand. Schwebende Wirksamkeit bedeutet insbesondere, dass alle Vertragsparteien verpflichtet sind, ihre vertraglichen Pflichten zu erfüllen, solange der Widerruf nicht erklärt wurde.<sup>167</sup> Ein ggf. wegen einer Haustürsituation bestehendes Widerrufsrecht ist gemäß § 312a BGB neben dem Verbraucherkreditwiderrufsrecht ausgeschlossen. Sofern bei mehreren Mithaftenden nur einer das Darlehen widerruft, so bestimmt sich nach § 139 BGB, ob der Vertrag mit den anderen Schuldern bestehen bleibt.<sup>168</sup>

#### 1. Widerrufsfrist

Die Widerrufsfrist beträgt, sofern kein Fall des § 492 Abs. 6 BGB (Nachholung der Belehrung) besteht, 14 Tage. Die Frist beginnt zu laufen, wenn der Darlehensnehmer (i) ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt wurde und (ii) ein Exemplar der Darlehensurkunde vom Darlehensgeber erhalten hat. Sofern der Darlehensvertrag notariell beurkundet wurde, muss insofern im Rahmen der notariellen Abwicklung berücksichtigt werden, dass der Darlehensgeber ein Interesse daran hat, dass der Verbraucher möglichst umgehend nach Vertragsschluss den Darlehensvertrag ausgehändigt bekommt. Sofern mehrere Personen Darlehensschuldner sind, hat jede eine Urkunde zu erhalten. Insbesondere in den Fällen, in denen der Darlehensvertrag mit einem die Auflassung enthaltenden Immobilienkaufvertrag verbunden ist, wird dem Darlehensnehmer (je nach Ausgestaltung des Kaufvertrags) häufig nur eine auszugsweise beglaubigte Abschrift oder eine einfache Abschrift erteilt werden. Für den Beginn der Widerrufsfrist kann es jedoch nicht maßgeblich sein, ob der Verbraucher eine einfache Abschrift der Urkunde, eine beglaubigte Abschrift oder eine Ausfertigung erhält. Eine PDF-Kopie dürfte jedoch nicht ausreichend sein, allenfalls eine elektronische Übermittlung nach § 126a BGB.<sup>169</sup> Sofern der Notar dem Darlehensnehmer die Abschrift/Ausfertigung selbst übermittelt, so ist dadurch auch die Pflicht des Darle-

hensgebers zur Aushändigung der Urkunde erfüllt.<sup>170</sup> Aufgrund der besonderen Interessenlage mag es sich aber auch anbieten, dem Darlehensgeber auch die für den Darlehensnehmer bestimmte Urkunde zur Weiterleitung an den Darlehensnehmer zur Verfügung zu stellen. So hat der Darlehensgeber den Fristlauf selbst in der Hand.

Erfolgt die Belehrung erst nach Vertragsabschluss, so verlängert sich die Frist nicht gemäß § 355 Abs. 2 S. 3 BGB auf einen Monat, diese Norm ist gemäß § 495 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 BGB nicht anzuwenden. Jedoch ist der Vertrag ohne Widerrufsbelehrung zunächst nichtig, die Monatsfrist ergibt sich dann im Fall der Nachholung der Belehrung aus § 492 Abs. 6 BGB.

#### 2. Inhalt und Form der Belehrung

Hinsichtlich der Formulierung des Widerrufsrechts im Vertrag empfiehlt es sich, die in Anlage 6 zu Art. 247 § 6 EGBGB enthaltene Musterwiderrufsbelehrung zu verwenden, da diese aufgrund der gesetzlichen Fiktion in Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 2 EGBGB den gesetzlichen Anforderungen entspricht, solange sie hervorgehoben und in deutlicher Form gestaltet ist. Deutliche Form bedeutet insbesondere, dass die Widerrufsbelehrung auf deutsch (oder in der Verhandlungssprache), sprachlich klar ist und nicht durch zusätzliche, nicht mit der Widerrufsbelehrung zusammenhängende Textpassagen verwässert wird.<sup>171</sup> Entgegen der bisherigen Rechtslage (§ 360 BGB) ist die optische Hervorhebung aufgrund des eindeutigen Wortlauts des Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB sowie Art. 10 Abs. 2 der Verbraucherkreditrichtlinie nur erforderlich, wenn das Musterprotokoll verwendet wird, ansonsten nicht. Hervorhebung bedeutet, dass die Rechtslage dem Verbraucher unübersehbar durch eine entsprechende Drucktechnik zur Kenntnis gebracht wird und sichergestellt ist, dass sich die Belehrung unübersehbar aus dem Text der Vertragserklärung hervorhebt,<sup>172</sup> z. B. durch Schriftgröße oder Farbe<sup>173</sup> oder Umrahmung.<sup>174</sup> Im Hinblick auf eine Verlesung des Vertrags im Rahmen der Beurkundung eines Verbraucherdarlehens kann durchaus die Frage gestellt werden, ob eine optisch deutliche Gestaltung dem Verbraucher einen Mehrwert bringen kann.

Inhaltlich tritt die gesetzliche Fiktion nur dann ein, wenn die Widerrufsbelehrung zutreffend erteilt ist.<sup>175</sup> Gerade bei den Angaben zu verbundenen Verträgen besteht hier aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe („ge-

<sup>165</sup> PWW/Kessal-Wulf, § 495 Rn. 2; Bülow/Artz/Bülow, § 495 Rn. 40; im Gegensatz zur früher bestehenden schwebenden Unwirksamkeit des Vertrags.

<sup>166</sup> RegBegr., BT-Drs. 16/11643 S. 83.

<sup>167</sup> PWW/Kessal-Wulf, § 495 Rn. 2; Bülow/Artz/Bülow, § 495 Rn. 41.

<sup>168</sup> Bülow/Artz/Bülow, § 495 Rn. 81.

<sup>169</sup> Bülow/Artz/Bülow, § 495 Rn. 134.

<sup>170</sup> Hügel/Salzig/Salzig, Teil C. Rn. 92.

<sup>171</sup> Bülow/Artz/Bülow, § 495 Rn. 109 f.; Palandt/Weidenkaff, EGBGB Art. 247 § 6 Rn. 4.

<sup>172</sup> BGH NJW-RR 2009, 709, 711, BGH NJW 2009, 3020, 3022; Staudinger/Kaiser, (2012), § 360 Rn. 11 (jeweils zu § 360 BGB); Bülow/Artz/Bülow, § 495 Rn. 111.

<sup>173</sup> BGH NJW 1996, 1964, 1965; BGH NJW-RR 1990, 368, 370; Staudinger/Kaiser, § 360 Rn. 11; jeweils zu § 360 BGB.

<sup>174</sup> BGH NJW-RR 1990, 368, 370, Staudinger/Kaiser, § 360 Rn. 11 (jeweils zu § 360 BGB); Bülow/Artz/Bülow, § 495 Rn. 111.

<sup>175</sup> RegBegr., BT-Drs. 17/1394 S. 22.

naue Angabe“ § 359 a Abs. 1 BGB; „unmittelbarer Zusammenhang“ § 359 a Abs. 2 BGB) die Gefahr eines fehlerhaften Ausfüllens des Musters.<sup>176</sup>

### 3. Ausnahmen, insb. durch notarielle Bestätigung

Kein Widerrufsrecht besteht gemäß § 495 Abs. 3 BGB für Umschuldungen (Nr. 1), Überziehungskredite (Nr. 3) und für die notarielle Praxis bedeutsam, bei Verträgen, die notariell zu beurkunden sind, wenn der Notar bestätigt, dass die Rechte des Darlehensnehmers aus §§ 491 a und 492 BGB gewahrt sind (Nr. 2).

Voraussetzung ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut der Nr. 2 zunächst, dass der Darlehensvertrag gesetzlich zwingend zu beurkunden ist, eine Beglaubigung ist nicht ausreichend.<sup>177</sup> Soweit Bülow die Auffassung vertritt, dass diese Ausnahmeverordnung vorliegend keinen Anwendungsbereich habe, da Darlehensverträge nicht zu beurkunden seien und die §§ 491 ff BGB auf Grundstückskaufvertrags nicht einschlägig wären,<sup>178</sup> so kann dem nicht gefolgt werden. Diese Auslegung ist vom Wortlaut der Vorschrift nicht gedeckt.<sup>179</sup> Wie bereits ausgeführt, gibt es Fälle, in denen eine Beurkundung zwingend erforderlich ist.<sup>180</sup>

Problematisch ist die Tragweite des § 495 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Um das Widerrufsrecht des Käufers auszuschließen, muss der Notar nach § 495 Abs. 3 Nr. 2 BGB bestätigen, dass sämtliche vorvertraglichen Informationspflichten des Darlehensgebers gegenüber dem Darlehensnehmer erfüllt wurden und auch sämtliche Vertragsinformationen nach § 492 BGB i. V. m. den Anforderungen des Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB im Vertrag selbst erfüllt sind. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Notar eine solche Bestätigung in eigener Verantwortung abgeben muss bzw. abgeben sollte. Der Entstehungsgeschichte<sup>181</sup> der Vorschrift im Gesetzgebungsverfahren ist zu entnehmen, dass der Notar in eigener Verantwortung überprüfen und bestätigen muss, dass (i) die vorvertraglichen Informationspflichten des Darlehensnehmers vollständig und richtig erfüllt wurden und (ii) der (notariell beurkundete) Darlehensvertrag sämtliche in § 492 BGB geforderten Informationen enthält.<sup>182</sup> Insoweit hat der Notar die volle Gewähr für eine vollständige und richtige Erfüllung der vorvertraglichen Informationspflichten und die Vollständigkeit der Angaben im Vertrag zu übernehmen, wenn das Widerrufsrecht entfallen soll.<sup>183</sup> Sollte der Notar die Bestätigung angeben, obwohl die Rechte des Verbrauchers objektiv nicht gewahrt wurden, so entfällt das Erfordernis der Widerrufsbelehrung, jedoch macht sich der Notar unter Umständen schadensersatzpflichtig.<sup>184</sup>

Der beurkundende Notar sollte daher im Einzelfall sorgfältig prüfen, ob er bereit ist, eine solche Bestätigung abzugeben. Dies hängt insbesondere davon ab, ob seiner Auffassung nach genaue, verlässliche und vor allem vollständige Angaben im Hinblick auf die vorvertraglichen Informationen gemacht wurden.<sup>185</sup> Im Regelfall wird eine solche notarielle Erklärung nicht möglich sein.<sup>186</sup> Verpflichtet eine solche Bestätigung abzugeben ist der Notar nicht,<sup>187</sup> so dass grundsätzlich davon abzuraten ist, eine solche Bestätigung abzugeben.

### 4. Sonderregeln für verbundene Verträge

Sofern der Darlehensvertrag mit z. B. einem Kaufvertrag eine wirtschaftliche Einheit darstellt, handelt es sich um sog. verbundene Verträge. Rechtsfolge eines verbundenen Vertrages ist, dass im Fall des Widerrufs des einen Vertrages der Verbraucher auch an den anderen Vertrag nicht mehr gebunden ist (Widerrufserstreckung). Widerruft der Verbraucher den Darlehensvertrag, ist auch der Kaufvertrag rückabzuwickeln und es findet ein Einwendungsduellgriff (§ 359 BGB) von dem einen auf den anderen Vertrag statt. Die Immobilie ist, sofern das Darlehen ausgezahlt wurde, gemäß § 358 Abs. 4 BGB vom Verbraucher an den Darlehensgeber, nicht an den Verkäufer, herauszugeben. Die Rückabwicklung erfolgt ausschließlich zwischen Darlehensgeber und Verbraucher, der Darlehensgeber tritt in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ein.<sup>188</sup> Der Darlehensgeber hat dem Verbraucher sämtliche an den Unternehmer erbrachten Leistungen zurückzuerstatten. Im Gegenzug hat der Verbraucher dem Darlehensgeber die Kaufsache zu übereignen. Der Verbraucher hat den Darlehensbetrag nicht zurückzuerstatten, da dieser durch den Eintritt des Darlehensgebers in die Pflichten des Unternehmers konsumiert ist.<sup>189</sup> Der Darlehensgeber kann weder Zinsen (außer etwaigen Verzugszinsen) noch Kosten geltend machen bzw. behalten.<sup>190</sup>

Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit zwischen Darlehensvertrag und Immobilienkaufvertrag führt nicht stets zu einer Beurkundungspflicht.<sup>191</sup> Es kann eine wirtschaftliche Einheit vorliegen, ohne dass eine zur Beurkundungspflicht führende rechtliche Einheit gegeben ist.<sup>192</sup> Bei notariellen Verträgen kann insbesondere dann ein zu beurkundender, verbundener Vertrag vorliegen, wenn eine rechtliche Einheit vorliegt, indem der Immobilienkaufvertrag mit dem Darlehensvertrag derart verbunden ist, dass der Kaufvertrag nicht ohne den Darlehensvertrag abgeschlossen werden würde.<sup>193</sup> Eine einseitige Abhängigkeit des Darlehensvertrags

176 Merz/Rösler, ZIP 2011, 2381, 2389.

177 RegBegr., BT-Drs. 16/11643 S. 84; Schwintowski, § 13 Rn. 242; Palandt/Weidenkaff, § 495 Rn. 4, PWW/Kessal-Wulf, § 495 Rn. 8 Gutachten, DNotl-Report 2011, 122, 125; Hügel/Salzig/Salzig, Teil C. Rn. 93.

178 Bülow/Arzt/Bülow, § 495 Rn. 153.

179 Hügel/Salzig/Salzig, Teil C Rn. 93; Volmer, DNotl-Report 2010, 591, 593; Gutachten, DNotl-Report 2011, 122, 125.

180 Siehe oben C II.1.

181 Siehe hierzu: RegBegr., BT-Drucks. 16/11643, S. 84, BR-Drucks. 848/1/08 v. 9. 12. 2008, S. 8; BR-Drucks. 848/08 v. 19. 12. 2008, S. 6 f; RegBegr., BT-Drucks. 16/11643, S. 165.

182 Zusammenfassend: Gutachten, DNotl-Report 2011, 122, 126.

183 Volmer, DNotl-Report 2010, 591, 593; Palandt/Weidenkaff, § 495 Rn. 4; Hügel/Salzig/Salzig, Teil C. Rn. 93; MünchKomm/Schürnbrand, § 495 Rn. 19.

184 MünchKomm/Schürnbrand, § 495 Rn. 19; Schwintowski, § 13 Rn. 242.

185 Guachten, DNotl-Report 2010, 116, 117.

186 Volmer, DNotl-Report 2010, 591, 593; Erman/Saenger, § 495 Rn. 9.

187 Gutachten, DNotl-Report 2011, 122, 122; Krauß, Rn. 21.

188 BGH NJW 1995, 3386; Schwintowski, § 13 Rn. 278; Staudinger/Kessal-Wulf, (2012) § 358 Rn. 64.

189 Schwintowski, § 13 Rn. 278.

190 Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 64.

191 Kritisch: Volmer, MittBayNot 2002, 336, 342.

192 Schmucker, DNotl-Report 2002, 900, 905.

193 Basty, Der Bauträgervertrag, Rn. 249; Mayer-Reimer, NJW 2004, 3741, 3743.

vom Kaufvertrag reicht hingegen nicht.<sup>194</sup> Eine Verbundenheit kann insbesondere dann vorliegen, wenn der Verkäufer den Abschluss des Kaufvertrags davon abhängig macht, dass der Käufer z. B. beim Verkäufer selbst oder bei einer Tochtergesellschaft des Verkäufers ein Darlehen zur Finanzierung des Kaufpreises aufnimmt.<sup>195</sup> Eine rechtliche Einheit unterliegt daher deutlich strenger Anforderungen, als eine wirtschaftliche Einheit.

§ 358 Abs. 3 S. 3 BGB stellt als Einschränkung der allgemeinen Regelung in § 358 Abs. 3 S. 1, 2 BGB eine gesetzliche Vermutung auf, in welchen Fällen bei einem Grundstücksgeschäft eine wirtschaftliche Einheit anzunehmen ist, nämlich bei Verschaffung oder Förderung durch den Darlehensgeber. Es genügt nicht jedwede Förderung durch den Darlehensgeber; er muss sich vielmehr das Erwerbsinteresse des Verkäufers zu eigen machen, oder z. B. die Planung oder Werbung übernehmen.<sup>196</sup> Es spricht insbesondere für eine wirtschaftliche Einheit: (i) planmäßiges, arbeitsteiliges Zusammenwirken zwischen Finanzierendem und Veräußerer; (ii) örtlich und zeitlich enger Zusammenhang beim Vertragsschluss; (iii) Verwendung gemeinsamer Formulare; Bezeichnung des Verbrauchers im Vertrag als „Käufer und Darlehensnehmer“; (iv) Mitwirkung des Verkäufers beim Abschluss des Finanzierungsvertrages.<sup>197</sup>

§ 359a Abs. 1 BGB sieht zudem vor, dass auch dann, wenn die Voraussetzungen für ein verbundenes Geschäft nicht vorliegen, die §§ 358 Abs. 1 und Abs. 4 BGB entsprechende Anwendung finden sollen, wenn die Ware oder Leistung des Unternehmers im Verbraucherdarlehensvertrag genau angegeben ist. Hierdurch erfasst werden sollten insbesondere Restschuldbesicherungen. Dies könnte auch so verstanden werden, dass auch jeder einen Immobilienkauf finanzierender Darlehensvertrag erfasst ist, sofern die finanzierte Immobilie genau bezeichnet ist. Die h.L. geht hier jedoch zu Recht davon aus, dass eine solche Auslegung weder bezweckt war, noch vorgenommen werden sollte.<sup>198</sup>

Für die Annahme eines Grundstücksgeschäfts i. S. v. § 358 Abs. 3 BGB ist es nach zutreffender, wenn auch umstrittener Ansicht, nicht erforderlich, dass es sich bei dem Darlehen um ein Immobiliendarlehen (§ 503 BGB), also ein grundpfandrechtlich gesichertes Darlehen handelt.<sup>199</sup> Der Gesetzeswortlaut bietet hierfür keine Anhaltspunkte. Auch ist die grundpfandrechtliche Absicherung nicht der Grund für die Sonderregelung, sondern die Finanzierung der gekauften Immobilie.<sup>200</sup>

Sofern die verbundenen Verträge gemeinsam beurkundet werden, ist für die Beteiligten eindeutig, dass die beiden Verträge verbunden sind. Eine Verpflichtung des Notars zur Belehrung über das Vorliegen eines verbundenen Geschäfts wird von der Literatur verneint; der Käufer wird durch die gesetzlichen Vorschriften ohnehin geschützt, der Unternehmer ist nicht schutzbedürftig, da ihm eine gewisse Geschäftserfahrung unterstellt wird.<sup>201</sup> Inhaltlich ist bei verbundenen Verträgen jedoch stets ein Hinweis in der Widerrufsbelehrung erforderlich, dass der Widerruf des Darlehensvertrags auch zur Rückabwicklung des finanzierten Vertrags führt (§ 358 Abs. 5 BGB). Der finanzierte Vertrag ist in der Wider-

rufsbelehrung genau zu bezeichnen und darf nicht nur pauschal aufgeführt werden.<sup>202</sup> Unzulässig wäre demnach z. B. eine Belehrung wonach etwaige mit dem Darlehen finanzierte Verträge vom Widerruf erfasst werden.

Im Hinblick auf die notariellen Pflichten zur Vermeidung ungesicherter Vorleistungen wird in der Literatur empfohlen, dass der Notar Klauseln vorschlagen soll, die ungesicherte Vorleistungen für die Dauer der Widerrufsfrist vermeiden.<sup>203</sup> So kann der Ablauf der Widerrufsfrist auch zur Fälligkeitsvoraussetzung gemacht werden, wenn sich das Vorliegen eines Widerrufsrechts aus der notariellen Urkunde ergibt.

#### IV. Auswirkungen von Mängeln

##### 1. Rechtsfolgen von Formmängeln

###### a) Nichtigkeit

###### (1) Fehlende Angaben

Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Formvorschriften des § 492 BGB ergibt sich aus § 494 BGB. Sofern ganz oder teilweise die Schriftform nicht eingehalten ist oder die in Art. 247 § 6 und 9 bis 13 EGBGB<sup>204</sup> geforderten Informationen (einschließlich etwaiger Nebenabreden (§ 492 Abs. 2 iVm. Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 6 EGBGB) nicht angegeben sind, ist der Kreditvertrag gemäß § 494 Abs. 1 BGB zunächst nichtig. Sofern vertragsnotwendige Informationen nicht im Darlehensvertrag niedergelegt sind oder die Schriftform überhaupt nicht eingehalten ist, so wiederholt § 494 Abs. 1 BGB nur die sich aus § 125 BGB ohnehin ergebende Rechtsfolge. Der effektive Jahreszins, die sonstigen Vertragskosten und der Gesamtbetrag hingegen sind keine Vereinbarung zwischen den Parteien, sondern einseitige Informationspflichten des Darlehensgebers, so dass die Rechtsfolge des § 494 Abs. 1 BGB insofern über den Anwendungsbereich des § 125 BGB hinausgeht. Grundsätzlich handelt es sich bei § 494 Abs. 1 BGB daher um eine dem § 125 BGB vorgehende Sondervorschrift.<sup>205</sup> § 494 BGB ist auch auf entgeltliche Zahlungsaufschübe gemäß § 506 Abs. 1 BGB anwend-

194 Mayer-Reimer, NJW 2004, 3741, 3743; zur st. Rspr. zur einseitiger Abhängigkeit: vgl. BGH, NJW 2000, 961.

195 Merz/Rösler, ZIP 2011, 2381, 2389f.

196 Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT Drs.14/9266 S. 47.

197 Lauer, BKR 2004, 94, 95; Palandt/Grüneberg, § 359 Rn. 13 ff.

198 Volmer, DNotZ 2010, 591, 594f.; MünchKomm/Habersack, § 359 a Rn. 5; Palandt/Grüneberg, § 359 a Rn. 2; a. A.; Bergmann, BKR 2010, 189, 191f.

199 Palandt/Grüneberg, § 358 Rn. 14; Bülow/Artz/Bülow, § 495 Rn. 245; a. A.: Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 50; MünchKomm/Habersack, § 358 Rn. 14.

200 Bülow/Artz/Bülow, § 495 Rn. 245; a. A.: Staudinger/Kessal-Wulf, § 358 Rn. 50, die auf die Formulierung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG a. F. abstellt.

201 Volmer, MittBayNot 2002, 333, 340.

202 OLG Düsseldorf NJW 1993, 741f.; Bülow/Artz/Bülow, § 495 Rn. 273.

203 Litzenburger, RNotZ 2002, 444, 448.

204 Der fehlende Hinweis darauf, dass Notarkosten anfallen (Art. 247 § 7 Nr. 1 EGBGB), ist nicht sanktioniert.

205 Palandt/Weidenkaff, § 494 Rn. 2; Bamberger/Roth/Möller, § 494 Rn. 4; MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn. 14; Staudinger/Kessal-Wulf, § 499 Rn. 4.

bar. Entsprechendes gilt für die nach § 492 Abs. 4 S. 1 BGB fehlerhafte Vollmacht.

Die Nichtigkeit des Verbraucherdarlehensvertrags ist zwingende Rechtsfolge, so dass sich diesbezüglich eine Anwendung des § 139 BGB oder eine teilweise Heilung aufgrund einer salvatorischen Klausel verbietet.<sup>206</sup> Die zwingende Nichtigkeitsfolge bezieht sich jedoch nur auf den Darlehensvertrag. Eine Anwendung des § 139 BGB ist möglich (und damit auch ein Anwendungsbereich für salvatorische Klauseln) bei einem gemischten Vertrag. Der nicht von der Darlehensgewährung umfasste Teil des Vertrags kann hier gerettet werden und ist nicht zwingend von der Nichtigkeitsfolge erfasst, wenn die Parteien z. B. gewollt haben, dass der Immobilienkaufvertrag auch ohne den Darlehensvertrag bestehen soll. Bei einem Immobilienkaufvertrag mit entgeltlich gestundetem Kaufpreis handelt es sich hingegen nicht um einen zusammengesetzten Vertrag, sondern inhaltlich nur um einen Vertrag mit einer vom Regelfall abweichender Zahlungsregelung. Hier ist eine Rettung durch eine salvatorische Klausel nicht möglich, die Nichtigkeit bezieht sich auf den gesamten Vertrag<sup>207</sup>. Anders jedoch bei einer nachträglichen Stundung des Kaufpreises, hier ist nur die Stundungsabrede nichtig.<sup>208</sup>

Sofern zu bestellende Sicherheiten nicht im Vertragstext angegeben sind, so tritt nach § 494 Abs. 1, 6 BGB keine Nichtigkeit ein, jedoch werden die nicht angegebenen Sicherheiten nicht geschuldet.<sup>209</sup> Dem Darlehensgeber ist es verwehrt, sich darauf zu berufen, dass er das Darlehen ohne die nicht angegebenen Sicherheiten gar nicht gewährt hätte. Sofern die Sicherheiten bereits bestellt wurden, kann der Darlehensnehmer diese kondizieren. Ein Anspruch auf Bestellung der Sicherheiten besteht jedoch dann doch, wenn der Nettodarlehensbetrag die Obergrenze von EUR 75.000 übersteigt (§ 494 Abs. 6 S. 3 BGB).

Dem Darlehensgeber ist es, anders als dem Darlehensnehmer, verwehrt, sich auf die Formnichtigkeit des Vertrags zu berufen, so dass dem Verbraucher trotz Formnichtigkeit des Vertrags grundsätzlich ein Erfüllungsanspruch zusteht.<sup>210</sup> Nimmt der Verbraucher das Darlehen aufgrund der Nichtigkeit nicht ab, so kann er unter Umständen Schadensersatz aufgrund von Aufwendungen, die er in Ansehung des vermeintlichen Anspruchs auf Auszahlung des Darlehens gemacht hat, vom Darlehensgeber aufgrund von Verschulden bei Vertragsverhandlungen ersetzt verlangen.<sup>211</sup>

## (2) Fehlerhafte Angaben

Die Nichtigkeit erfolgt aufgrund des eindeutigen Wortlauts des Gesetzes nur, wenn die erforderlichen Angaben fehlen, nicht jedoch, wenn diese fehlerhaft sind. Nach dem Gesetzeswortlaut ist eine Anpassung bei unrichtigen Angaben nur nach Abs. 3 für den effektiven Jahreszins vorgesehen. Unrichtige Angaben im Vertragstext sind für die Wirksamkeit gemäß § 494 BGB daher zunächst irrelevant.<sup>212</sup> Sofern es sich jedoch nicht nur um einseitige Informationen des Darlehensgebers handelt, sondern um Punkte, die der vertraglichen Eingliederung der Parteien unterliegen, so ist die Schriftform zumeist nicht eingehalten und der Vertrag ist nichtig,<sup>213</sup>

sofern kein Fall der sog. *falsa demonstratio* vorliegt. Strittig ist, ob es ebenfalls unbeachtlich ist, wenn einseitige Angaben grob und offensichtlich unrichtig sind oder erheblich von der zutreffenden Angabe abweichen.<sup>214</sup> Zutreffender Ansicht nach wird man jedoch aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts davon ausgehen können, dass für diesen Fall keine Nichtigkeit oder Anpassung eingreift. Unter Umständen könnte jedoch ein Anfechtungsrecht des Darlehensnehmers gemäß § 119 oder § 123 BGB oder ein Schadensersatzanspruch<sup>215</sup> bestehen. Es darf sich zudem nicht um ein Scheingeschäft nach § 117 BGB handeln.

### b) Heilung

#### (1) Darlehen

Zahlt der Darlehensgeber mit Einverständnis des Darlehensnehmers das Darlehen vertragsgemäß aus, so wird gemäß § 494 Abs. 2 BGB die Nichtigkeit geheilt. Es kommt nicht darauf an, ob die Parteien die Heilung bewusst herbeiführen wollten,<sup>216</sup> oder überhaupt Kenntnis von der Nichtigkeit des Vertrages hatten. Voraussetzung für die Heilung ist, dass der Darlehensnehmer das Darlehen empfängt. Dies kann auch bei verbundenen Verträgen durch eine Auszahlung an den Verkäufer oder durch Verrechnung des Auszahlungsanspruchs mit bestehenden Verbindlichkeiten gegenüber dem Darlehensgebers erfolgen,<sup>217</sup> oder durch eine Hinterlegung auf notariellem Anderkonto bei Verwahrung für den Verbraucher<sup>218</sup>. Bei einer Verwahrung für den Darlehensgeber tritt keine Erfüllungswirkung vor Auskehr an den Verbraucher ein.<sup>219</sup>

Die Heilung der Nichtigkeit erfasst jedoch nur die Nichtigkeitsgründe des § 494 BGB. Andere Nichtigkeitsgründe wie §§ 134, 138 BGB etc. werden nicht geheilt.<sup>220</sup> Sofern der Darlehensvertrag beurkundungspflichtig ist, z. B. gemäß § 311 b BGB oder § 15 Abs. 4 GmbHG, und der Vertragstext nicht alle beurkundungs-

206 Bülow/Artz/Artz, § 494 Rn. 16; MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn. 15; vgl zudem: BGH, NJW 2003, 347, wonach eine salvatorische Klausel nur eine Änderung der Beweislast darstellt.

207 LG Hamburg NJW-RR 1994, 246, 248; OLG Köln, ZIP 1994, 776, 777; Verbraucherkreditgesetz: Kommentar/Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt/Bruchner, 2. Auflage 1994, § 1 Rn. 55.

208 Erman/Saenger, § 506 Rn. 4; Verbraucherkreditgesetz: Kommentar/Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt/Bruchner, § 1 Rn. 55; MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 4.

209 Bülow/Artz/Artz, § 494 Rn. 17.

210 Staudinger/Kessal-Wulf, § 494 Rn. 11; Bamberger/Roth/Möller, § 494 Rn. 5; Bülow/Artz/Artz, § 494 Rn. 26; a. A.: Erman/Saenger, § 494 Rn. 6.

211 Bülow/Artz/Artz, § 494 Rn. 136.

212 BGH NJW 2004, 154, 155; BGH ZIP 2006, 1238, 1241; MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn. 12; Bülow/Artz/Bülow, § 494 Rn. 38.

213 MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn. 12; Erman/Saenger, § 494 Rn. 4; Staudinger/Kessal-Wulf, § 494 Rn. 7.

214 Dafür: Bülow/Artz/Artz, § 494 Rn. 39; Staudinger/Kessal-Wulf, § 494 Rn. 9; a. A.: MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn. 12; einschränkend: Bamberger/Roth/Möller § 494 Rn. 3.

215 PWW/Kessal-Wulf § 494 Rn. 1.

216 MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn. 16.

217 Bülow/Artz/Artz, § 494 Rn. 48 a; Bamberger/Roth/Möller, § 494 Rn. 7; Staudinger/Kessal-Wulf, § 494 Rn. 20.

218 BGH NJW 2003, 422; Bülow/Artz/Artz, § 494 Rn. 48 a.

219 BGH NJW 2003, 422.

220 Staudinger/Kessal-Wulf, § 494 Rn. 14; MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn. 9; Bülow/Artz/Artz, § 494 Rn. 35.

rechtlich erforderlichen Nebenabreden enthält, so kann die Nichtigkeit nicht allein durch Auszahlung geheilt werden. § 494 Abs. 2 BGB kann aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtung nicht als *lex specialis* zu § 311 b BGB oder § 15 Abs. 4 GmbHG angesehen werden. Ebenfalls nicht möglich ist die Heilung des nützlichen Darlehensvertrags durch Auflösung und Eintragung im Grundbuch. Geheilt wird durch die Grundbucheintragung zwar grds. auch eine Vereinbarung im Rahmen des Grundstücksveräußerungsvertrags, die ihrerseits einem anderen, geringeren oder gleichwertigen Formvertrag unterliegt, sofern dessen Schutzzwecke von denen des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB umfasst werden, so z. B. ein Leibrentenversprechen, (Schriftform nach § 761 BGB)<sup>221</sup> oder die Verpflichtung zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen (beurkundungspflichtig, § 15 Abs. 4 GmbHG)<sup>222</sup>. Die Schutzzwecke des § 311 b Abs. 1 BGB und des § 15 Abs. 4 GmbHG unterscheiden sich jedoch deutlich von dem des § 492 Abs. 1 BGB. Zur vollständigen Heilung wird also neben der Auszahlung des Darlehens der Formmangel nach § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB oder § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG bzw. durch beurkundete Nachholung der vertraglichen Erklärungen geheilt werden müssen.

## (2) Schuldbeitritt / Finanzierungshilfen

Bei einem Schuldbeitritt empfängt der Beitreitende nichts, so dass hier eine Heilung ausscheidet.<sup>223</sup> Anders jedoch bei einer Vertragsübernahme, da hier der Übernehmende in die Rechtsposition des ursprünglichen Darlehensnehmers eintritt.<sup>224</sup>

Im Fall des entgeltlichen Zahlungsaufschubs erfolgt ebenfalls keine Auszahlung an den Verbraucher, so dass auch hier nach dem Wortlaut der Vorschrift keine Heilung möglich scheint. Es wird vertreten, dass bei Zahlungsaufschub und Finanzierungsabrede die Kreditabrede gleichzeitig als Inanspruchnahme des Kredits zu werten ist, so dass Kreditabrede und Heilung notwendigerweise zusammenfallen würden.<sup>225</sup> Nach zutreffender Ansicht ist jedoch die Sonderregelung für Teilzahlungsgeschäfte in § 507 Abs. 2 BGB auch auf entgeltliche Finanzierungshilfen anwendbar.<sup>226</sup> Ansonsten wäre der Sanktionscharakter des § 494 BGB für entgeltliche Finanzierungsabreden faktisch bedeutungslos. Dies hat zur Folge, dass die Heilung erst mit Übergabe des finanzierten Gegenstandes oder Erbringung der Leistung an den Verbraucher erfolgt.<sup>227</sup> Für die Heilungswirkung ist nur der tatsächliche Besitzübergang, nicht der Eigentumswechsel erforderlich,<sup>228</sup> so dass in der notariellen Praxis bei einem Grundstückskaufvertrag mit entgeltlicher Finanzierungshilfe iSv. § 506 Abs. 1 BGB der wirtschaftliche Übergang auf den Verbraucher und nicht die Grundbucheintragung des Eigentumswechsels für die Heilung maßgeblich ist.

Bei nachträglicher Stundung des Kaufpreises soll jedoch nicht § 507 Abs. 2 S. 2 BGB entsprechend gelten, sondern § 494 Abs. 2 BGB; wobei in der Stundungsvereinbarung zugleich die zur Heilung führende Inanspruchnahme des Kredits liegen soll.<sup>229</sup> Meines Erachtens ist die Lösung nur systemgerecht, wenn der Besitzübergang bereits erfolgt ist.

## (3) Mehrere Beteiligte

Verlangt von mehreren Darlehensnehmern, die Gesamtgläubiger der Darlehensforderung sind, nur einer die Auszahlung des Darlehens, so folgt aus der Auszahlung des Darlehens an diesen einen Darlehensnehmer aufgrund der Gesamtgläubigerschaft auch die Heilung des nützlichen Vertrages im Verhältnis zu den anderen Darlehensnehmern.<sup>230</sup>

### c) Konsequenzen

Die Heilungswirkung umfasst Sollzins, effektiven Jahreszins, Gesamtbetrag, Kosten und deren Anpassung, Laufzeit und Kündigungsrecht, sowie Sicherheiten. Keine Auswirkungen haben das Fehlen der übrigen Pflichtangaben, wie des Nettodarlehensbetrags und der Angaben nach Art 247 §§ 7 und 8 EGBGB.

Ist der Sollzins im Vertragstext nicht oder ohne den effektiven Jahreszins oder den Gesamtbetrag angegeben, vermindert sich der Sollzinssatz auf den gesetzlichen Zinssatz von 4 % p.a. (§ 246 BGB). Der richtige Sollzins kann bei einer Heilung also nur verlangt werden, wenn neben dem zutreffenden Sollzins auch der effektive Jahreszins und der Gesamtbetrag zutreffend angegeben sind. Ist der Sollzins zu niedrig angegeben, gilt der geringere Zinssatz. Ist der effektive Jahreszins zu niedrig angegeben, bleibt es bei der Verminderung des zutreffend angegebenen Sollzinses gemäß Abs. 3 um den zu gering angegebenen Betrag des effektiven Jahreszinses. Ist der Sollzinssatz zu hoch angegeben, ist zumeist auch der effektive Jahreszins fehlerhaft angegeben.

Ist der Nettodarlehensbetrag nicht angegeben, ändert sich bei einer Heilung der Leistungsumfang nicht. Sind Kosten nicht mit angegeben, so werden diese Kosten nicht geschuldet. Wenn es sich bei vom Darlehensgeber nicht angegebenen Kosten um an Dritte zu zahlende Kosten handelt, so bleibt der Verbraucher verpflichtet, dem Dritten die Kosten zu zahlen, jedoch hat er gegen den Darlehensgeber einen Freistellungsanspruch.<sup>231</sup>

221 MünchKomm/Kanzleiter, § 311 Rn. 84; BGH NJW 1978, 1577; Staudinger/Amann, (2002) § 761 Rn. 7.

222 Str., dafür; MünchKomm/Kanzleiter, § 311 Rn. 84; dagegen; OLG Zweibrücken OLGZ 1985, 45.

223 Palandt/Weidenkaff, § 494 Rn. 3; Bamberger/Roth/Möller, § 494 Rn. 8; Erman/Saenger, § 494 Rn. 9; MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn 20; zu § 6 VerbrKrG BGH NJW 1997, 1443, 1444; BGH NJW 2006, 431, 434.

224 BGH NJW 1999, 2664, 2667; Bamberger/Roth/Möller, § 494 Rn. 8, MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn. 20; Staudinger/Kessal-Wulf, § 494 Rn 17.

225 PWW/Kessal-Wulf, § 494 Rn. 4; Staudinger/Kessal-Wulf, § 494 Rn. 23; v. Westphalen, BB 1994, 1721 (1725).

226 MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 33; wohl auch: Bülow/Artz/Bülow, § 506 Rn. 112.

227 Ebenso zu § 6 VerbrKrG: Drescher, Verbraucherkreditgesetz und Bankpraxis, 1994, Rn. 155.

228 Bülow/Artz/Bülow, § 507 Rn. 22; Bamberger/Roth/Möller, § 507 Rn. 16; MünchKomm/Schürnbrand, § 507 Rn. 14; Besitzmittlungsverhältnisse bei beweglichen Sachen sind jedoch nicht ausreichend.

229 MünchKomm/Schürnbrand, § 507 Rn. 13.

230 MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn. 19; Staudinger/Kessal-Wulf, § 494 Rn. 15; a. A.: Bülow/Artz/Artz, § 494 Rn. 33.

231 MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn. 36; Erman/Saenger, § 494 Rn. 14; Staudinger/Kessal-Wulf, § 494 Rn. 30.

## (1) Widerrufsrecht

Sofern die nach Art. 247 § 6 EGBGB erforderlichen Angaben über das Widerrufsrecht fehlen, ist der Vertrag formnichtig. Im Fall der Heilung der Nichtigkeit durch Auszahlung des Darlehens ist der Vertrag zwar geheilt, aber dennoch widerruflich. Die Widerrufsfrist beginnt zu laufen, nachdem sowohl die Heilung eingetreten ist als auch dem Verbraucher die notwendigen Informationen über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß mitgeteilt wurden. Sofern der Vertrag formnichtig war, sind die im Vertrag enthaltenen Informationen über den Beginn des Widerrufsrechts (z. B. zwei Wochen nach Vertragschluss) denklogisch falsch.<sup>232</sup> Insofern ist im Fall der Heilung des Darlehensvertrags durch Auszahlung zwingend eine neue Widerrufsbelehrung zu erteilen, um ein unbefristetes Widerrufsrecht zu vermeiden. Im Einzelfall kann nach längerem Zeitablauf ein Widerrufsrechts des Verbrauchs verwirkt sein.<sup>233</sup>

## (2) Effektiver Jahreszins

Fehlt der effektive Jahreszins ist der Darlehensvertrag nichtig, im Fall der Heilung gilt der gesetzliche Zinssatz, sofern der Sollzinssatz nicht ohnehin geringer war. Ist der effektive Jahreszins zu niedrig angegeben, bleibt der Darlehensvertrag wirksam, jedoch verringert sich der Sollzinssatz um den Prozentsatz, um den der angegebene effektive Jahreszins vom tatsächlichen effektiven Jahreszins abweicht (beträgt der Sollzinssatz 6 %, der angegebene effektive Jahreszins 10 %, der tatsächliche effektive Jahreszins jedoch 15 %, so ist der Sollzinssatz um 5 %, also von 6 % auf 1 %, zu senken). Der Sollzins kann hierdurch insbesondere unter den gesetzlichen Zinssatz von 4 % und sogar auf Null sinken. Insofern kann der Darlehensnehmer im Einzelfall bei einer zu niedrigen Angabe des effektiven Jahreszinses besser dastehen, als bei einer fehlenden.

Bei Ratenzahlungs- oder Teilzahlungsgeschäften ist Bezugsgegenstand die Änderung des Gesamtbetrags anstelle des Sollzinssatzes, wobei jedoch hier die Höhe des Barzahlungspreises aufgrund der Reduzierung nicht unterschritten werden darf.<sup>234</sup>

Ist der effektive Jahreszins zu hoch angegeben, so gibt es keine vom Vertragswortlaut abweichende Rechtsfolge, der Vertrag ist weder nichtig, noch findet eine Anpassung des Sollzinssatzes statt.<sup>235</sup> Der Darlehensnehmer hat den Vertrag zu den angegebenen Konditionen zu erfüllen. Sofern in der notariellen Praxis ein Verbraucherkreditvertrag zu beurkunden ist, der Darlehensgeber jedoch keine Bank ist und sich nicht dazu in der Lage sieht, anhand der Berechnungsformel der Preisangabenverordnung den effektiven Jahrszins zutreffend zu berechnen und der Verbraucher kein Interesse an der Angabe hat, so vermag die Angabe eines zu hohen effektiven Jahreszinses im Einzelfall das Problem zu lösen. Bedenklich wird dies jedoch in den Fällen, in denen dem Verbraucher das Gefühl vermittelt wird, die Angabe des effektiven Jahreszinses sei ohnehin unerheblich und er deshalb unter Umständen Vergleiche der Darlehenskonditionen unterlässt. Meiner Ansicht nach empfiehlt es sich daher bei einem potentiell überhöht angegebenen effektiven Jahreszins zum Schutz aller Beteiligten eine notarielle Belehrung über

die Bedeutung des effektiven Jahreszinses in die Urkunde aufzunehmen, sowie darüber, wer den effektiven Jahreszins berechnet hat.

## 2. Nachholung einseitiger Angaben

Sofern notwendige Angaben im Vertrag fehlen oder unvollständig sind, können diese gemäß § 492 Abs. 6 S. 1 BGB in Textform nachgeholt werden. Voraussetzung ist jedoch, dass es sich um einen wirksamen Vertrag handelt. Mit der Nachholung der geforderten Angaben beginnt die Widerrufsfrist zu laufen, die nunmehr einen Monat (§ 494 Abs. 6 S. 4 BGB) beträgt, wobei der Verbraucher bei der Nachholung auf den Beginn und die Dauer der Widerrufsfrist hinzuweisen ist. Ohne Nachholung der Widerrufsbelehrung läuft die Widerrufsfrist ewig.

Die Nachholung der Informationen darf selbstverständlich nicht zu einer Schlechterstellung des Verbrauchers führen, sprich der Darlehensgeber kann nicht einseitig Sicherheiten oder Versicherungen, die entgegen Art. 247 § 7 Nr. 2 EGBGB nicht aufgeführt sind, verlangen. Dies könnte nur durch eine Vertragsänderung erfolgen. Der Darlehensgeber kann jedoch z. B. die Berechnungsmethode der Vorfälligkeitsentschädigung nachreichen, sofern der Vertrag bereits die Angabe enthält, dass der Darlehensgeber eine solche zu berechnen vorhat oder dem Verbraucher die für den Verbraucher vorteilhaften Informationen zu einem außergerichtlichen Beschwerdeverfahren mitteilen.

Auch wenn der Darlehensvertrag notariell beurkundet wurde, kann das Nachschieben von Informationen nach dem expliziten Gesetzeswortlaut des Abs. 6 in Textform erfolgen. Da es sich hierbei um einseitige Informationen des Darlehensgebers handelt, greift § 311 b Abs. 1 BGB nicht ein.

## V. Einwendungsverzicht, Wechsel- und Scheckverbot

### 1. Abtretungen von Darlehensforderungen

Wenn der Darlehensgeber seine Darlehensforderung abtritt, finden die §§ 398 ff. BGB, insbesondere die Schuldnerschutzbücher der §§ 404, 406 und 407 BGB Anwendung. Aus § 496 Abs. 1 BGB ergibt sich das Verbot eines Einwendungsverzichts und einen Aufrechnungsausschlusses für den Fall von Abtretungen an einen anderen Gläubiger.

Im Fall der Abtretung einer Darlehensforderung ist nach Abs. 2 unverzüglich über die Person und Kontaktdaten des neuen Gläubigers (schriftlich oder in Textform, § 492 Abs. 5 BGB) zu informieren. Die Informationspflicht trifft, vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen, im Fall der

<sup>232</sup> Bülöw/Artz/Artz, § 494 Rn. 70; MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn. 44.

<sup>233</sup> Vgl. OLG Köln BKR 2012, 162, für den Fall, dass fehlerhafte Fristberechnung in der Widerrufsbelehrung und der Darlehensnehmer fünf Jahre nach vollständiger Erfüllung aller Ansprüche widerrufen wollte. Das OLG wies jedoch zu Recht, darauf hin, dass der Fall anders zu beurteilen sei, wenn gar keine Belehrung hinsichtlich des Widerrufsrechts erfolgt wäre.

<sup>234</sup> Bülöw/Artz/Bülöw, § 507 Rn. 37.

<sup>235</sup> MünchKomm/Schürnbrand, § 494 Rn. 32, Bülöw/Artz/Artz, § 494 Rn. 77.

Abtretung den ursprünglichen Darlehensgeber, da es sich um eine sich aus dem Darlehensvertrag ergebende, gesetzliche Verpflichtung handelt.<sup>236</sup> Bei einer Vertragsübernahme hingegen trifft die Verpflichtung zunächst den Übernehmer. Entsprechend anwendbar ist die Informationsverpflichtung des Abs. 2 auf Fälle der Gesamtrechtsnachfolge.<sup>237</sup> Auch in Fällen der partiellen Gesamtrechtsnachfolge (Ausgliederung, Abspaltung) ist m. E. davon auszugehen, dass der übernehmende Rechtsträger verpflichtet ist. Hier empfiehlt sich jedoch eine explizite Regelung in dem umwandlungsrechtlichen Vertrag.

Bei Nichteinhaltung der Informationspflicht kann dem Verbraucher ein Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB zustehen.<sup>238</sup> Ein Recht zur außerordentlichen Kündigung wird hierdurch jedoch nicht begründet.<sup>239</sup>

## 2. Wechsel- und Scheckverbot

Abs. 3 enthält das Verbot, zur Absicherung der Verbindlichkeiten des Verbrauchers von diesem eine Wechselverbindlichkeit oder einen Scheck zu verlangen. Nicht erfasst sind jedoch abstrakte Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses iSv. §§ 780 f. BGB sowie die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.<sup>240</sup>

## VI. Verzug, Kündigung, vorzeitige Erfüllung

Die Rechtsfolgen bei Verzug und Kündigung des Darlehens sind in den §§ 497 bis 502 BGB umfassend geregelt, einschließlich des Rechts des Darlehensgebers, eine Vorfälligkeitsentschädigung im Fall der vorzeitigen Rückzahlung durch den Verbraucher zu verlangen (§ 502 BGB).

Vertragliche Regelungen, die zum Nachteil des Verbrauchers vom Gesetz, insbesondere von den gesetzlichen Verzugs- und Kündigungsregeln der §§ 497 bis 502 BGB abweichen, sind unwirksam. Insbesondere für eine Verzugszinspauschale ist daher (bei AGB) nicht die Regelung des § 309 Nr. 5 BGB maßgeblich, sondern allein § 497 BGB.

Der Darlehensnehmer darf insbesondere ein Darlehen mit unbestimmter Laufzeit jederzeit kündigen, vertraglich geregelt werden kann allenfalls eine Kündigungsfrist von maximal einem Monat (§ 500 Abs. 1 BGB). Zudem kann der Verbraucher seine Verbindlichkeiten ganz oder zum Teil erfüllen, unabhängig von der Kündigung des Darlehens und einer etwaigen Laufzeit (§ 500 Abs. 2 BGB). Kosten und Zinsen entfallen dann für nach Erfüllung liegende Zeiträume (§ 501 BGB), allerdings hat der Darlehensnehmer grds. Anspruch auf eine Vorfälligkeitsentschädigung, es sei denn insb. die Angaben im Vertrag über die Laufzeit, das Kündigungsrecht oder die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung sind unzureichend (§ 502 Abs. 2 Nr. 2 BGB) Unzureichend soll eine Angabe der Berechnung bereits dann sein, wenn sie zwar inhaltlich zutreffend ist, jedoch für den Laien inhaltlich nicht nachvollzogen werden kann, so dass er die ihn treffenden Belastungen nicht zutreffend abschätzen kann.<sup>241</sup>

Aufgrund der inhaltlich zwingenden, detaillierten gesetzlichen Regelung und dem Nachteilsverbot des § 511 BGB empfiehlt es sich nicht, im Vertrag weitreichende oder gar abweichende Regelungen zu treffen, sofern nicht das Gesetz ausdrücklich Abweichungen erlaubt. Vielmehr erscheint es geboten, ausschließlich die verpflichtenden Angaben gemäß § 492 Abs. 2 BGB iVm. Art. 247 § 6 Nr. 5 (Verfahren bei der Kündigung des Vertrags) sowie Nr. 1 iVm. § 3 Nr. 11, 12 und 14 (Verzugszinssatz, Warnhinweis auf Folgen ausbleibender Zahlungen und Hinweis auf das Recht zur vorzeitigen Rückzahlung) aufzunehmen.

## VII. Informationen während des Vertragsverhältnisses

§ 493 BGB regelt, dass der Unternehmer während der Vertragsverhältnisse den Verbraucher darüber zu unterrichten hat, ob er nach Ende der Sollzinsbindung zu einer neuen Sollzinsabrede bereit ist, sowie spätestens drei Monate vor Ende der Vertragslaufzeit darüber, ob er zur Fortführung des Darlehensverhältnisses bereit ist. Ein Verstoß kann zu einem Schadensersatzanspruch des Verbrauchers führen. Abweichend von den oben zu § 496 BGB aufgestellten Grundsätzen trifft gemäß Abs. 4 die Pflicht zur Unterrichtung (auch) den Zessionär.

## D. Sonderregelungen

### I. Immobiliardarlehensverträge

#### 1. Ausblick

Gemäß Art. 2a der VerbrKrRL gilt diese nicht für hypothekarisch oder vergleichbar gesicherte Kreditverträge. Vom Geltungsbereich ausgenommen sind nach lit. b weiterhin Kreditverträge, die für den Erwerb oder die Erhaltung von Eigentumsrechten an einem Grundstück oder einem bestehenden oder geplanten Gebäude bestimmt sind. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Bereiche in den Schutzbereich der §§ 491 ff. BGB einzogen. Auf europäischer Ebene sollen diese Kreditformen aufgrund ihrer Besonderheiten in einer separaten Richtlinie geregelt werden. Der Entwurf einer eigenen Richtlinie wurde Ende März 2011 von der Europäischen Kommission vorgelegt.<sup>242</sup> Es bleibt zu hoffen, dass im Rahmen der weiteren Entwicklung des Verfahrens der Verabschiedung sowie der späteren Umsetzung der Richtlinie die notariellen Pflichten eindeutig geregelt werden und die Bedeutung des Verbraucherschutzes durch die Einhaltung der notariellen Form und

236 Palandt/Weidenkaff, § 496 Rn. 3; Bülow/Artz/Bülow, § 496 Rn. 13 b.

237 Bülow/Artz/Bülow, § 496 Rn. 13 b.

238 MünchKomm/Schürnbrand, § 496 Rn. 17; Bülow/Artz/Bülow, § 496 Rn. 13 b.

239 Dörrie, ZBB 2008, 292, 300.

240 BGH NJW 2005, 1576, 1578; MünchKomm/Schürnbrand, § 496 Rn. 9; Bülow/Artz/Bülow, § 496 Rn. 13; Reiß, MittBayNot 2005, 371 ff.

241 Bülow/Artz/Bülow, § 502 Rn. 19.

242 KOM (2011) 142 vom 31. 3. 2011, „Vorschlage für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Wohnimmobilienkreditverträge“.

die damit verbundene Belehrungsmöglichkeit entsprechend gewürdigt wird. Bislang finden sich im Richtlinienentwurf nur Regelungen dazu, dass Notarkosten nicht in die Gesamtkreditkosten einzubeziehen sind.

## 2. Derzeitige Regelung

### a) Anwendungsbereich

Ein Immobiliardarlehensvertrag iSv. § 503 BGB liegt vor, wenn bei einem Verbraucherkredit die Darlehensgewährung von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig ist und die Bedingungen für die Gewährung des Darlehens (oder der entsprechenden Zwischenfinanzierung) für derartige Kredite marktüblich sind. Es kommt nicht darauf an, ob der Darlehensnehmer selbst Grundstückseigentümer oder eine dritte Person beteiligt ist.<sup>243</sup> Für die Bestellung des Grundpfandrechts werden gerade keine zusätzlichen gesonderten Warnfunktionen erforderlich, sondern nur für den Darlehensvertrag.<sup>244</sup> Es ist unerheblich, ob der Erwerb einer Immobilie finanziert werden soll, oder das Darlehen ohne jeden Bezug zur Immobilien verwendet werden soll und nur ein Grundpfandrecht als Sicherheit bestellt werden soll.<sup>245</sup>

Eine Abhängigkeit liegt bereits dann vor, wenn eine vertragliche Pflicht zur Bestellung eines Grundpfandrechts vorliegt bzw. dies Auszahlungsvoraussetzung ist, eine Qualifizierung der Abhängigkeit ist nicht erforderlich.<sup>246</sup> Auch ist nicht zwingend eine Neubestellung eines Grundpfandrechts notwendig, nach Auffassung des BGH ist die Übernahme einer bereits vorher bestellten Grundschat durch den Verbraucher ausreichend.<sup>247</sup>

Marktübliche Bedingungen liegen im Regelfall vor, wenn die Verzinsung deutlich unter der von Personalkrediten liegt und der Vertrag eine lange Laufzeit meist mit anfänglich geringen Tilgungsraten hat.<sup>248</sup> In den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank werden Zinssätze für erstrangige Grundpfandrechte veröffentlicht. Diese Zinssätze können unter Berücksichtigung der Dauer der Zinsfestschreibung und dem Rang der Sicherheit als Maßstab für die Marktüblichkeit der Zinsen herangezogen werden.<sup>249</sup>

### b) Rechtsfolgen

Bei einem Immobiliardarlehensvertrag bestehen zunächst abweichende vorvertragliche Informationspflichten gemäß Art. 247 § 9 Abs. 1 EGBGB.<sup>250</sup> Im Vertragstext sind die nur die in Art. 247 § 9 Abs. 1 EGBGB aufgeführten Inhalte, sowie die Widerrufsbelehrung aufzunehmen. Ausgenommen sind daher insb. die Gesamtkosten (Art. 247 § 3 Nr. 8 EGBGB), die Auszahlungsbedingungen (Nr. 9) und das Recht zur vorzeitigen Rückzahlung (Nr. 14). Der Warnhinweis zur Übertragbarkeit des Darlehens (Abs. 1 S. 2) muss aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts nur in den vorvertraglichen Informationen enthalten sein.

Im Hinblick auf den Verzug des Darlehensnehmers, die Kündigungsmöglichkeiten und eine etwaige Vorfälligkeitsentschädigung gelten gemäß § 503 BGB Sonderregelungen aufgrund der Besonderheiten der Immobiliardarlehensverträge. Insbesondere beträgt der Ver-

zugszinssatz nur 2,5 % über dem Basiszinssatz. Die §§ 499, 500 und 502 BGB sind nicht anzuwenden.

Sofern die grundpfandrechtliche Sicherung nur gewählt wurde, um dem Darlehensgeber durch die Sonderregelungen des § 503 BGB, insbesondere im Hinblick auf die geringeren Anforderungen an die vertraglichen Informationen, einen Vorteil zu verschaffen, so handelt es sich um ein unzulässiges Umgehungsgeschäft (§ 511 S. 2 BGB).<sup>251</sup> Anhaltspunkt dafür kann eine im Verhältnis zum Darlehen geringe Werthaltigkeit der Immobilie sein,<sup>252</sup> so z. B. wenn der Grundschuldbetrag weniger als 30 % des Kreditbetrags ausmacht.<sup>253</sup>

## II. Entgeltlicher Zahlungsaufschub

### 1. Anwendungsbereich

Auf Verträge, die einen entgeltlichen Zahlungsaufschub beinhalten, ohne Teilzahlungsgeschäfte im Sinne des § 506 Abs. 3 BGB zu sein, finden die §§ 491 a bis 502 (sowie die §§ 358 bis 359 a BGB<sup>254</sup>) mit Ausnahme der Formvorschrift für Vollmachten gemäß § 492 Abs. 4 BGB uneingeschränkte Anwendung. Hinsichtlich der vertraglichen Pflichtangaben stellt Art. 247 § 12 EGBGB gesonderte Anforderungen zu § 6. Nach § 12 Abs. 2 ist der Gegenstand, also das zu erwerbende Wirtschaftsgut, Sache, Werkleistung, Kaufobjekt etc., sowie der Barzahlungspreis anzugeben. Der Barzahlungspreis tritt gemäß § 506 Abs. 4 S. 2 BGB an die Stelle des Nettdarlehensbetrags. Barzahlungspreis ist der Preis, den der Käufer zu entrichten hätte, wenn bei Übergabe der Preis in voller Höhe fällig wäre.<sup>255</sup>

Hinsichtlich der erforderlichen Widerrufsbelehrung kann das Muster gemäß Anlage 6 zu Art. 247 § 6 und 12 EGBGB verwendet werden, dessen inhaltliche Richtigkeit gesetzlich fingiert wird. Allerdings sind die Informationen im Einzelfall dem vorliegenden Vertragstyp anzupassen (Art. 247 § 12 Abs. 3 Nr. 5) EGBGB.

Während § 18 Abs. 2 KWG eine Verpflichtung zur Prüfung des Kreditwürdigkeit durch Kreditinstitute vorsieht (mit der Folge, dass Darlehensgeber, die nicht dem

243 BGH DNotZ 2005, 208, 210; BGH DNotZ 2006, 759, 761; BGH NJW-RR 2008, 643, 644.

244 MünchKomm/Schürnbrand, § 503 Rn. 7.

245 MünchKomm/Schürnbrand, § 503 Rn. 8, Staudinger/Kessal-Wulf, § 492 Rn. 68; Bamberger/Roth/Möller, § 503 Rn. 6.

246 BGH WM 2002, 588; Bruchner, WM 1999, 825, 827; Bülow/Artz/Bülow, § 503 Rn. 7.

247 BGH NJW 2007, 357; BGH NJW 2006, 195; Bülow/Artz/Bülow, § 503 Rn. 11.

248 MünchKomm/Schürnbrand, § 503 Rn. 10; Staudinger/Kessal-Wulf, § 492 Rn. 71; Bruchner, Der Immobiliarkredit im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrg, FS Schimansky, 1999, S. 263, 269 f.

249 MünchKomm/Schürnbrand, § 503 Rn. 10; Staudinger/Kessal-Wulf, § 492 Rn. 71; Bülow/Artz/Bülow, § 503 Rn. 13.

250 Siehe dazu unten Ziffer E II.

251 BGH WM 2003, 916; Schimansky/Bunte/Lwowski/Jungmann, § 81 Rn. 54; Staudinger/Kessal-Wulf, § 492 Rn. 70; MünchKomm/Schürnbrand, § 503 Rn. 8.

252 Bülow/Artz/Bülow, § 503 Rn. 7; MünchKomm/Schürnbrand, § 503 Rn. 8.

253 Merz/Rösler, ZIP 2011, 2381, 2382.

254 Dieser Verweis hat jedoch kaum denkbare Anwendungsbereiche, da es bei hier im Regelfall keine zwei separaten Verträge gibt, vgl. Bülow/Artz/Bülow, § 506 Rn. 87 ff.

255 Palandt/Weidenkaff, § 507 Rn. 9; Bülow/Artz/Bülow, § 506 Rn. 105.

KWG unterfallen, hieran nicht gebunden sind), enthält für entgeltliche Finanzierungshilfen § 509 BGB eine Pflicht des Unternehmers zur Bewertung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers. In notariellen Verträgen über entgeltliche Finanzierungshilfen ohne Bankbeteiligung empfiehlt es sich, als Warnhinweis für den Unternehmer einen entsprechenden Hinweis aufzunehmen, insbesondere da es umstritten ist, ob eine Verletzung der Pflicht einen Schadensersatzanspruch des Verbrauchers auslösen kann.<sup>256</sup>

## 2. Einschlägigkeit von Sonderregelungen

Die Sonderregelungen in § 506 Abs. 3 iVm. §§ 507, 508 BGB über Teilzahlungsgeschäfte sind bei einem Ratenzahlungskauf über ein Grundstück nicht anwendbar, da diese Vorschrift nur bewegliche Sachen erfasst. Die für Teilzahlungsgeschäfte erforderliche „Lieferung“ der Sache ist bei Immobilien naturgemäß ausgeschlossen.<sup>257</sup>

Auch die Sonderregelungen für Immobiliendarlehen sind für Immobilienkaufverträge mit entgeltlichem Zahlungsaufschub nicht einschlägig, auch wenn zur Absicherung des Verkäufers ein Grundpfandrecht bestellt wird. Auf § 503 BGB wird in § 506 Abs. 1 BGB explizit nicht verwiesen, wobei wirtschaftlich und nach Sinn und Zweck eine Vergleichbarkeit nahe liegt.<sup>258</sup> Die Begründung des Gesetzesentwurfs, wonach für § 503 BGB im Rahmen des § 506 Abs. 1 BGB kein praktischer Anwendungsbereich gegeben sei<sup>259</sup>, muss in Anbetracht der Möglichkeit des Immobilienratenzahlungskaufs als unzutreffend zurückgewiesen werden. Jedoch hat der Gesetzgeber § 503 BGB ganz bewusst vom Verweisungsbereich des § 506 Abs. 1 BGB ausgeklammert hat.<sup>260</sup> Dies geschah zwar aus inhaltlich unzutreffenden Erwägungen, jedoch bewegt sich der Rechtsanwender an der Grenze zur unzulässigen Rechtsfortbildung, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers gänzlich übergegangen werden. Eine unbewusste Lücke als Grundlage für eine Analogie liegt jedenfalls nicht vor.

## E. Vorvertragliche Informationspflichten

### I. Reguläre Verbraucherdarlehen / Sonstige Finanzierungshilfen

Der Darlehensgeber ist verpflichtet, dem Darlehensnehmer die in Art. 247 §§ 3 f. EGBGB bezeichneten Informationen vorab zur Verfügung zu stellen. Zur Unterichtung des Verbrauchers bei einem regulären Verbraucherdarlehensvertrag ist gemäß Art. 247 § 2 Abs. 1 EGBGB das Muster gemäß Anlage 3 zu Art. 247 § 2 EGBGB zu verwenden, mit der Folge, dass dann die Pflicht als erfüllt gilt. Für sonstige Finanzierungshilfen iVm. § 506 Abs. 1 BGB gelten keine Besonderheiten. Ergänzend zu den unter lit. C. oben dargestellten Angaben, die auch im Vertragstext selbst vorzunehmen sind, sind hier zudem Angaben darüber zu machen, dass der Verbraucher den Entwurf eines Darlehensvertrags verlangen darf (Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 15 EGBGB iVm. § 491 a Abs. 2 BGB), sowie einen Hinweis auf die sich aus § 29 Abs. 7 BDSG ergebenden Rechte (Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 16 EGBGB). Hinsichtlich des In-

halts des der Informationen kann auf das Muster verwiesen werden.

Um dem Verbraucher die Bedeutung und den Inhalt der Pflichtangaben des Gesamtbetrags und des effektiven Jahreszinsen zu verdeutlichen und ihm zu ermöglichen, die ihn treffenden Kosten realistisch einzuschätzen, hat der Darlehensgeber gemäß Art. 247 § 3 Abs. 3 EGBGB diese Posten anhand eines repräsentativen Beispiels anhand der in Abs. 3 enthaltenen Maßgaben zu erläutern. Bei der Erstellung des Beispiels soll der Darlehensgeber die ihm bekannten Finanzierungswünsche des Verbrauchers einfließen lassen.<sup>261</sup>

Art. 247 § 4 EGBGB enthält weitere, notwendige in den vorvertraglichen Informationen zu treffende Angaben, insbesondere gemäß Abs. 1 Nr. 1 die Pflicht, einen Hinweis aufzunehmen, dass der Darlehensnehmer infolge eines Hinweises Notarkosten zu tragen hat. Die Höhe der Notarkosten muss nicht angegeben werden.<sup>262</sup>

Die Verpflichtung zur Überlassung der vorvertraglichen Informationen besteht unabhängig von einem Verlangen des Verbrauchers;<sup>263</sup> die Verpflichtung wird auch nicht durch die Übersendung des Vertragsentwurfs nach Abs. 2 erfüllt.<sup>264</sup> Zeitlich ist die Information so zu übermitteln, dass der Verbraucher die Möglichkeit hat, in Ruhe Kenntnis von den Informationen nehmen kann.<sup>265</sup> Sofern der Darlehensvertrag beurkundet wird, hat der Notar hinsichtlich der Gestaltung des Verfahrens § 17 Abs. 2 a BeurkG zu berücksichtigen. Jedoch wird man hier nicht davon ausgehen müssen, dass neben dem Vertragsentwurf auch die vorvertraglichen Informationen unter Einhaltung der 2-Wochen-Frist dem Verbraucher zugehen müssen.

Sofern der Notar vom Darlehensgeber beauftragt wird, für diesen die vorvertraglichen Informationen aufgrund der ihm zur Verfügung gestellten Angaben im Rahmen des gesetzlichen Musters zu erstellen, wird er dafür eine Nebengebühr nach § 147 Abs. 2 KostO abrechnen dürfen. Sofern der Notar nur die Inhalte der vertraglichen Regelungen zur Verfügung stellt, ist dies wohl als gebührenfreies Nebengeschäft anzusehen.

### II. Immobiliardarlehen

Bei Immobiliardarlehen ist gemäß Art. 247 § 9 EGBGB die Verwendung des Musters für Standardinforma-

256 Dafür: Schürnbrand, Tagungsband Bankrechtstag 2009, S. 173, 181; Nomos Kommentar/Krämer/Müller, 2. Aufl. 2012, § 509 Rn. 2; Bülow/Artz/Artz, § 509 Rn. 4; Derleder, NJW 2009, 3195, 3199 f.; zutreffend dagegen: PWW/Kessal-Wolf, § 509 Rn. 1; Palandt/Weidenkaff, § 509 Rn. 1.

257 Hügel/Salzig/Salzig, Teil C. Rn. 87; Staudinger/Kessal-Wulf, § 499 Rn. 30; Bülow/Artz/Bülow, § 506 Rn. 59, Gutachten, DNotl-Report 2011, 122, 123; Krauß, Rn. 19; a. A.: zur alten Rechtslage: Biermann-Ratjen, DNotZ 2007, 788, 792.

258 Hierzu: Gutachten, DNotl-Report 2011, 122, 124.

259 RegBegr., BT-Drucks. 16/11643, S. 91.

260 Hügel/Salzig/Salzig, Teil C. Rn. 91; MünchKomm/Schürnbrand, § 506 Rn. 20; Krauß, Rn. 19.

261 Bülow/Artz/Artz, § 491 a Rn. 38.

262 RegBegr., BT-Drs. 16/11643 S. 126.

263 Nomos Kommentar/Krämer/Müller, § 491 a Rn. 4; Palandt/Weidenkaff, § 491 a Rn. 2.

264 MünchKomm/Schürnbrand, § 491 a Rn. 4.

265 Schimansky/Bunte/Lwowski/Münscher, § 81 Rn. 110; Bülow/Artz/Artz, § 491 a Rn. 32.

tionen<sup>266</sup> nicht verpflichtend, vielmehr kann der Darlehensgeber seine Pflichten auch ohne Verwendung des Musters, jedoch zwingend in Textform, erfüllen. Dann muss jedoch eine gleichartige Gestaltung und Hervorhebung der zu erteilenden Information erfolgen, was zumindest in der Bankpraxis dazuführt, dass das Muster regelmäßig verwendet wird.<sup>267</sup>

Insbesondere ist ein Hinweis darüber erforderlich, dass der Darlehensgeber Forderungen aus dem Darlehensvertrag abtreten und das Vertragsverhältnis auf einen Dritten übertragen darf, soweit nicht die Abtretung im Vertrag ausgeschlossen wird oder der Darlehensnehmer der Übertragung zustimmen muss. Der Hinweis auf die Abtretbarkeit hat sich umfassend auf alle Forderungen aus dem Darlehensvertrag zu beziehen, in denen der Darlehensgeber das Darlehen übertragen darf und umfasst auch mögliche Abtretungen, die nur unter bestimmten Umständen (z. B. Verzug) erfolgen. Die Möglichkeit, dass im Wege der Gesamtrechtsnachfolge oder mit Zustimmung des Verbrauchers bei einer Vertragsübernahme der Vertragspartner des Darlehensgebers wechseln kann, muss nicht erörtert werden.<sup>268</sup>

### III. Entwurf

Der Verbraucher hat nach § 491 a Abs. 2 BGB unabhängig von den vorvertraglichen Informationspflichten einen Anspruch auf Überlassung eines Entwurfs des Vertrags vor Vertragsschluss. Der Vertragsentwurf soll die Bedingungen enthalten, zu denen der Darlehensgeber bereits ist, den Vertrag abzuschließen, wobei die Wünsche des Darlehensnehmers mit aufzunehmen sind.<sup>269</sup> Der Darlehensgeber darf vom Verbraucher keine Kosten für die Erstellung des Entwurfs verlangen.<sup>270</sup> Es soll verhindert werden, dass Banken für die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung ein Entgelt verlangen. Nicht durch diese Vorschrift beeinträchtigt ist der Anspruch des Notars auf seine Entwurfsgebühr gemäß § 145 KostO nach den dort bestimmten Voraussetzungen, wenn der Darlehensvertrag beurkundet werden soll. Weder in der Richtlinie, der Regierungsbegründung noch in der sonstigen Literatur finden sich Aussagen dazu, dass gesetzliche Ansprüche durch diese Vorschrift ausgeschlossen werden.

### IV. Erläuterungen

Der Darlehensgeber ist verpflichtet, dem Darlehensnehmer gemäß § 491 a Abs. 3 BGB vor Abschluss des Vertrages angemessene Erläuterungen zu geben, damit der Darlehensnehmer überprüfen kann, ob der Vertrag dem verfolgten Zweck und seinen Vermögensverhältnissen gerecht wird. Der genaue Inhalt und Umfang der Erläuterungspflichten ist bislang nicht abschließend geklärt und auch aus den Gesetzesmaterialien schwer erkennbar.<sup>271</sup> Sofern der Verbraucher keine Fragen hat, muss der Darlehensgeber ihm zumindest keine Beratung aufzwingen, die Beratung soll aber der Regelfall sein.<sup>272</sup> Die Erläuterung kann (auf Wunsch des Darlehensgebers) auch durch den Notar erfüllt werden, insbesondere im Rahmen einer Besprechung des Entwurfs im Vorfeld vor Vertragsabschluss. Sofern die Erläuterung durch den Notar erfolgt, empfiehlt es sich, eine

entsprechende Bestätigung des Verbrauchers über die erfolgte Beratung in die Urkunde aufzunehmen.

### V. Rechtsfolgen bei Verstößen

Ein Verstoß gegen eine Verpflichtung aus § 491 a Abs. 1 BGB hat keine unmittelbare Auswirkung auf den Vertrag, anders als bei den in § 494 BGB aufgeführten Formmängeln. Der Darlehensnehmer kann unter Umständen jedoch einen Anspruch aus culpa in contrahendo gemäß §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB haben.<sup>273</sup>

### F. Fazit

Aufgrund der Neufassung der Verbraucherkreditvorschriften unterfallen auch beurkundete Rechtsgeschäfte vollumfänglich dem Anwendungsbereich der Verbraucherkreditvorschriften. Aufgrund der ohnehin verbraucherschützenden Funktion der notariellen Beurkundung wäre dies zum Schutz der Verbraucher nicht notwendig gewesen. Insbesondere im Zusammenhang mit einem entgeltlichen Zahlungsaufschub zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher bei Immobilienkaufverträgen ergeben sich hierdurch für den Praktiker vielfältige Probleme. Ein Mehrwert für den Verbraucher ergibt sich daraus in den Fällen, in denen ohnehin eine Beurkundung erforderlich ist, nicht.

Aufgrund der einschneidenden Rechtsfolge der Nichtigkeit des Vertrages im Fall der Nichteinhaltung der gesetzlichen Pflichtangaben und dem Risiko eines zeitlich unbefristeten Widerrufsrechts selbst nach Heilung des nichtigen Vertrags sollte der Notar besonders vorsichtig sein, wenn die Anwendung der Verbraucherkreditvorschriften in Betracht kommt. Insbesondere bei Zahlungsaufschüben in Immobilienkaufverträgen bestehen rechtliche Risiken, da hier von der h. M. die Entgeltlichkeit des vom Unternehmer gewährten Zahlungsaufschubs gegenüber dem Verbraucher (widerleglich) vermutet wird. Voraussetzung ist jedoch stets, dass abweichend vom dispositiven Gesetzesrecht eine Vorleistung des Verkäufers vorliegt.

Es bleibt zu hoffen, dass die Bereichsausnahme für notariell beurkundete Verträge, zumindest für notarielle Urkunden im Zusammenhang mit Grundstückskaufverträgen, im Rahmen der derzeit verhandelten Richtlinie für Wohnimmobilienkreditverträge wieder eingeführt wird.

266 Anlage 5 zu Art. 247 § 2 EGBGB.

267 Merz/Rösler, ZIP 2011, 2381, 2383.

268 Bericht des Finanzausschusses, BT-Drs. 16/11643 S. 15; einschränkend für Maßnahmen nach dem UmwG: MünchKomm/Schürnbrand, § 503 Rn. 15.

269 Bülow/Artz/Artz, § 491 a Rn. 45.

270 RegBegr., BT-Drs. 16/11643 S. 78.

271 Vgl. Metz, NJW 2012, 1990 ff.; Hoffmann, BKR 2010, 232.

272 Hoffmann, BKR 2010, 232, 234.

273 Allg. Auffassung, vgl.: Nomos Kommentar/Krämer/Müller, § 491 a Rn. 21, Palandt/Weidenkaff, § 491 a Rn. 5; Erman/Saenger, § 491 a Rn. 54.

## Der Gesellschaftsanteil als Mittel der Kreditsicherung – Fragen für die notarielle Praxis

von Notar Dr. Marc Hermanns, Köln

### I. Einleitung

Nicht wenige gesellschaftsrechtliche Transaktionen werden vom Erwerber des Unternehmens mit Fremdmitteln finanziert. Gerade bei Unternehmenserwerben durch Finanzinvestoren spielt die eingesetzte Quote des Fremdkapitals im Verhältnis zum Eigenkapital eine entscheidende Rolle im Rahmen des Rentabilitätsplans. Die die Fremdmittel gewährenden Kreditgeber verlangen hierfür regelmäßig Sicherheiten, die vom Unternehmenserwerber häufig vor allem durch eine Verpfändung der erworbenen Gesellschaftsanteile angeboten und gewährt werden können. Bei der in der Praxis wohl häufigsten Form von Unternehmenstransaktionen – nämlich der Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen – ist der Notar sowohl in die Transaktion selbst als auch in die spätere Sicherung eingebunden, da sowohl die Veräußerung der GmbH-Geschäftsanteile als auch deren Verpfändung beurkundungsbedürftig sind. Die Rolle des Notars ist hier mitunter schwierig: Einerseits werden ihm die dem Standard der jeweiligen Bank entsprechenden und von den beteiligten Anwaltskanzleien vorbereiteten Entwürfe der Verpfändungsurkunden zum Teil sehr kurzfristig vor der Beurkundung im Entwurf übermittelt, so dass inhaltliche Vorschläge häufig weder aufgrund des Zeitplans umsetzbar sind noch von den beteiligten Beratern willkommen geheißen werden. Andererseits vertrauen die Beteiligten zu Recht darauf, dass ihnen durch die Einschaltung des Notars ein höheres Maß an Rechtsicherheit gewährt wird und das angestrebte Sicherungsmittel in Form eines Pfandrechts tatsächlich auch entsteht. Diese Erwartung der Beteiligten definiert und umschreibt zugleich den Pflichtenkanon, dem der Notar zu genügen hat: Der Notar ist selbstverständlich verantwortlich dafür, dass das in der Urkunde angelegte Sicherungsmittel wirksam entsteht und alle hierfür erforderlichen Erklärungen rechtswirksam abgegeben werden. Demgegenüber liegt es im Verantwortungsbereich der Beteiligten, insbesondere des Sicherungsnehmers, im Rahmen derartiger Transaktionen dafür Sorge zu tragen, dass die Verpfändungsurkunde auch inhaltlich so ausgestaltet ist, dass der Sicherungsnehmer seine Rechte vor und nach Pfandreife umsetzen und sachgerecht wahrnehmen kann. Im Wesentlichen wird der Notar hiernach drei Fragenkreisen sein besonderes Augenmerk zuzuwenden haben: Er wird zum einen dafür Sorge zu tragen haben, dass die beurkundungsrechtlichen Erfordernisse für die wirksame Entstehung des Pfandrechts eingehalten werden. Der Notar wird zweitens verschiedene grundsätzliche gesellschaftsrechtliche Vorgaben, die der Wirksamkeit der Pfandrechtsentstehung und -verwertung entgegenstehen können, im Auge behalten müssen. Schließlich werden dem Notar nicht selten Vollzugsaufgaben überantwortet, deren sorgsame und sachgerechte Wahrnehmung entscheidend für die Rechte des Sicherungsnehmers sind.

### II. Beurkundungsrechtliche Fragen der Pfandrechtsbestellung

In formal-beurkundungsrechtlicher Hinsicht werden an den Notar meistens zwei Fragenkreise herangetragen: Zum einen stellen sich in der Praxis sehr häufig Fragen im Zusammenhang mit Vollmachten, auf deren Grundlage beurkundet werden soll. Zum anderen zeigt sich nicht selten eine große Unsicherheit im Hinblick auf den Umfang des Beurkundungserfordernisses. Gerade in diesen Bereichen vertrauen die Beteiligten und deren Berater zu Recht auf die Erfahrung und Sachkunde des Notars und erwarten einerseits praxisgerechte und andererseits jegliche Rechtsunsicherheit vermeidende Antworten.

1. Wenn – wie in der Praxis zumeist – für die Beteiligten bevollmächtigte Vertreter auftreten sollen, muss der Notar zunächst überprüfen, ob die vorgelegten Vollmachten *inhaltlich* das angestrebte Rechtsgeschäft decken. Da Verpfänder und Pfandnehmer (selbstverständlich) keine gleichgerichteten Erklärungen abgeben, muss ferner entweder für jeden Vertragsbeteiligten ein eigener Bevollmächtigter auftreten oder eine wirksame Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB vorliegen. Keine Bedenken bestehen dagegen, wenn bei Beteiligung mehrerer Pfandnehmer diese (auch ohne eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB) durch einen Bevollmächtigten vertreten werden, da die Pfandnehmer in der Verpfändungsurkunde untereinander keine in einem potentiellen Interessenkonflikt stehenden Erklärungen abgeben, sondern lediglich gleichgerichtete Interessen verfolgen. Es spricht daher nichts dagegen, wenn ein auf Pfandnehmerseite vertretenes Bankenkonsortium durch nur einen Bevollmächtigten im Rahmen der Beurkundungsverhandlung vertreten wird.

In *formeller* Hinsicht gilt § 167 Abs. 2 BGB: Die Vollmacht bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Dies bedeutet, dass eine Vollmacht, deren Inhalt alleine darin besteht, den Bevollmächtigten zu berechtigen, einen Geschäftsanteil zu verpfänden, materiell-rechtlich formfrei erteilt werden kann, also die Vollmachterteilung insbesondere weder notarieller Beglaubigung noch notarieller Beurkundung bedarf.<sup>1</sup> Aufgrund der erforderlichen Rechtssicherheit für die Urkundsbeteiligten wird der Notar jedoch üblicherweise jedenfalls eine schriftliche Vollmacht erbitten, obwohl dies materiell-rechtlich nicht erforderlich ist. Ferner ist vom Notar die Wirksamkeit der Vollmachterteilung zu überprüfen. Dies bedeutet, dass der Notar sich Gewissheit darüber verschaffen muss, ob die die Vollmacht

<sup>1</sup> BGHZ 13, 51; 19, 72; 75, 353; Hermanns in Eckhardt/Hermanns, Rn 860 (alle zur gleich gelagerten Frage der Vollmachtsform bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen).

unterzeichnenden Personen für den Vollmachtgeber vertretungsberechtigt sind. Nur bei wirksam erteilter Vollmacht ist nämlich das vom Notar beurkundete Rechtsgeschäft materiell-rechtlich seinerseits wirksam. Der Notar wird sich also die Vertretungsberechtigung der die Vollmacht unterzeichnenden Personen entweder durch Handelsregisterauszüge oder Notarbescheinigung nachweisen lassen, sofern er die Vertretungsberechtigung aufgrund eigener Registereinsicht nicht bescheinigen kann. Kann der Notar sich keine Gewissheit über die Vertretungsberechtigung der die Vollmacht unterzeichnenden Personen verschaffen, wird er die Urkundsbevollmächtigten auf diesen Umstand hinweisen.

Gelingt es den Beteiligten – wie vielfach – aus Zeitgründen tatsächlich nicht, eine ihnen vorliegende Vollmacht zum Beurkundungszeitpunkt in Urschrift vorzulegen, sondern liegt im Termin nur eine (Fax)-Kopie oder eine PDF-Kopie der Vollmacht vor und versprechen die Beteiligten deren Urschrift nachzureichen, kann auf dieser Grundlage beurkundet werden. Durch die Vorlage der Ablichtung steht nämlich – von dem in der Praxis nicht eben häufig vorkommenden Fall der Fälschung der Vollmacht abgesehen – fest, dass die Vollmacht existiert und erteilt wurde. In Ermangelung der urschriftlichen Vorlage der Vollmacht kann sich der Vertragspartner des Vollmachtgebers lediglich nicht auf die Gutgläubenvorschrift des § 172 BGB verlassen, die praktische Relevanz jedoch nur hat, wenn die Vollmacht im Zeitpunkt ihres Gebrauchs bereits widerrufen war. Dieser Fall spielt – soweit ersichtlich – in der Praxis der Beurkundung von Anteilsverpfändungen insbesondere auch deswegen keine Rolle, weil alle Beteiligten (bzw. deren anwaltliche Berater) dem Notar kurz vor der Beurkundung nochmals eine Freigabe der abgestimmten Entwürfe erteilen und damit auch bestätigen, dass die dem Notar vorliegenden Vollmachten nach wie vor benutzt werden können.

2. Die Reichweite des Beurkundungserfordernisses. Für die Bestellung des Pfandrechts an einem Recht bestimmt § 1274 Abs. 1 BGB, dass diese nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften zu erfolgen hat. Die (dingliche) Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils ist geregelt in § 15 Abs. 3 GmbHG und dort der notariellen Form, das heißt der notariellen Beurkundung, unterworfen. Die ganz überwiegende Ansicht in der Rechtsprechung<sup>2</sup> und Literatur<sup>3</sup> versteht diese Normenkette dahin, dass der Formzwang den dinglichen Verpfändungsvertrag erfasst, die Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandrechts indes formfrei möglich ist. Die Gegenansicht<sup>4</sup> verweist darauf, dass das Erfordernis der Form gerade auch eine Warnfunktion besitze und dieser Schutzzweck sowie der Umstand, dass die Verpfändung selbst wie eine bedingte Abtretung zu behandeln sei, es geboten, die Verpflichtung zur Verpfändung derselben Form wie die Verpflichtung zur Abtretung zu unterwerfen. Das Argument, die Verpflichtung zur Verpfändung eines Geschäftsanteils dem Formgebot des § 15 Abs. 4 GmbHG zu unterwerfen, überzeugt jedenfalls nach Inkrafttreten

des MoMiG nicht mehr, da sich der Schutzzweck der notariellen Beurkundung nach Inkrafttreten des MoMiG (1. November 2008) gewandelt hat und ausweislich der Begründung des Gesetzgebers nunmehr vorrangig in der Sicherung einer Transparenz in der Anteilseignerstruktur und der materiellen Richtigkeit der Gesellschafterliste liegt.<sup>5</sup> Da die Anteilseignerstruktur (und damit die Gesellschafterliste) durch eine Verpfändung nicht geändert werden, spricht auch dieser geänderte Schutzzweck gegen eine Beurkundungsbedürftigkeit des schuldrechtlichen Verpfändungsvertrages. Der dingliche Pfandrechtsbestellungsakt berührt die genannten Schutzzwecke demgegenüber durchaus: Nach der erfolgten Anzeige der Verpfändung an die Gesellschaft (vgl. dazu unten Abschnitt IV) muss deren Geschäftsführer die ihm angezeigte Verpfändung mit der ihm vorliegenden aktuellen Gesellschafterliste vergleichen, um zu prüfen, ob er die ihm angezeigte Verpfändung des Mitgliedsrechts und ggf. weiterer Ansprüche zu beachten hat. Nicht unberücksichtigt bleiben darf auch der Umstand, dass die Annahme einer Beurkundungsbedürftigkeit für das Verpflichtungsgeschäft erhebliche praktische Auswirkungen hätte und zur Unwirksamkeit einer Vielzahl von Darlehens- und Kreditverträgen im Rahmen von Unternehmenstransaktionen führen dürfte, da diese Verträge regelmäßig privatschriftlich geschlossen werden, obwohl sie eine Verpflichtung zur Bestellung von Pfandrechten an Geschäftsanteilen enthalten. Letztlich ausschlaggebend bleibt indes, dass das für eine Beurkundungsbedürftigkeit angeführte Schutzzweckargument – sollte es je valide gewesen sein – nach Inkrafttreten des MoMiG jedenfalls deutlich an Überzeugungskraft eingebüßt hat. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Begründung einer Verpflichtung, ein Pfandrecht an einem GmbH-Geschäftsanteil zu bestellen, nicht formbedürftig ist.

Steht damit fest, dass das Formgebot (ausschließlich) den dinglichen Verpfändungsvertrag erfasst, stellt sich die Folgefrage, was genau zum (beurkundungsbedürftigen) dinglichen Inhalt des Verpfändungsvertrages in diesem Sinne zu zählen ist. Hier ist zu unterscheiden:

- a) Zweifelsfrei zählen zum dinglichen Inhalt des Verpfändungsvertrages all die Erklärungen, deren Abgabe für die dingliche Entstehung des Pfandrechts notwendig ist. Dies ist die (dingliche) Einigung der Beteiligten, ein Recht zur Sicherung einer Forderung mit einem Befriedigungsrecht zu belasten, eben ein Pfandrecht zu bestellen.<sup>6</sup> Im Einzelnen bedeutet dies, dass dem Formgebot die eindeutige Bezeichnung des belasteten Geschäftsanteils und die Bezeichnung der gesicherten Forderung – nicht jedoch der der Forde-

2 RGZ 58, 223, 224.

3 Baumbach/Hueck/Fastrich, § 15 GmbHG Rn 49; Hermanns in Eckhardt/Hermanns, 2. Kapitel, Rn 1067 f; Kallrath in Hauschild/Kallrath/Wachter, § 13 Rn 657; Scholz/Winter/Seibt, § 15 GmbHG Rn 176; Staudinger/Wiegand, § 1274 Rn 55.

4 MünchKomm/Damrau, § 1274 BGB Rn 58.

5 Hermanns in Eckhardt/Hermanns, 2. Kapitel, Rn 894.

6 Staudinger/Wiegand, § 1274 BGB Rn 3.

rung zugrunde liegende Vertrag – beurkundet sein müssen.<sup>7</sup> Jeder dieser Punkte gehört zum wesentlichen Inhalt des Verpfändungsvertrages und muss in den Fällen, in denen dieser Vertrag formbedürftig ist, in der jeweils erforderlichen Form festgehalten werden.<sup>8</sup>

- b) Fraglich ist, ob der Formzwang darüber hinaus den gesamten dinglichen Verpfändungsvertrag einschließlich etwaiger Nebenabreden, wie beispielsweise hinsichtlich der Verwertung des Pfandrechts oder hinsichtlich des Erlöschens des Pfandrechts erfasst.<sup>9</sup> Wenn die Beteiligten des Verpfändungsvertrages etwa nach § 1245 BGB abweichende Vereinbarungen von den §§ 1234 bis 1240 BGB treffen, verändern sie den *dinglichen Inhalt* des Pfandrechts.<sup>10</sup> Auch ein Rechtsnachfolger des Verpfänders oder des Pfandgläubigers ist an derartige Abreden gebunden, auch wenn er sie nicht ausdrücklich übernommen hat und auch dann, wenn er beim Erwerb seiner Rechtsposition von diesen Abreden keine Kenntnis hatte.<sup>11</sup> Da § 1273 BGB in Verbindung mit § 15 Abs. 3 GmbHG die (dingliche) Bestellung des Pfandrechts an einem Geschäftsanteil formbedürftig stellt, spricht vieles dafür, dass auch die *dingliche* Ausgestaltung des Pfandrechts dieser Form genügen muss, da derartige Abreden eben zum Inhalt des dinglichen Bestellungsaktes gehören.<sup>12</sup> Demgegenüber unterliegen nur schuldrechtlich wirkende Vereinbarungen nicht der Beurkundungspflicht.<sup>13</sup> Es kommt daher jeweils im Einzelfall darauf an und ist zu ermitteln, ob die in Rede stehende Abrede das Pfandrecht in seinem dinglichen Inhalt ausgestaltet oder nur inter partes wirkt.
- c) Wurde damit die Reichweite des Beurkundungserfordernisses dahin bestimmt, dass der gesamte Verpfändungsvertrag, soweit er die dingliche Bestellung und Ausgestaltung des Pfandrechtes betrifft, beurkundet werden muss, stellt sich die Folgefrage, wie diesem Beurkundungserfordernis in der Praxis genügt werden kann. Diese Frage stellt sich mit besonderer Schärfe dann, wenn im dinglichen – und damit beurkundungspflichtigen – Teil der Pfandrechtsbestellungsurkunde auf Dokumente und Umstände verwiesen wird, die außerhalb dieser Urkunde selbst liegen. Ganz typisch ist etwa eine Bezugnahme auf den zugrunde liegenden Kreditvertrag, zum Beispiel mit folgendem Wortlaut:

*Soweit in dieser Urkunde nichts anderes bestimmt ist, haben die hier verwendeten Begriffe die gleiche Bedeutung wie im Kreditvertrag vom 1. Juli 2012 definiert.*

Auch andere Bezugnahmen auf den Kreditvertrag sind denkbar und praktisch möglich. Die aus Sicht des Notars hier möglicherweise nahe liegende Lösung, den Definitionsteil in die Verpfändungsurkunde zu übernehmen und die Bezugnahme dadurch überflüssig zu machen, kann nicht immer umgesetzt werden, da dies einen Eingriff in die Verpfändungsdokumentation er-

forderte, die den Beteiligten, zum Teil ausländische Banken, nicht einfach zu vermitteln ist. Es bleibt daher bei der Rechtsfrage, ob eine derartige Bezugnahme dazu führt, dass der Kreditvertrag – ggf. als Anlage zum Verpfändungsvertrag oder in einer Bezugsurkunde – mit beurkundet werden muss. Allgemeiner gestellt lautet die Rechtsfrage dahin, ob die Beteiligten eines beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts übereinstimmend angenommene tatsächliche Umstände oder ein übereinstimmendes Verständnis von Begriffen *voraussetzen* dürfen und dieses übereinstimmende Verständnis nicht nochmals in der Urkunde niederlegen müssen. Grundsätzlich sind auch formbedürftige Rechtsgeschäfte nach den allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB auszulegen.<sup>14</sup> Auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände und Tatsachen können in diesem Zusammenhang zur Auslegung herangezogen werden, es sei denn die außerhalb der Urkunde liegenden Umstände widersprechen dem Inhalt der Urkunde oder der Abstraktionsgrad der beurkundeten Formulierung ist so hoch, dass sich das tatsächlich Vereinbarte in der Urkunde auch nicht andeutungsweise wieder findet.<sup>15</sup> Auf den oben beschriebenen Fall angewendet bedeutet dies, dass die Beteiligten des beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts durchaus auf ein gemeinsames Begriffsverständnis – welches auch in einem anderen Schriftstück dokumentiert sein kann – verweisen können, ohne dass dieses andere Schriftstück erneut vollständig mit beurkundet werden muss. Hier von abzugrenzen und zu unterscheiden sind solche Erklärungen, die sich nicht auf die Beschreibung eines gemeinsamen Verständnisses beschränken, sondern eigene Rechtsfolgen setzen sollen. Solche Erklärungen müssen selbstverständlich beurkundet werden und damit Teil des beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts sein.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung ergibt sich auch – in anderem Zusammenhang – aus dem folgenden Beispiel:

*Die Beteiligten eines Bauträgerkaufvertrages verweisen zur Definition der Pflichten des Bauträgers in einem bestimmten Bereich auf eine DIN-Norm, etwa auf DIN 277.*

7 Hermanns in Eckhardt/Hermanns, 2. Kapitel Rn 1067f; Kallrath in Hauschild/Kallrath/Wachter, § 13 Rn 658.

8 Staudinger/Wiegand, § 1274 BGB Rn 3.

9 So GroßKomm GmbHG/Winter/Löbbe, § 15 GmbHG Rn 154; Scholz/Winter/Seibt, § 15 GmbHG Rn 174.

10 MünchKomm/Damrau, § 1245 BGB Rn 2; Staudinger/Wiegand, § 1245 BGB Rn 6.

11 MünchKomm/Damrau, § 1245 BGB Rn 2.

12 Hermanns in Eckhardt/Hermanns, 2. Kapitel, Rn 1067f, 1068; Kallrath in Hauseid/Kallrath/Wachter, § 13 Rn 659, 660.

13 Hauseid in Hauseid/Kallrath/Wachter, § 13 Rn 660; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 15 GmbHG Rn 31.

14 BGH, NJW 1996, 2792f; Hauseid/Zimmermann, FS Brambring, 113, 124.

15 BGH, NJW 1996, 2792f; zum Ganzen auch grundsätzlich Hauseid/Zimmermann, FS Brambring, 113, 124 ff.

Wäre es den Beteiligten beurkundungsrechtlich verwehrt, den Inhalt der genannten DIN-Norm als ihr gemeinsames Verständnis vorauszusetzen, müsste diese DIN-Norm mit beurkundet werden. Gleicher gälte, wenn etwa in einem Unternehmenskaufvertrag garantiert wird, dass die Immisionen des betroffenen Unternehmens mit der TA-Luft in der aktuellen Fassung vereinbar sind. Die genannten Normenkomplexe haben keine Gesetzeskraft und wirken daher nicht *eo ipso* zwischen den Beteiligten, sondern nur durch die Bezugnahme in den vertraglichen Vereinbarungen. Diese Bezugnahme und das gemeinsame Verständnis der Beteiligten über deren Inhalt genügt dem Beurkundungserfordernis indes, so dass es nicht etwa einer Mitbeurkundung des Inhalts der genannten Normen bedarf. Allgemeiner ausgedrückt gilt folgender Satz:

*Es ist auch im Rahmen eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts möglich, auf von den Beteiligten übereinstimmend angenommene Umstände und Begriffsbedeutungen Bezug zu nehmen und zu verweisen, ohne dass der Inhalt dieser gemeinsamen Annahme oder dieses gemeinsamen Verständnisses Inhalt der notariellen Urkunde werden muss.*

### III. Materiellrechtliche Fragen der Pfandrechtsbestellung

In materiellrechtlicher Hinsicht sind vom Notar im Besonderen drei Fragenkreise in den Blick zu nehmen und zu beurteilen. Zum Einen ist darauf zu achten, dass die Aufteilung der Mitgliedschaftsrechte zwischen Verpfänder und Pfandnehmer nicht gegen das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot verstößt, zum Zweiten sind etwaige gesellschaftsvertragliche Vinkulierungen zu beachten und schließlich sind die Besonderheiten zu bewerten, die sich ggf. aus dem Vorhandensein einer Mehrheit von Pfandnehmern ergeben können.

#### 1. Das Abspaltungsverbot als Grenze der Übertragung von Gesellschafterrechten

Bei der Verpfändung eines Geschäftsanteils hat der Gläubiger mitunter ein Interesse daran, dass ihm die sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Gesellschafterrechte unmittelbar zugewiesen werden, da er sich möglicherweise nicht mit schuldrechtlichen Vereinbarungen mit dem Gesellschafter begnügen möchte. Eine derartige Trennung eines Mitgliedschaftsrechts vom Gesellschafter und Zuweisung des Mitgliedschaftsrechts an einen gesellschaftsfremden Dritten führt in den Fragenkreis des in § 717 Satz 1 wurzelnden Abspaltungsverbotes.<sup>16</sup> Es besagt, dass die Mitgliedschaftsrechte – im Gegensatz zu einzelnen aus ihnen erwachsenden Ansprüchen – von der Mitgliedschaft nicht trennbar sind, also insbesondere nicht selbständig übertragen werden können. Der die gesetzgeberische Anordnung rechtfertigende Grund ist darin zu sehen, dass die Ausübung von Gesellschafterrechten Ausdruck der autonomen Willensbildung der Gesellschafter sein

soll.<sup>17</sup> Das Abspaltungsverbot hindert eine isolierte Übertragung von Gesellschafterrechten und steht Gestaltungen entgegen, die einer Übertragung im wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommen. Gleichwohl wird eine Übertragung von Mitgliedschaftsrechten an den Pfandnehmer von einem Teil der Lehre als zulässig erachtet: In den Fällen, in denen der Dritte dinglich am Gesellschaftsanteil berechtigt sei, also etwa beim Nießbrauch oder als Pfandgläubiger, sei eine *dingliche Rechtsgemeinschaft* zwischen Gesellschafter und dinglich am Gesellschaftsanteil Berechtigten anzunehmen, in deren Folge der Dritte nicht als gesellschaftsfremder Dritter anzusehen und damit tauglicher Zessionär von Mitgliedschaftsrechten sei.<sup>18</sup> Hiernach sei eine isolierte Zuordnung von Mitgliedschaftsrechten an einen nicht an der Gesellschaft beteiligten Dritten konstruktiv möglich, wenn der Dritte dinglich Berechtigter am Gesellschaftsanteil ist. Dem wird von anderer Seite entgegen gehalten, dass durch derartige Gestaltungen ein unselbständiger Bestandteil des Geschäftsanteils von diesem getrennt werde, was unzulässig sei. Der sich für die GmbH aus derartigen Gestaltungen ergebende Nachteil, dass ihr nämlich zugemutet werde, die Mitwirkung eines Nichtgesellschafters mit gesellschaftsrechtlich nicht legitimierter eigener Kompetenz zu dulden, obgleich er kein anderes Interesse am Gedeihen der Gesellschaft habe, als aus seinem Pfand sich befriedigen zu können, sei der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern nicht zuzumuten. Demzufolge sei die Möglichkeit einer derartigen Abtrennung der Verwaltungsrechte auch zu Gunsten von dinglich am Geschäftsanteil Berechtigten nicht anzuerkennen.<sup>19</sup> Auch die Praxis scheint aus den beschriebenen Gründen einer Übertragung von Mitverwaltungsrechten an den Pfandgläubiger oder Nießbrauchsberechtigten nicht zu trauen. Verpfändungsverträge, die etwa von Banken mit der Bitte um Beurkundung vorgelegt werden, enthalten regelmäßig keine Übertragung von Gesellschafterrechten selbst an den Pfandgläubiger, sondern beschränken sich auf schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Sicherungsgeber und Pfandgläubiger über die Ausübung dieser Gesellschafterrechte. Die Zurückhaltung in der Praxis ist verständlich, da die beschriebene Figur der *dinglichen Rechtsgemeinschaft* zwar für die Praxis geeignet, jedoch rechtstheoretisch nicht letztlich überzeugend ist. Der dinglich Berechtigte am Gesellschaftsanteil ist nämlich nach wie vor ein nicht der Gesellschaft angehörender Dritter, so dass der Geltungsgrund des Abspaltungsverbots – Schutz einer autonomen Willensbildung durch die Gesellschafter – auch bei einer Übertragung von Gesellschafterrechten an ihn durchaus berührt ist.

16 Hermanns in Eckhardt/Hermanns, 2. Kapitel, Rn 1065.

17 Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, § 7, Abschnitt I Ziff. 1 b.

18 Wiedemann, Gesellschaftsrecht II, § 3 Abschnitt III Ziff. 2 c.

19 Vgl. etwa Baumbach/Hueck, § 15 Rn. 49; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 48; Roth/Altmeppen, § 15 Rn. 17, 39; Scholz/Winter, § 15 Rn. 159 a.

## 2. Gesellschaftsvertragliche Vinkulierungen

Nach § 1274 Abs. 1 BGB erfolgt die Bestellung eines Pfandrechts an einem Recht nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften. Da auch § 15 Abs. 5 GmbHG Regelungen zur Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen enthält, sind auch ggf. in der Satzung enthaltene Voraussetzungen für eine Abtretung bei der Pfandrechtsbestellung zu beachten.<sup>20</sup> Selbstverständlich kann die Satzung unterschiedliche Bestimmungen für die Übertragung eines Geschäftsanteils einerseits und die Verpfändung eines Geschäftsanteils andererseits vorsehen oder Voraussetzungen im Sinne des § 15 Abs. 5 GmbHG nur für die Abtretung, nicht jedoch für die dingliche Belastung eines Geschäftsanteils bestimmen.<sup>21</sup>

Wurde ein Pfandrecht mit der satzungsgemäß erforderlichen Zustimmung der übrigen Gesellschafter bestellt oder war die Bestellung zustimmungsfrei möglich, ist für die Verwertung des Geschäftsanteils bei Pfandreife eine gesonderte Zustimmung nicht mehr erforderlich, wenn diese Verwertung nach §§ 857 Abs. 5, 844 Abs. 1 ZPO im Wege der öffentlichen Versteigerung erfolgt, da der Geschäftsanteil in diesem Fall durch öffentlichen Hoheitsakt übertragen wird, auf den die Bestimmungen der §§ 15 Abs. 3, 4 und 5 GmbHG nicht anwendbar sind.<sup>22</sup>

Erfolgt die Verwertung des Geschäftsanteils demgegenüber im Wege des freihändigen Verkaufs, ist § 15 GmbHG grundsätzlich anwendbar.<sup>23</sup> In diesem Fall ist umstritten, ob statutarische Verfügungsbeschränkungen oder Zustimmungserfordernisse im Sinne von § 15 Abs. 5 GmbHG anwendbar sind. Einerseits wird angeführt, dass in der erteilten Zustimmung zur Verpfändung zugleich die Zustimmung zur Verwertung liege.<sup>24</sup> Nach anderer Ansicht sind die Abtretungsbeschränkungen im Sinne von § 15 Abs. 5 GmbHG auch im Falle des freihändigen Verkaufs bei Pfandreife gesondert zu beachten.<sup>25</sup>

Für die Praxis ist aus dieser derzeit ungeklärten, da höchstrichterlich nicht entschiedenen Rechtslage die Folgerung zu ziehen, dass bei Einholung etwa erforderlicher Zustimmungen zugleich die Zustimmung zu allen in der Pfandrechtsbestellungsurkunde zugelassenen Verwertungsformen eingeholt wird oder – wenn die Pfandrechtsbestellung als solche zustimmungsfrei erfolgen kann – eine gesonderte Zustimmung zu diesen Verwertungsformen eingeholt wird.

## 3. Besonderheiten bei mehreren Pfandnehmern

Rechtskonstruktiv nicht einfach zu gestalten sind die Fälle, in denen bei Konsortialkrediten der Kreis der Kreditkonsorten anfangs noch nicht feststeht, sondern auch nach Pfandrechtsbestellung ein Wechsel der Kreditkonsorten und damit der Pfandgläubiger möglich sein soll.<sup>26</sup> Eine denkbare Lösung kann hier darin bestehen, unter den bereits anfangs feststehenden Kreditkonsorten eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu begründen und das Pfandrecht zu Gunsten dieser Gesellschaft bürgerlichen Rechts

zu bestellen. In diesem Fall kann durch Beitritt oder Austritt aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne weiteres die Möglichkeit eines einfachen und flexiblen Wechsels in der Person der Kreditkonsorten und Pfandgläubiger geschaffen werden. Die im Übrigen in der Praxis verwendeten Future-Pledgee-Klauseln gehen häufig von einem Angebot an einen noch unbekannten Adressaten aus oder lassen die bereits bekannten Konsorten zugleich als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die noch später betretenden Konsorten auftreten. Die sich hieraus ergebenden zivil-, gesellschafts- und beurkundungsrechtlichen Probleme sind in der Literatur bislang nur vereinzelt<sup>27</sup> und in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – überhaupt nicht aufgearbeitet. In der Praxis jedenfalls wird vom beurkundenden Notar nicht erwartet werden können, dass er die ihm seitens der Banken zur Beurkundung vorgelegten Entwürfe eingehend daraufhin überprüft, ob die für den Einzelfall sachgerechte Gestaltung gewählt wurde. Insoweit obliegt es dem Notar allenfalls, auf die beurkundungsrechtlichen Erfordernisse und die verschiedenen Möglichkeiten der Gestaltung hinzuweisen.<sup>28</sup>

## IV. Der Vollzug der Pfandrechtsbestellung

Nach der erfolgten Beurkundung der Pfandrechtsbestellung hat der Notar dafür zu sorgen, dass die erforderlichen notariellen Vollzugsschritte in die Wege geleitet werden:

### 1. Die Anzeige an die Gesellschaft

Nach überwiegender Ansicht ist es für die Wirksamkeit der Verpfändung des Geschäftsanteils nicht erforderlich, die Verpfändung bei der Gesellschaft nach § 1280 BGB anzuzeigen.<sup>29</sup> Die Vorschrift ist nach überwiegender Ansicht nicht anwendbar, da die Verpfändung des Geschäftsanteils nicht die Verpfändung einer Forderung ist. Da jedoch zum Einen im Verpfändungsvertrag häufig auch die (künftigen) Gewinnansprüche des Gesellschafters – und damit Forderungen im Sinne von § 1280 BGB – verpfändet werden und zum Anderen in der Literatur eine Anzeigebürftigkeit aus § 407 Abs. 1 BGB analog hergeleitet wird<sup>30</sup>, beinhalten die meisten Verpfändungsvereinbarungen vorsorglich einen Auftrag an den Notar zur Anzeige an die Gesellschaft.

20 Michalski/Ebbing, § 15 Rn. 220.

21 Scholz/Winter, § 15 Rn. 154.

22 Michalski/Ebbing, § 15 Rn 234; Reichert/Weller, § 15 Rn 320; aA Liebscher/Lübke, ZIP 2004, 241 ff, die eine Vinkulierungsklausel für anwendbar halten, jedoch für den Regelfall eine Verpflichtung zur Erteilung der Zustimmung annehmen.

23 Michalski/Ebbing, § 15 Rn 234; Reichert/Weller, § 15 Rn 321; Roth, ZGR 2000, 187, 214.

24 Reichert/Weller, § 15 Rn 322.

25 Scholz/Winter/Selbst, § 15 GmbHG Rn 194.

26 Vgl. dazu Förl, RNotZ 2007, 433 ff.

27 Förl, RNotZ 2007, 433 ff.

28 Ebenso Förl, RNotZ 2007, 433, 455.

29 Kallrath in *Hauschild/Kallrath/Wachter*, § 13 Rn 667; Reymann, DNotZ 2005, 425, 429.

30 So Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 15 GmbHG Rn 97; Wicke, § 15 GmbHG Rn 28.

Das Muster einer entsprechenden Anzeige an die Gesellschaft könnte etwa wie folgt lauten:

*An: (Gesellschaft, deren Anteile verpfändet worden sind)*

**Benachrichtigung über die Verpfändung von Gesellschaftsanteilen (Verpfändungsvertrag vom 2012, URNr. /2012)**

*Sehr geehrte Damen und Herren,*

*im Namen und Auftrag der in der beigefügten Ausfertigung der Verpfändungsurkunde genannten Beteiligten setze ich Sie hiermit darüber in Kenntnis, dass der Verpfändeter mit der anliegenden Verpfändungsurkunde alle seine gegenwärtigen und zukünftigen Geschäftsanteile an Ihrer Gesellschaft und alle damit zusammenhängenden Ansprüche und Rechte an den in der beigefügten Verpfändungsurkunde genannten Pfandnehmer verpfändet hat. Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die anliegende Ausfertigung des Verpfändungsvertrag vom 2012 (UR Nr. /2012).*

*Ich bitte Sie höflich, durch Gegenzeichnung des beiliegenden Bestätigungsschreibens zu bestätigen, dass die Gesellschaft von der Verpfändung der Geschäftsanteile Kenntnis genommen hat.*

*Mit freundlichen Grüßen*

*Notar*

**Bestätigung der Verpfändungsanzeige**

*An: Notar/Notarin Sehr geehrter/geehrte ,*

*wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 2012, mit welchem wir über die Geschäftsanteilsverpfändung vom 2012 in Kenntnis gesetzt worden sind. Wir bestätigen hiermit, dass wir von der Verpfändung durch den Verpfändungsvertrag Kenntnis genommen und eine Ausfertigung der Urkunde erhalten haben.*

*Mit freundlichen Grüßen*

*\_\_\_\_\_ (Ort), \_\_\_\_\_ (Datum)*

*Name:*

*Titel:*

Als beschränkt dingliches Recht ist die erfolgte Verpfändung nicht in der Gesellschafterliste zu vermerken.<sup>31</sup>

**2. Steuerliche Anzeigepflichten**

Obwohl die Verpfändung von Geschäftsanteilen eine Verfügung über dieselben darstellt, besteht eine Anzeigepflicht nach § 54 EStDV nicht, da die Verfügung nicht auf einen Wechsel in der Rechtsinhaberschaft gerichtet ist.<sup>32</sup>

**V. Zusammenfassung**

**1. Der (dingliche) Vertrag zur Pfandrechtsbestellung ist nach § 1274 Abs. 1 BGB i. V. m. § 15 Abs. 3 GmbHG**

beurkundungsbedürftig. Die Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandrechts kann formfrei begründet werden.

2. Bei der Beurkundung der Pfandrechtsbestellung ist der gesamte dingliche Verpfändungsvertrag einschließlich etwaiger Nebenabreden, die den dinglichen Inhalt des Pfandrechts betreffen, zu beurkunden.
3. Eine Bezugnahme auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände oder Schriftstücke, die ein gemeinsames Verständnis der Vertragsbeteiligten ausdrücken, ist möglich, wenn dies dem Willen der Beteiligten entspricht und mit den beurkundeten Erklärungen nicht im Widerspruch steht.
4. Inhaltlich sollte von einer Übertragung von Gesellschafterrechten an den Pfandnehmer vor dem Hintergrund des Abspaltungsverbotes Abstand genommen werden.
5. Wenn die Pfandrechtsbestellung oder die Abtretung von Geschäftsanteilen nach der Satzung der Gesellschaft der Zustimmung Dritter bedürfen, sollte diese Zustimmung höchst vorsorglich für alle Formen der Verwertung des Geschäftsanteils eingeholt werden.

31 Kallrath in *Hauschild/Kallrath/Wachter*, § 13 Rn 668.

32 BMF-Schreiben vom 14. März 1997 – IV B 2 – S 2244–3/97.

## Die Überwindung der erbvertraglichen Bindung beim mehrseitigen Erbvertrag

von Notar Prof. Dr. Christopher Keim, Bingen

### I. Das Problem

Ein Erbvertrag kann auch zwischen mehr als zwei Personen geschlossen werden<sup>1</sup>. Ein derartiger mehrseitiger Erbvertrag kommt in der Praxis gar nicht so selten vor. Hat beispielsweise eines der Kinder bereits zu Lebzeiten schon erhebliche Vermögenswerte von seinen Eltern erhalten, so möchte sich das andere Kind gegebenenfalls auf diese Art und Weise das restliche Erbe sichern. Der klassische Ehegattenerbvertrag, geschlossen lediglich zwischen den Eltern, genügt dazu nicht, da er jederzeit durch beide Elternteile gemeinsam aufgehoben werden könnte. Denn auch der in § 1941 Abs. 2 BGB erwähnte Erbvertrag, in dem ein Dritter bedacht ist, ist kein echter Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB, da in ihm der Erblasser keine erbvertragliche Bindung gegenüber dem nicht beteiligten Dritten eingehen kann<sup>2</sup>. Um eine Bindung auch gegenüber dem bedachten Kind herbeiführen zu können, muss dieses vielmehr am Vertrag selbst beteiligt werden. Bei derartigen mehrseitigen Erbverträgen ist im Zweifel anzunehmen, dass sich jeder Teilnehmer mit seinen vertragsmäßigen Verfügungen allen anderen gegenüber binden möchte, sodass der Erbvertrag nur von allen Beteiligten gemeinsam aufgehoben werden kann. Ist einer der Eltern aber gestorben, so wird eine Lösung von dem Vertrag selbst im Einvernehmen aller noch lebender Beteiligter schwierig<sup>3</sup>. Ändern sich nach dem Tod eines Elternteils die tatsächlichen Verhältnisse, so fragt es sich daher, wie sich die Beteiligten von diesen Bindungen befreien können.

### II. Aufhebungsvertrag nach § 2290 BGB und Rücktritt nach § 2296 BGB?

#### 1. Aufhebungsvertrag

Das klassische Gestaltungsmittel zur Aufhebung eines Erbvertrages durch die Vertragspartner selbst stellt der Aufhebungsvertrag gem. § 2290 BGB dar<sup>4</sup>. Gem. § 2290 Abs. 1 S. 1 BGB kann jedoch der Erbvertrag insgesamt genauso wie eine einzelne vertragsmäßige Verfügung durch Vertrag nur von den Personen aufgehoben werden, die den Vertrag geschlossen haben. Für die selbst von Todes wegen Verfügenden ergibt sich dies schon aus dem Höchstpersönlichkeitserfordernis des § 2290 Abs. 2 S. 1 BGB. Aber auch nach dem Tod des nicht selbst verfügenden Vertragspartners kann die Aufhebung nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut nicht mehr erfolgen, § 2290 Abs. 1 S. 2 BGB. Mit den Erben eines verstorbenen Vertragspartners kann danach ein solcher Aufhebungsvertrag nicht mehr geschlossen werden<sup>5</sup>.

#### 2. Rücktritt

##### a. Rücktrittsrecht des Erblassers

Möglicherweise kommt ein Rücktritt vom Erbvertrag in Betracht. In der Regel liegen die gesetzlichen Rück-

trittsgründe, wie z. B. eine Verfehlung des Bedachten, § 2294 BGB, oder die Aufhebung einer Gegenverpflichtung, § 2295 BGB, aber nicht vor. Ansonsten könnte in dem Erbvertrag ausdrücklich ein Rücktritt vorbehalten worden sein, § 2293 BGB. Auch das dürfte regelmäßig aber nach dem Tode eines Elternteils den übrigen Beteiligten nichts mehr nützen: Denn gemäß § 2298 Abs. 2 S. 2 BGB erlischt auch ein vorbehaltenes Rücktrittsrecht im Zweifel mit dem Tode des anderen Vertragschließenden, falls gem. § 2298 Abs. 1 S. 1 BGB in einem Erbvertrag von beiden Beteiligten vertragsmäßige Verfügungen getroffen worden sind<sup>6</sup>. Der Wortlaut der Vorschrift erweckt zwar den Eindruck, sie sei nur auf zweiseitige Erbverträge anzuwenden. Eine solche Wechselbezüglichkeit erbvertraglicher Verfügungen ist nach allgemeiner Auffassung aber genauso wie beim gemeinschaftlichen Testament auch für erbvertragliche Verfügungen zugunsten dritter Personen möglich<sup>7</sup>. Die Vorschrift ist daher erst recht anzuwenden, wenn in einem Erbvertrag, in welchem zwei Personen vertragsmäßig verfügen, der Dritte nicht nur begünstigt ist, sondern sogar durch eine Beteiligung am Erbvertrag eine eigene Rechtsposition aus dem Erbvertrag erhält<sup>8</sup>. Der überlebende Ehegatte könnte lediglich dann seine Verfügung durch Testament aufheben, wenn er das ihm durch den Erbvertrag Zugewendete ausschlägt, § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB. Letzteres ist aber kein gangbarer Weg, um sich von einer unzweckmäßigen vertragsmäßigen Verfügung zu lösen. Der überlebende Ehegatte müsste dazu zum einen eine Entscheidung innerhalb der Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB treffen und darüber hinaus seine eigene Erbeinsetzung opfern, um seine Testierfreiheit zu erlangen. Allerdings handelt es sich bei § 2298 Abs. 2 BGB nicht um zwingendes Recht, sondern nur um eine Auslegungsregel, § 2298 Abs. 3 BGB. Es wäre daher möglich, ein Rücktrittsrecht auch über den Tod eines Vertragsbeteiligten hinaus in den Erbvertrag aufzunehmen. Gem. § 2297 S. 1 BGB kann der Erblasser beim Tod des Vertragspartners in diesem Fall die vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufheben. Übertragen auf den mehrseitigen Erbvertrag würde dies eigentlich bedeuten, dass der Rücktritt gegenüber den noch lebenden Vertragspartnern gemäß § 2296 Abs. 2 BGB durch empfangsbedürftige notarielle Erklärung und zusätzlich gem. § 2297 BGB durch Testament auszuüben wäre, soweit ein Vertragspartner schon gestorben ist. Letzteres wird in der Literatur al-

1 Münchener Kommentar/Musielak, 5. Auflage, vor § 2274 Rn. 25; RGZ 67, 65.

2 BGHZ 12, 115 = NJW 1954, 633; Münchener Kommentar/Leipold, 9. Auflage, § 1941 Rn. 4.

3 Reithmann, DNotZ 1957, 529; J. Mayer in: Reimann/Bengel/Mayer, 5. Auflage, vor §§ 2274 ff. Rn. 35.

4 Dazu ausführlich Keller, ZEV 2004, 93.

5 Münchener Kommentar/Musielak, 5. Auflage, § 2290 Rn. 4; OLG Schleswig, NJW-RR 2006, 1665, 1666; Reithmann, DNotZ 1957, 527, 529.

6 Münchener Kommentar/Musielak, 5. Auflage, § 2298 Rn. 4.

7 Palandt/Weidlich, 71. Auflage, § 2298 Rn. 1; Münchener Kommentar/Musielak, 5. Auflage, § 2298 Rn. 1.

8 So auch Reithmann, DNotZ 1957, 527, 531.

Ierdings zu Recht für überflüssig gehalten<sup>9</sup>, da die Regelung des § 2297 BGB ihren Grund nur darin hat, dass beim zweiseitigen Erbvertrag nach dem Tod des Vertragspartners kein Erklärungsempfänger mehr vorhanden ist. Es muss daher eine Rücktrittserklärung gegenüber den noch lebenden Vertragspartnern ausreichen.

### b. Rücktrittsrecht des Begünstigten?

Ein derartiges „verlängertes“ Rücktrittsrecht entspricht jedoch regelmäßig nicht der Interessenlage und dem Willen der Beteiligten eines mehrseitigen Erbvertrages. Diese möchten ja gerade eine stärkere Bindung der Erblasser als beim zweiseitigen Ehegattenerbvertrag und keine erleichterte Lösungsmöglichkeit des Erblassers durch Rücktritt. Wünschenswert wäre vielmehr ein einseitiges Rücktrittsrecht des Begünstigten. Beim Ehegattenerbvertrag unter Beteiligung der Kinder könnten so die Kinder quasi einseitig auf ihre Zuwendung bereits zu Lebzeiten eines Elternteiles verzichten. Ein solches Rücktrittsrecht des nicht von Todes wegen verfügenden Vertragspartners sieht das Gesetz aber nicht vor. Vielmehr ist der Begünstigte auf sein Ausschlagungsrecht nach dem Anfall der Erbschaft beschränkt<sup>10</sup>. Anders kann dies nur sein, falls der Begünstigte seinerseits aufgrund eines mit dem Erbvertrag verbundenen lebzeitigen Vertrages Leistungen erbringen muss. Dann kann ihm ein formlos ausübbares Rücktrittsrecht für diesen lebzeitigen Vertrag eingeräumt werden, das beispielsweise als Bedingung für die Erbeinsetzung ausgestaltet werden könnte. Wo es aber an einer solchen zusätzlichen Vereinbarung fehlt, dürfte auch keine Grundlage für die Einräumung eines Rücktrittsrechtes vorhanden sein. Ein solch isoliertes Rücktrittsrecht oder auch Optionsrecht des Begünstigten kann meines Erachtens auch nicht zur Potestativbedingung (vgl. § 2075 BGB) einer Erbeinsetzung gemacht werden, da dies gegen das Höchstpersönlichkeitsgebot des § 2065 Abs. 1 BGB verstößen würde. Denn der Begünstigte – und damit ein „anderer“ im Sinne dieser Vorschrift<sup>11</sup> – könnte damit willkürlich bestimmen, ob die Verfügung des Erblassers gelten soll oder nicht. Die Einräumung eines derartigen einseitigen „Optionsrechts“ des Begünstigten ist daher nicht geeignet, die Testierfreiheit des überlebenden Elternteils wiederherzustellen.

sei<sup>13</sup>. Zudem gehe aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes hervor, dass dem Vertragserben nach dem ersten Entwurf zum BGB zunächst beide Wege, nämlich sowohl die Aufhebung des Erbvertrages als auch der Zuwendungsverzicht offen stehen sollten<sup>14</sup>. Die hiergegen gerichteten Bedenken seien von der Redaktionskommission so beseitigt worden, dass dem als Vertragserben eingesetzten anderen Vertragspartner die Aufgabe seines Erbrechts nur im Wege der Aufhebung nach § 2290 BGB gestattet werden sollte<sup>15</sup>. Daraus gehe hervor, dass der Gesetzgeber in § 2352 S. 2 BGB nur denjenigen als Dritten bezeichnen wollte, der am Abschluss des Ehevertrages nicht mitgewirkt habe<sup>16</sup>.

Eine andere Auffassung stellt darauf ab, ob der Bedachte nur formal den Erbvertrag mitunterzeichnet habe und damit weiterhin Dritter im Sinne des § 2352 S. 2 BGB oder aber materiell am Erbvertrag beteiligt sei. Beim Erbvertrag von Eltern entsprechend dem Inhalt eines Berliner Testamentes sei das Kind echter Vertragsschließender, soweit es sich um den Erbvertrag zwischen dem Überlebenden und dem Kind handele. Dagegen sei das Kind Dritter, soweit der zwischen den Ehegatten geschlossene Vertrag eine Zuwendung an das Kind enthalte. Dies genüge zur Anwendbarkeit des § 2352 BGB und damit zur Zulässigkeit eines Zuwendungsverzichtes des Kindes<sup>17</sup>. Bei dieser Sichtweise bleibt jedoch offen, warum die Kinder überhaupt mitunterzeichnet haben, wenn angeblich materiell doch nur ein Erbvertrag zwischen den Eltern vorliegen soll. Soweit es um die Zuwendung zu Gunsten der Kinder geht, müsste es daneben einen weiteren eigenständigen Erbvertrag geben, der zusätzlich auch auf irgendeine Art und Weise aufgehoben werden müsste. Ohne dass es die Vertreter dieser Auffassung ausdrücklich ausführen, wäre damit neben dem Zuwendungsverzicht der Kinder auf die Zuwendungen, die sie aus dem zwischen den Eheleuten geschlossenen Erbvertrag erhalten, zusätzlich eine Aufhebung des selbstständig zu behandelnden Erbvertrages zwischen dem längerlebenden Ehegatten und dem Kind notwendig. Eine derartige Aufspaltung eines einheitlichen Erbvertrages, bei dem die einzelnen Verfügungen ganz offensichtlich in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, in mehrere Einzelzuwendungen ist sehr gekünstelt.

## III. Zuwendungsverzicht gem. § 2352 BGB

### 1. Restriktive Auflassungen

Auch ein Zuwendungsverzichtsvertrag gem. § 2352 BGB scheint nicht zulässig zu sein, falls der Bedachte selbst Vertragspartner ist. Nach Satz 2 der Vorschrift kann bei einem Erbvertrag ein Zuwendungsverzicht nur zwischen dem Erblasser und einem Dritten abgeschlossen werden. Insbesondere die ältere Rechtsprechung hatte daraus den Schluss gezogen, ein Zuwendungsverzicht sei stets ausgeschlossen, wenn der Begünstigte am Abschluss des Erbvertrages mitgewirkt habe<sup>12</sup>. Nach dem juristischen Sprachgebrauch sei unter einem Dritten grundsätzlich eine Person zu verstehen, die an einem Rechtsgeschäft nicht beteiligt

9 J. Mayer in: Reimann/Bengel/Mayer, 5. Auflage, vor §§ 2274 ff, Rn. 36; Reithmann, DNotZ 1957, 527, 529.

10 Palandt/Weidlich, 71. Auflage, § 2293 Rn. 4.

11 Palandt/Weidlich, 71. Auflage, § 2065 Rn. 4.

12 BayObIGZ 24, 232 ff.; OLG Celle NJW 1959, 1923; Soergel/Damrau, 13. Auflage, § 2352 Rn. 3; Erman/Schlüter, 13. Auflage, § 2352 Rn. 2.

13 OLG Celle NJW 1959, 1923; in diese Richtung, wohl auch Gockel, ZEV 2012, 269.

14 Motive V. 483; Protokolle V S. 609.

15 Protokolle VI S. 100.

16 OLG Celle NJW 1959, 1923; ähnlich BayObIGZ 24, 232 ff.; Damrau, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Auflage, § 2352 Rn. 9.

17 RGRK/Johannsen, 12. Auflage, § 2352 Rn. 4; Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Auflage, Rn. 14; Jackschath, MittRhNotK 1977, 117, 119.

## 2. Erweiterte Zulassung des Zuwendungsverzichts

Um dem praktischen Bedürfnis nach einer Aufhebbarkeit auch nach dem Tod eines Vertragspartners entsprechen zu können, wird daher heute überwiegend bei einem mehrseitigen Erbvertrag auch ein Zuwendungsverzicht zwischen dem Erblasser und einem an dem Vertragschluss materiell beteiligten Begünstigten zugelassen<sup>18</sup>. Zum Abschluss dieses Verzichtsvertrages ist die Zustimmung der übrigen Vertragspartner nicht erforderlich<sup>19</sup>. Das BayObLG hat dazu ausgeführt, der Gesetzgeber sei von dem Regelfall ausgegangen, dass ein Erbvertrag nur von zwei Personen geschlossen werde, und sei deshalb der Auffassung gewesen, der Vertragspartner könne und müsse sich, um sein vertragsmäßiges Erbrecht aufzugeben, der Vertragsaufhebung nach § 2290 BGB bedienen. Die Möglichkeit, dass ein Erbvertrag zwischen mehr als zwei Personen abgeschlossen werden kann, sei vom Gesetzgeber nicht in Betracht gezogen worden. In einem solchen Fall sei aber einem bedachten Vertragspartner, wenn ihm der Weg eines Erbverzichtes nach § 2352 BGB versagt sei, die Möglichkeit genommen, durch einen nur zwischen ihm und dem Erblasser abzuschließenden Vertrag sein vertragsmäßiges Erbrecht aufzugeben, da zur Aufhebung sämtliche anderen Vertragspartner mitwirken müssten. Nach dem Tode auch nur eines dieser Partner bestünde bei dem Bedachten überhaupt keine Möglichkeit mehr, sich mit dem Erblasser über eine Aufgabe des Erbrechts zu einigen, obwohl in den Motiven<sup>20</sup> ausdrücklich anerkannt sei, dass gerade im Fall des Ablebens des einen Vertragsschließenden auch der Verfügende infolge einer Änderung der Verhältnisse ein dringendes berechtigtes Interesse daran haben könne, sich durch eine Verständigung mit dem hier zu bereiten Bedachten frei zu machen<sup>21</sup>. In einem aktuellen Beschluss ist das OLG Hamm dieser Auffassung gefolgt und hat darüber hinaus eine Umdeutung eines mangels Beteiligung aller Vertragspartner unwirksamen Aufhebungsvertrages in einen Zuwendungsverzicht für möglich gehalten<sup>22</sup>. Dieser Auffassung ist zu folgen. Abgesehen davon, dass sowohl die Gesetzesentstehung als auch praktische Bedürfnisse für diese weitergehende Meinung sprechen, ist sie auch mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht unvereinbar, da auch in den gesetzlichen Regelungen über den Erbvertrag in § 2280 BGB der Schlusserbe als Dritter bezeichnet wird<sup>23</sup>. Für die Zulassung des Zuwendungsverzichtes spricht jetzt auch der seit 01. Januar 2010 geänderte § 2352 S. 3 BGB, der durch eine Verweisung auf § 2349 BGB die Wirkungen des Zuwendungsverzichtes zumindest grundsätzlich auf die Abkömmlinge eines verzichtenden Kindes erstreckt<sup>24</sup>. Auf diese Weise wird verhindert, dass gerade durch den Zuwendungsverzicht der Ersatzerfall eintritt und so für den Erblasser seine Testierfreiheit nicht wiederhergestellt werden kann<sup>25</sup>. Der Zuwendungsverzicht ist damit erst ein sinnvolles Instrument geworden, um die Testierfähigkeit des Erblassers – vollständig – wiederherzustellen. Hierbei muss aber beachtet werden, dass auch nach der neuen Rechtslage nicht geklärt ist, ob diese Erstreckung auf Abkömmlinge zwingend ist, oder nur vermutet wird und ggf. eine abweichender Wille des Erblassers zu einer Aufrechterhaltung der Ersatzerfolge führen kann<sup>26</sup>.

## 3. Zuwendungsverzicht bei Geschäftsunfähigkeit des Erblassers

Der Zuwendungsverzicht kann auf der Grundlage dieser Auffassung auch dann geschlossen werden, wenn bei einem mehrseitigen Erbvertrag ein Erblasser zwar noch lebt, aber eine Vertragsaufhebung nach § 2290 BGB daran scheitert, dass er dauerhaft geschäftsunfähig geworden ist. In diesem Fall könnte der noch geschäftsfähige Erblasser den Zuwendungsverzicht mit dem am Vertrag beteiligten Begünstigten schließen. Im Gegensatz zum Aufhebungsvertrag nach § 2290 BGB kann der Zuwendungsverzicht aber gem. §§ 2352 S. 3, 2347 Abs. 2 S. 2 BGB auf Erblasserseite auch durch einen gesetzlichen Vertreter mit Zustimmung des Betreuungsgerichtes geschlossen werden. Auf diese Weise könnte der Zuwendungsverzichtsvertrag unter Beteiligung eines Betreuers auch dann zu einer Außerkraftsetzung des mehrseitigen Erbvertrages genutzt werden, wenn der zuwendende Erblasser selbst geschäftsunfähig ist. Einige Stimmen in der Literatur möchten den Zuwendungsverzicht eines am Erbvertrag selbst beteiligten Begünstigten entgegen dem Wortlaut des § 2352 S. 2 BGB darüber hinaus sogar bei einem zweiseitigen Erbvertrag zulassen, wenn eine Vertragsaufhebung an der fehlenden Geschäftsfähigkeit des Erblassers scheitert<sup>27</sup>. Hiergegen bestehen aber Bedenken. Durch den Zuwendungsverzicht soll in erster Linie die Testierfreiheit des Erblassers wieder hergestellt werden<sup>28</sup>. Da der geschäftsfähige Erblasser aber weder beim zweiseitigen noch beim mehrseitigen Erbvertrag mit seiner so wiedergewonnenen Testierfreiheit etwas anfangen kann, könnte das praktische Bedürfnis eines solchen Zuwendungsverzichtes nur darin bestehen, eine bestimmte Erbfolge, beispielsweise die gesetzliche Erbfolge, ohne die nicht mehr mögliche persönliche Mitwirkung des Erblassers herbeizuführen. Dies rechtfertigt aber keine vom Wortlaut des § 2352 S. 2 BGB ganz offensichtlich nicht mehr gedeckte Anwendung des Zuwendungsverzichts. Zumindest beim zweiseitigen Erbvertrag lässt sich der Vertragspartner wirklich nicht mehr als „Dritter“ bezeichnen. Auch wenn daneben noch eine dritte Person am Erbvertrag beteiligt ist, kann dies eine unterschiedliche Beurteilung nicht rechtfertigen. Denn der Grund, weshalb der Erbvertrag nicht mehr aufhebbar ist, liegt jetzt nicht in der Be-

18 BayObIGZ 1965, 188, 192 = NJW 1965, 1552; BayObIGZ 1974, 401, 405; OLG Hamm ZEV 2012, 266; Bamberger/Roth/Mayer, 3. Auflage, § 2352 Rn. 12; Münchener Kommentar/Wegerhoff, 5. Auflage, § 2352, Rn. 8; Staudinger/Schotten, 2010, § 2352 Rn. 25 ff.; Mayer ZEV 1996, 127, 129; Kornexl, Der Zuwendungsverzicht, 1999, Rn. 478 ff.

19 Münchener Kommentar/Wegerhoff, 5. Auflage, § 2352 Rn. 8.

20 Motive V S. 484.

21 BayObIGZ 1965, 188, 192 = NJW 1965, 1552; OLG Hamm ZEV 2012, 266, 267 mit teilweise kritischer Anmerkung Gockel.

22 OLG Hamm ZEV 2012, 266.

23 Endemann, JW 1925, 2791; Mayer, ZEV 1996, 127, 129.

24 Palandt/Weidlich, 71. Auflage, § 2352 Rn. 5.

25 Anders noch die alte Rechtslage; dazu Mayer, ZEV 1996, 127 mit dem treffenden Titel „Zweckloser Zuwendungsverzicht“.

26 Dazu G. Müller, ZNotP 2011, 256; Weidlich, FamRZ 2010, 166; Kanzleiter, DNotZ 2009, 805; Keim, RNotZ 2009, 574.

27 Kornexl, Der Zuwendungsverzicht, 1999, Rn. 483; Staudinger/Schotten, 2010, § 2352 Rn. 25; Mayer in: Reimann/Mengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Auflage, § 2290 Rn. 10.

28 Kornexl, Der Zuwendungsverzicht, 1999 Rn. 11 ff; Palandt/Weidlich, 71. Auflage, § 2352 Rn. 1.

sonderheit der Beteiligung der weiteren Person, sondern in der Testierunfähigkeit des zuwendenden Erblassers selbst, die eine Aufhebung gemäß § 2290 Abs. 2 S. 1 BGB auch bei einem nur zweiseitigen Erbvertrag unmöglich machen würde.

Auch kann man hier mit der Gesetzesentstehung kaum argumentieren. Wenn man in diesen Fällen den Zuwendungsverzicht zulassen würde, würde man zwar nicht die Formvorschriften des Aufhebungsvertrages, wohl aber dessen Höchstpersönlichkeitserfordernis unterlaufen. Das ist beim testierunfähigen Erblasser aber problematisch. Da dieser nicht mehr neu testieren kann, wird mit dem Zuwendungsverzicht in diesen Fällen dessen Erbfolge unmittelbar beeinflusst<sup>29</sup>. Der Verzicht kommt damit in seinen Wirkungen einer Verfügung von Todes wegen sehr nahe, die auf jeden Fall höchstpersönlich zu errichten wäre.

#### IV. Die einseitige Zustimmung des Bedachten

Das Reichsgericht hatte noch die Auffassung vertreten, eine einseitige und sogar formfreie Einwilligung des vertragsmäßig bedachten Vertragspartners in seine seine Rechte beeinträchtigende Verfügung von Todes wegen sei ausreichend, den Erblasser von seiner erbvertraglichen Bindung zu befreien und spätere Verfügungen von Todes wegen trotz § 2289 Abs. 1 BGB wirksam werden zu lassen<sup>30</sup>. Der BGH hat zwar für eine solche Erklärung die Einhaltung der Form des § 2290 BGB oder des § 2348 BGB gefordert, scheint aber eine einseitige Einwilligung des erbvertraglich Bedachten grundsätzlich für ausreichend zu erachten<sup>31</sup>. Die BGH-Entscheidungen betrafen aber Ansprüche aus § 2287 BGB des Vertragserben wegen beeinträchtigender Schenkungen. Für eine Zustimmung, die eine Beeinträchtigung des Vertragserben ausschließen soll, hat der BGH die Wahrung der für den Aufhebungsvertrag bzw. den Zuwendungsverzicht vorgeschriebenen notariellen Form verlangt. Der BGH wollte damit wohl keine neue eigenständige Form der Erbvertragsaufhebung eröffnen<sup>32</sup>. Aus dieser Rechtsprechung dürfte daher nur der Schluss zu ziehen sein, dass eine formbedürftige einseitige Zustimmung jedenfalls ausreichend ist, soweit damit spätere Ansprüche des Vertragserben nach § 2287 BGB gegen den Beschenkten ausgeschlossen sein sollen. Auch wenn eine einseitige Zustimmung des Begünstigten notariell beurkundet wurde, reicht sie daher nicht aus, um die erbvertragliche Bindung zu be seitigen<sup>33</sup>.

#### V. Gestaltungsüberlegungen

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass bei einem mehrseitigen Erbvertrag eine Vertragsaufhebung nach dem Tod eines Vertragspartners durch Aufhebungsvertrag nach § 2290 BGB ausgeschlossen ist. Dagegen wird ein Zuwendungsverzicht zwischen dem verbliebenen Erblasser und dem am Vertragsschluss selbst beteiligten Bedachten trotz § 2352 S. 2 BGB heute zu Recht überwiegend zugelassen. Trotzdem sollte, solange alle Be-

teiligten an den Tisch des Notars geholt werden können, sicherheitshalber auch beim mehrseitigen Erbvertrag auch zu einer lediglich teilweisen Aufhebung dieses Erbvertrages der Weg über den Aufhebungsvertrag gegangen werden.

Bei der Gestaltung mehrseitiger Erbverträge gilt zunächst der Grundsatz, dass man das Instrument nur vorsichtig und ausnahmsweise benutzen sollte. Zu groß ist das Risiko späterer schwer zu korrigierender erbvertraglicher Bindungen. Auch die Zulässigkeit des Zuwendungsverzichts eines Vertragsbeteiligten beim mehrseitigen Erbvertrag ist noch nicht höchststrichterlich bestätigt worden. Der Zuwendungsverzicht ist abgesehen davon auch nach der Änderung des § 2352 S. 3 BGB kein ideales Instrument zur Lösung des Problems: Denn es bleibt die weiterhin die Schwäche, dass noch nicht abschließend entschieden ist, ob sich der Verzicht (immer) auf die Abkömmlinge eines verzichtenden Kindes oder Seitenverwandten erstreckt. Bei anderen Personen als Abkömmlingen oder Seitenverwandten kann der Zuwendungsverzicht ohnehin eine Ersatzerbeneinsetzung weiterhin nicht beseitigen. Es fragt sich daher, ob man nicht durch vorbeugende Maßnahmen im Erbvertrag selbst auch eine Vertragsaufhebung nach § 2290 BGB nach dem Tod eines Erblassers ermöglichen kann. In Anknüpfung an die Literaturauffassung, die über die Figur der formellen Beteiligung den Weg zum Zuwendungsverzicht eröffnen möchte<sup>34</sup>, könnte eine Aufspaltung in mehrere selbstständige Vertragsbeziehungen erfolgen. Beim Ehegattenerbvertrag wird eine Vertragsbeziehung zwischen den Eltern hinsichtlich ihrer gegenseitigen Erbeinsetzung geschlossen und die Kinder werden als Schlusserben lediglich testamentarisch eingesetzt, § 2299 BGB. Daneben schließen die Eltern, jeder von ihnen einzeln, in derselben Urkunde einen selbstständigen Erbvertrag mit den Kindern, den sie als Längstlebender jederzeit ohne Zustimmung des Zuerstversterbenden gem. § 2290 BGB wieder aufheben könnten. Mit dieser Aufhebung wären dann auch automatisch und sicher darin enthaltene Ersatzberufungen mitbeseitigt. In der Urkunde müsste allerdings insbesondere zur Vermeidung einer Wechselbezüglichkeit und der damit einhergehenden Rechtsfolge des § 2298 Abs. 1 BGB die Selbstständigkeit der Verträge deutlich zum Ausdruck gebracht werden. Auch ohne eine bindende Schlusserbeneinsetzung im Erbvertrag der Eltern untereinander wäre die Bindungswirkung der Eltern an die Schlusserbeneinsetzung nicht schwächer als beim klassischen zweiseitigen Erbvertrag mit bindender Schlusserbeneinsetzung. Denn auch beim klassischen zweiseitigen Erbvertrag mit bindender Schlusserbeneinsetzung der Kinder könnte der Überlebende die Schlusserbeneinsetzung durch Zuwendungsverzicht mit dem begünstigten Kind gegenstandslos werden lassen und damit die Bindungswirkung zwischen den Ehegatten beseitigen. Die ausnahmsweise gewünschte stärkere Position der Kinder

29 Bedenken gegen eine Auffangfunktion des Zuwendungsverzichtes auch bei Gockel, ZEV 2012, 269.

30 RGZ 134, 325, 327.

31 BGHZ 83, 44, 49; BGHZ 108, 252, 254 = DNotZ 1990, 803.

32 Mayer in: Reimann/Bengel/Mayer, 5. Auflage, § 2290 Rn. 11.

33 So auch Ivo, ZEV 2003, 58, 61..

34 S.o. III 1 am Ende.

würde bei der hier vorgeschlagenen Gestaltung durch die zusätzliche Vertragsbeziehung zwischen dem längerlebenden Elternteil und den Kindern erreicht.

Es bleibt allerdings zu hoffen, dass daneben durch eine alsbaldige höchstrichterliche Absicherung der weiten

Auffassung zur Zulässigkeit des Zuwendungsverzichts beim mehrseitigen Erbvertrag auch dieser Weg sicher gegangen werden kann.

## Rechtsprechung

### 1. Liegenschaftsrecht – Zur Wirksamkeit der Begründung von Sondernutzungsrechten durch den teilenden Eigentümer nach Entstehung der Gemeinschaft

(*OLG Hamm, Beschluss vom 12. 6. 2012 – 15 Wx 99/11, mitgeteilt durch Richter am Oberlandesgericht Hartmut Engelhardt*)

**GBO § 53  
WEG §§ 13; 15**

**Die – inhaltlich knapp gefasste – Regelung einer Teilungserklärung, durch die dem teilenden Eigentümer das Recht eingeräumt wird, künftig während der Dauer seiner Mitgliedschaft in der Gemeinschaft Sondernutzungsrechte an näher bezeichneten Pkw-Einstellplätzen einzelnen Wohnungen zuzuordnen, kann auch im Grundbucheintragungsverfahren als wirksamer bedingter Ausschluss aller Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch der Fläche (negative Komponente) und positive Begründung des Sondernutzungsrechts durch die Zuordnungserklärung des Eigentümers verstanden werden.**

#### Zur Einordnung:

Bei der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum ist zum Zeitpunkt der Beurkundung der Teilungserklärung oft noch nicht geklärt, welche Sondernutzungsrechte (vor allem Stellplätze und Gartenflächen) welcher Sondereigentumseinheit zugewiesen werden sollen. Die Sondernutzungsrechte sollen regelmäßig erst in den entsprechenden Kaufverträgen den jeweiligen Erwerbern zugeordnet werden. Zur Ermöglichung einer solchen nachträglichen Zuweisung von Sondernutzungsrechten bieten sich drei allgemein anerkannte Gestaltungsmöglichkeiten an (vgl. Würzburger Notarhandbuch/Hügel, 3. Aufl. 2012, Teil 2 Kap. 4 Rn. 151 mit einer Übersicht; Beck'sches Notarhandbuch/Waldner, 5. Aufl. 2009, Teil A III Rn. 60 ff.; Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht/Schneider, 2. Aufl. 2011, E. II. 2 bis 4 mit Formulierungsvorschlägen zu allen drei Möglichkeiten; BeckOK-GBO/Kral, WEG, Stand 1. 6. 2012, Rn. 48 ff. zu deren Vor- und Nachteilen). Die diesem Verfahren zugrunde liegende besteht darin, dass alle Eigentümer von dem Mitgebrauch eines Teils des Gemeinschaftseigentums unter der aufschiebenden Bedingung ausgeschlossen werden, dass der teilende Eigentümer oder auch ein Dritter dessen ausschließliche Nutzung einem bestimmten Wohnungseigentümer zuordnet (OLG Hamm Mitt-RhNotK 1998, 318; Kral, a.a.O., Rn. 49; vgl. auch BGH DNotl-Report 2012, 73 zum beachtenden sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz). So kann

das Sondernutzungsrecht nach Zuordnung ohne Mitwirkung der anderen Sondereigentümer und vor allem der dinglich Berechtigten der einzelnen Sondereigentumseinheiten in das Grundbuch eingetragen werden (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1987, 260; Schüller, RNotZ 2011, 208; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2913 a m. w. N.).

Das OLG Hamm erkennt diese Gestaltung erneut an (wie bereits OLG Hamm, a.a.O.) und legt die verfahrensgegenständliche „Zuordnungsvollmacht“ dahingehend aus, dass mit ihr der Ausschluss aller Mit-eigentümer von dem Mitgebrauch der Einstellplätze unter der aufschiebenden Bedingung der Zuordnung eines entsprechenden Sondernutzungsrechts an einen der Miteigentümer durch den teilenden Eigentümer gewollt war (vgl. auch OLG Frankfurt Mitt-RhNotK 1997, 392, zu einem ähnlich gelagerten Fall der Auslegung). Wie bereits kurz zuvor der BGH (DNotZ 2012, 528, vgl. auch BGH DNotZ 2007, 39) auch für die Ermächtigung eines Eigentümers zur Einräumung von Sondernutzungsrechten und zur Bestimmung deren Inhalts in einer Teilungserklärung, lässt auch das OLG Hamm offen, ob die Regelungen einer Teilungserklärung der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterliegen. Das OLG Hamm sah sich genauso wie der BGH – der jedoch Zweifel an der Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen anmeldete – nicht veranlasst, zu dieser Frage abschließend Stellung zu nehmen, da auch bei einer Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB diese nach seiner Auffassung nicht zu einer Unwirksamkeit einer entsprechenden Ermächtigung in der Teilungserklärung führen.

Aus vertragsgestalterischer Sichtweise ist es zunächst bedauerlich, dass sich weder der BGH noch das OLG Hamm zur generellen Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Regelungen einer Teilungserklärung abschließend geäußert haben. Zu begrüßen ist jedoch, dass beide Gerichte weder im Hinblick auf die §§ 305 ff. BGB noch auf § 242 BGB eine Ermächtigung im vorstehenden Sinne für bedenklich erachten, so dass zumindest hinsichtlich dieser Frage durch beide Entscheidungen Rechtssicherheit geschaffen wurde.

*Die Schriftleitung (PH)*

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. sind neben weiteren Personen Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft. Der Bet. zu 2) ist Inhaber des im Rubrum bezeichneten Wohnungseigentums. Die Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuchblätter sind am 13. 7.

1998 angelegt worden. Teilende Eigentümerin war die G. GmbH in E2. Diese hatte sich in der Teilungserklärung vom 21. 4. 1998 (UR-Nr. . . /1998 des Notars Q.) das Zuordnungsrecht hinsichtlich zweier Pkw-Einstellplätze vorbehalten. Die entsprechende Regelung in der Teilungserklärung lautet wie folgt:

„Der Eigentümer hat das Recht, die vor dem Hause liegenden zwei mit EP 1.) und EP 2.) gekennzeichneten Pkw-Einstellplätze einzelnen Wohnungen als Sondernutzungsrechte zuzuordnen. Die Vollmacht hierzu erlischt erst, wenn das Eigentum an sämtlichen im Hause liegenden Wohnungen auf die Erwerber umgeschrieben ist.“

Nach dem Abverkauf der einzelnen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten wies die G. GmbH durch notariellen Vertrag vom 16. 1. 2006 (UR-Nr. . . /2006 des Notars C.) dem Bet. zu 2) gegen ein Entgelt in Höhe von 2 000,- € das Sondernutzungsrecht an dem Pkw-Einstellplatz EP 1.) zu. Dieses Sondernutzungsrecht wurde am 23. 3. 2006 im Grundbuchblatt des Bet. zu 2) (Blatt . . .) eingetragen. Zu diesem Zeitpunkt war die G. GmbH noch Eigentümerin der in den Grundbuchblättern . . . 2 und . . . 3 verzeichneten Wohnungs- und Teileigentums- einheiten; die Eigentumsumschreibung auf deren Erwerber (M.) erfolgte erst am 7. 7. 2010.

Mit Schriftsatz vom 13. 3. 2009, der am selben Tag beim GBA eingegangen ist, hat der Bet. zu 1) die Eintragung eines Amtswiderspruchs hinsichtlich der Eintragung des o. g. Sondernutzungsrechts „beantragt“. Er ist der Ansicht, dass das Sondernutzungsrecht nicht wirksam begründet worden sei. Durch Beschluss vom 24. 3. 2009 hat das GBA dieses (zutreffend) als Anregung behandelte Begehrungen zurückgewiesen.

Gegen den vorgenannten Beschluss des GBA hat der Bet. zu 1) Beschwerde eingelegt, die das LG Dortmund durch Beschluss vom 31. 1. 2011 zurückgewiesen hat. Hiergegen wendet sich der Bet. zu 1) mit seiner weiteren Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde ist nach den §§ 78, 80 Abs. 1 GBO a. F., Art. 111 Abs. 1 S. 1 FGG-RG statthaft und auch sonst zulässig. Die Beschwerdebefugnis des Bet. zu 1) folgt bereits daraus, dass seine erste Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist.

In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg, weil die ausführlich und sorgfältig begründete Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 78 S. 1 GBO a. F.).

#### Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb von Wohnungseigentum bezieht sich auch auf den Bestand und Umfang eines zu Unrecht im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechts

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das LG zutreffend von einer zulässigen Erstbeschwerde ausgegangen. Mit seinem Rechtsmittel konnte der Bet. zu 1) das auf Eintragung eines Amtswiderspruchs gerichtete Begehrungen weiterverfolgen (§ 71 Abs. 2 S. 2, 1. Alt. GBO). Nach der Rechtsprechung des Senats (FGPrax 2009, 57 = DNotZ 2009, 383) erstreckt sich der Schutz des guten Glaubens beim rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Wohnungseigentums auch auf den Bestand und Umfang eines zu Unrecht im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechts, so dass – die Unrichtigkeit der Ein-

tragung des Sondernutzungsrechts unterstellt – für die Eintragung eines diesbezüglichen Amtswiderspruchs Veranlassung bestehen kann. Als Miteigentümer ist der Bet. zu 1) beschwerdebefugt, weil er nach § 1011 BGB einen etwaigen Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB allein geltend machen könnte, müsste auch ein etwa einzutragender Amtswiderspruch zugunsten aller übrigen Miteigentümer gebucht werden.

Auch in der Sache hält die Entscheidung des LG rechtlicher Nachprüfung stand.

Ein Amtswiderspruch ist gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 GBO einzutragen, wenn das GBA unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Beide Voraussetzungen sind kumulativ zu verstehen. Hier fehlt es bereits an einer Gesetzesverletzung des GBA. Das GBA durfte das Sondernutzungsrecht an dem Pkw-Stellplatz EP 1.) aufgrund der ihm vorgelegten Unterlagen eintragen, ohne dass es hierzu der Bewilligung (§ 19 GBO) der übrigen Miteigentümer und der Grundpfandgläubiger bedurft hätte.

#### Der teilende Eigentümer kann sich in der Teilungserklärung die Zuordnung von Sondernutzungsrechten dahingehend vorbehalten, dass er die übrigen Wohnungseigentümer aufschiebend bedingt auf die Zuordnung vom Mitgebrauch eines Teils des Gemeinschaftseigentums ausschließt

Es ist allgemein anerkannt, dass sich der teilende Eigentümer die Zuordnung von Sondernutzungsrechten auch in der Weise vorbehalten kann, dass die übrigen Wohnungseigentümer bereits in der Teilungserklärung aufschiebend bedingt (§ 158 Abs. 1 BGB) durch die Zuordnungserklärung des teilenden Eigentümers vom Mitgebrauch eines Teils des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen werden (negative Komponente). Diese Regelung, die auch durch Bezugnahme im Grundbuch eingetragen werden kann und damit dinglicher Inhalt der Wohnungs- und Teileigentumsrechte wird, bewirkt, dass die Wohnungseigentümer bis auf den durch die Zuordnungserklärung Begünstigten mit Eintritt der Bedingung vom Mitgebrauch des betreffenden gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen sind.

#### Die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer und auch der Grundpfandrechtsgläubiger ist bei der späteren Zuordnung des Sondernutzungsrechts durch den teilenden Eigentümer dann nicht erforderlich

Ihr Sondereigentum wird durch die (positive) Begründung des Sondernutzungsrechts zugunsten des Begünstigten nicht mehr (zusätzlich) verändert; deshalb ist die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer der Wohnanlage sowie der Grundpfandgläubiger in diesem Fall bei der Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch entbehrlich (BGH, Beschluss vom 20. 1. 2012, V ZR 125/11, veröffentlicht bei juris = DNotl-Report 2012, 73; Senat FGPrax 1998, 49 = MittRhNotK 1998, 318; Senat FGPrax 2009, 57 = DNotZ 2009, 383; BayObLG NJW-RR 1986 = DNotZ 1986, 479 mit Anm.

Ertl, 93; OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 1491 = Mitt-RhNotK 1987, 260; OLG Frankfurt FGPrax 1997, 221 = MittRhNotK 1992, 392; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 2913 a; Beck'sches Notar-Handbuch/Rapp, 5. Aufl., A III, Rn. 62 a; Kersten/Bühling/Langhein, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl., § 58, Rn. 62). Der Umstand, dass die Erklärung über die Zuweisung des Sondernutzungsrechts an einen bestimmten Wohnungseigentümer hinsichtlich der Begründung von dessen positiver Befugnis eine inhaltsbestimmende rechtsgeschäftliche Erklärung ist, schließt es nicht aus, ihr den Charakter einer aufschiebenden Bedingung beizumessen, soweit es um den – hier maßgeblichen – negativen Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer geht (BayObLG a.a.O.).

Das LG hat die oben wiedergegebene, am 13. 7. 1998 durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung und damit auf die Teilungserklärung im Grundbuch eingetragene Zuordnungsregelung zu Recht im Sinne dieser Bedingungslösung ausgelegt (vgl. auch Senat FGPrax 2009, 57 = DNotZ 2009, 383 und OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 1491 = MittRhNotK 1987, 260). Die Auslegung von Grundbucherklärungen ist auch im Verfahren der weiteren Beschwerde durch den Senat uneingeschränkt überprüfbar.

**Bei der Auslegung von Grundbucherklärungen ist auf deren Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt**

Wie bereits das LG dargelegt hat, ist bei der Auslegung einer Grundbucherklärung auf deren Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen zur Auslegung nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind. Dementsprechend kommt es hier für die Auslegung der Teilungserklärung nicht auf das Prozessverhalten der Parteien in dem späteren Bauprozess vor dem LG Dortmund (12 O 430/04) an. Ebenso wenig ist die Formulierung der späteren Zuordnungserklärung in der notariellen Urkunde vom 16. 1. 2006 (UR-Nr. . . /2006 des Notars C.) ausschlaggebend.

**Ein Erwerbsinteressent kann der getroffenen Regelung klar entnehmen, dass durch spätere einseitige Erklärung des Teilenden Sondernutzungsrechte für einzelne Eigentümer begründet werden sollen**

Aus der maßgeblichen Sicht des unbefangenen Betrachters ergibt sich aus der Regelung hinreichend klar, dass die teilende Eigentümerin auch für die Zukunft bis zur Eigentumsumschreibung der letzten verkauften Wohneinheit die Befugnis haben sollte, ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer die Sondernutzungsrechte an den beiden Pkw-Einstellplätzen einzelnen Einheiten zuzuordnen und dass die übrigen Eigentümer mit der Zuordnungserklärung ohne Weiteres von der Mitbenutzung der betreffenden Flächen ausgeschlossen sein sollten. Dieses entspricht rechtlich der oben darge-

stellten Bedingungslösung. Bei der Auslegung ist auch der für den unbefangenen Betrachter erkennbare Sinn und Zweck der Regelung zu berücksichtigen. Wenn der erste Satz der Regelung – wie es der Bet. zu 1) bei seiner isolierten Betrachtung verstehen will – nichts anderes als die Wiedergabe des Rechtszustandes bei der Beurkundung der Teilungserklärung wäre, wäre er ohne Regelungsgehalt und überflüssig. Ein solches Verständnis ist bei objektiver Betrachtung fern liegend. Dass mit der Zuordnung eines Sondernutzungsrechts ein (negativer) Ausschluss vom Mitgebrauch des Gemeinschaftseigentums einhergeht, kann der unbefangene Betrachter bereits aus den Regelungen in § 1 Nrn. 1 und 2 der Teilungserklärung ersehen. Es ist auch die nächstliegende Bedeutung des hier in Rede stehenden Zuordnungsvorbehalts, dass der teilenden Eigentümerin eine Ermächtigung – also die Befugnis zum Handeln im eigenen Namen – und nicht nur – wie es im zweiten Satz begrifflich unzutreffend heißt – eine „Vollmacht“ erteilt worden ist. Denn in dem ersten Satz ist von dem „Recht“ der teilenden Eigentümerin die Rede und das Interesse der teilenden Eigentümerin ging ursprüchlich dahin, unabhängig von den übrigen Eigentümern handeln zu können. Für die Auslegung ist aus der Sicht des Senats maßgebend, dass der unbefangene Betrachter, insbesondere also ein Erwerbsinteressent, der Regelung das gewollte Ergebnis klar entnehmen kann, nämlich dass auch noch zu einem künftigen Zeitpunkt bestimmte Sondernutzungsrechte durch einseitige Erklärung der teilenden Eigentümerin begründet werden konnten, die insoweit zum Ausschluss seines Rechts auf Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums führen konnten. Ist das rechtlich gewollte Ergebnis klar erkennbar, kann auch im Grundbuchverfahren der zu diesem Ergebnis führende juristische Weg im Wege der Auslegung erschlossen werden, mag eine nähere Regelung in der notariellen Urkunde auch wünschenswert erscheinen.

Das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz EP 1.) war durch den der Teilungserklärung beigefügten Lageplan auch hinreichend konkretisiert.

Der in der Teilungserklärung enthaltene Zuordnungsvorbehalt war entgegen der Ansicht des Bet. zu 1) wirksam.

**Die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB auf die Regelungen einer Teilungserklärung ist zweifelhaft, was hier jedoch dahinstehen kann**

Wie bereits oben dargelegt, handelt es sich um eine Regelung, deren Zulässigkeit allgemein anerkannt ist. Es ist bereits zweifelhaft, ob die in einer Teilungserklärung getroffenen Regelungen – wie der Bet. zu 1) meint – an den für allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Vorschriften der §§ 305 ff. BGB zu messen sind (ablehnend z. B. Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 305 Rn. 3; Palandt/Bassenge a.a.O., § 10 WEG Rn. 3; Demharter, GBO, 28. Aufl., Anh. zu § 3 Rn. 26 m. w. N.; zweifelnd auch BGH NJW 2012, 676). Dieses kann jedoch dahingestellt bleiben, da die hier in Rede stehende Regelung einer Inhaltskontrolle sowohl nach § 242 BGB als auch nach den §§ 305 ff. BGB standhält.

**Eine Ermächtigung des teilenden Eigentümers in der Teilungserklärung, mit der er sich aufschiebend bedingt die Zuordnung von Sondernutzungsrechten an bereits eindeutig bestimmten Grundstücksteilen vorbehält, verstößt nicht gegen §§ 305 ff. und § 242 BGB**

So hat der BGH (NJW 2012, 676) die Regelung in einer Teilungserklärung für zulässig erachtet, durch welche sich die teilende Eigentümerin vorbehalten hatte, durch Nachtragsurkunde dem jeweiligen Eigentümer einer Sondereigentumseinheit das Sondernutzungsrecht an Außenstellplätzen einzuräumen, wobei bis dahin die Sondereigentümer – mit Ausnahme der teilenden Eigentümerin – von Gebrauch und Nutzen dieser Außenstellplätze ausgeschlossen waren und die teilende Eigentümerin sogar die Befugnis zur einseitigen Änderung des Inhalts des Sondernutzungsrechts hatte. Dann ist die hier in Rede stehende Regelung erst Recht unbedenklich, da sie für die Erwerber der Wohnungs- und Teileigentumseinheiten weniger einschneidend ist. Sie waren nämlich nicht von Anfang an, sondern nur aufschiebend bedingt von der Mitbenutzung der betreffenden Gemeinschaftsflächen ausgeschlossen und der Inhalt des Sondernutzungsrechts (Pkw-Stellplatz) war bereits in der Teilungserklärung abschließend festgelegt.

Bei einer an den rechtlichen Maßstäben des § 242 BGB ausgerichteten Inhaltskontrolle ist zu berücksichtigen, dass der teilende Eigentümer (Bauträger) ein nachvollziehbares Interesse an der Möglichkeit einer späteren Zuordnung bestimmter Flächen hat, um auf die Bedürfnisse der Käufer eingehen zu können (Beck'sches Notar-Handbuch/Rapp, 5. Aufl., A III, Rn. 59; Kersten/Bühling/Langhein, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl., § 58 Rn. 62). Demgegenüber fallen Vertrauenschutzgesichtspunkte der Erwerber weniger ins Gewicht. So konnten die Erwerber im vorliegenden Fall aus der Teilungserklärung klar erkennen, dass sie damit rechnen mussten, in Zukunft von der Mitbenutzung des Stellplatzes EP 1.) ausgeschlossen zu werden. Die Ermächtigung der teilenden Eigentümerin bestand auch nicht zeitlich unbegrenzt, sondern endete mit der vollendeten Übereignung der letzten Wohneinheit.

Dementsprechend ist die Ermächtigung auch unbedenklich, wenn man sie an der Regelung des § 308 Nr. 4 BGB n. F./§ 10 Nr. 4 AGBG a. F. oder an der Generalklausel des § 307 BGB n. F./§ 9 AGBG a. F. misst. Unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der teilenden Eigentümerin ist die Regelung den erwerbenden Wohnungseigentümern nach dem oben Gesagten zulässig. Sie werden hierdurch nicht in einer unvorhersehbaren und unzumutbaren Weise benachteiligt. Die allgemein anerkannte Regelung ist weder ungewöhnlich, noch steht sie in der Teilungserklärung an einer versteckten Stelle; sie ist daher auch nicht überraschend i. S. d. § 305 c Abs. 1 BGB n. F./§ 3 AGBG a. F.

Nach alledem kann die Regelung auch keinesfalls als sittenwidrig (§ 138 BGB) eingestuft werden.

Der Hinweis des Bet. zu 1) auf die EU-Richtlinie 93/13/EWG vom 5. 4. 1993 bzw. deren Anhang verfängt schon

deshalb nicht, weil die einseitige Teilungserklärung, um die es hier geht, kein Verbrauchervertrag ist.

[. . .]

**2. Liegenschaftsrecht – Zum Ausschluss der Haftung des Bauträgers für verzögerte Herstellung der Wohnung**

(OLG München, Urteil vom 15. 11. 2011 – 13 U 15/11)

**BGB § 307**

1. Die termingerechte Herstellung eines Wohnhauses oder einer Wohnung gehört zu den wesentlichen Pflichten (Kardinalpflichten) eines Bauträgers. Die Haftung für die Erfüllung wesentlicher Vertragspflichten selbst bei einfacher Fahrlässigkeit darf nicht formularmäßig ausgeschlossen werden. Die Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit im Bauträgervertrag ist daher gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (früher § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG) unwirksam.
2. Wer als Bauträger einen bestimmten Fertigstellungstermin zusagt, hat Vorkehrungen zu treffen, dass der versprochene Termin eingehalten wird, insbesondere durch genügend große Zeitpuffer, die Spielraum zur Behebung unvorhergesehener Hemmnisse zulassen.
3. Der mit der Fertigstellung fällig werdende Anspruch des Erwerbers auf Vollzug der Eigentumsübertragung ist auch dann, wenn das Bauvorhaben wegen unstreitiger nicht unerheblicher Mängel noch nicht fertiggestellt ist, auf Grund der Fiktion des § 162 BGB bereits fällig, wenn der Bauträger den Eintritt des vertraglichen Fälligkeitstermins dadurch treuwidrig verhindert hat, dass er fast neun Jahre nach Abnahme des Sondereigentums noch nicht sämtliche Mängel beseitigt hat.
4. In einem solchen Fall ist auf Grund der Fiktion des § 162 BGB auch der Restwerklohn als fällig anzusehen, soweit ihm kein Zurückbehaltungsrecht des Erwerbers wegen Baumängeln gegenübersteht. Von der Restwerklohnforderung ist der Mängelbeseitigungsaufwand abzuziehen, und zwar, um den Bauträger zur Beseitigung der Mängel anzuhalten, in Höhe des dreifachen Druckzuschlags.

**Zur Einordnung:**

In Bauträgerverträgen wird regelmäßig ein Bezugsfertigkeits- und/oder Fertigstellungstermin kalendrisch bestimmt (siehe z. B. Muster in Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 2 Kap. 3 Rn. 1, Ziffer IV.; Basty, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rn. 1173, Ziffer IV. 3; vgl. auch DNotI-Report 2005, 4). Damit wird zum einen dem Erwerber ermöglicht, entsprechende Dispositionen, z. B. hinsichtlich eines bestehenden Mietvertrages, zu tätigen. Zum anderen verhindert der Bauträger dadurch für ihn unkalkulierbare Unwägbarkeiten (vgl. hierzu Basty, a.a.O.,

Rn. 962 m. w. N.; Hertel, a.a.O., Teil 2 Kap. 3 Rn. 95), da er ohne die Festlegung eines Fertigstellungstermins nach § 271 Abs. 1 BGB mit der Bauleistung sofort beginnen und sie binnen angemessener Zeit zügig zu Ende führen muss (BGH RNotZ 2001, 340 = DNotZ 2011, 767; Beck'sches Notarhandbuch/Kutter, 5. Aufl. 2009, A II Rn. 52) und ihn auch die Beweislast trifft, dass die angemessene Herstellungsfrist nicht überschritten wurde (BGH NJW-RR 2004, 209).

Etwaigen Wünschen des Bauträgers, seine Schadensersatzhaftung bei Überschreitung des Fertigstellungstermins zu minimieren oder gar auszuschließen, steht für den Fall der groben Fahrlässigkeit und des Vorsatzes des Bauträgers bereits das Klauselverbot des § 309 Nr. 7 b) BGB entgegen (Basty, a.a.O., Rn. 974). Ein Verzugsschadenshaftungsausschluss wird aber auch bei einfacher Fahrlässigkeit in der Literatur allgemein für unzulässig erachtet (Hertel, a.a.O., Teil 2 Kap. 3 Rn. 98; Basty, a.a.O., Rn. 974; Vogel, BTR 2007, 59). Die Vereinbarung einer Haftungshöchstsumme wird demgegenüber teilweise für rechtmäßig befunden, soweit sie den vertragstypischen und vorhersehbaren Schaden umfasst und nicht auch grob fahrlässiges und vorsätzliches Handeln einschließt (vgl. hierzu im Detail Basty, a.a.O., Rn. 974; Vogel, a.a.O., 59). Eine gerichtliche Entscheidung hierzu aus dem Bereich des Bauträgerrechts fehlte – soweit ersichtlich – bisher jedoch (vgl. zu Fällen der Haftungsbegrenzung außerhalb des Bauträgerrechts u. a. BGH NJW 1984, 1350; BGH NJW 1993, 335).

Das OLG München befindet nun, dass die termingerechte Fertigstellung des Kaufobjekts eine Kardinalpflicht des Bauträgers ist. Auch bei gleichzeitiger Vereinbarung eines Anspruchs des Erwerbers auf Nutzungsausfall im Falle der verspäteten Errichtung des Kaufobjekts darf nach Auffassung des Gerichts die Verzugsschadenshaftung auch bei einfacher Fahrlässigkeit des Bauträgers im Übrigen nicht formalmäßig ausgeschlossen werden. Zu der generellen Frage der in der Literatur diskutierten Zulässigkeit einer Haftungshöchstsumme äußert sich das Gericht jedoch nicht.

Es bleibt somit auch nach der Entscheidung des OLG München offen, ob und inwieweit eine Beschränkung von Verzugsschadensersatzansprüchen des Erwerbers bei einfacher Fahrlässigkeit des Bauträgers, wie z. B. von Basty durch die Vereinbarung einer Haftungshöchstsumme erörtert (a.a.O., Rn. 974), zulässig ist. Der Vertragsgestalter wird jedoch davon ausgehen müssen, dass eine solche Haftungsbeschränkung, wenn überhaupt, nur sehr eingeschränkt unter Beachtung der vorgenannten Grundsätze möglich ist (vgl. hierzu insbesondere Vogel, a.a.O., 59; BGH NJW 1993, 335).

Die Schriftleitung (PH)

### Zum Sachverhalt:

- I. 1. Gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO wird auf den Tatbestand des Erstgerichts Bezug genommen.
2. Mit ihrer Berufung begehren die Bekl. die Aufhebung des Ersturteils in vollem Umfange und die Abweisung der Klage.

Die Bekl. tragen in der Berufungsinstanz vor, soweit noch für die Entscheidung relevant:

[...]

c) Einen schlichten Willkürakt stelle der Abzug der Bereitstellungszinsen in Höhe von 17 672,04 € dar. Im Hinweisbeschluss vom 30. 9. 2009 habe das Erstgericht noch wegen der Haftungsbeschränkung in § 3 Abs. 1 des notariellen Vertrags (Anlage K 1) einen Schadensersatzanspruch insoweit zu Recht verneint. Selbst wenn man diese Haftungsbeschränkung für unwirksam halte, könne die Berechnung nicht von 66,5 Monaten Verzug ausgehen, denn zwischen dem vertraglich vorgeesehenen Fertigstellungstermin und der Abnahme lägen nur 14 Monate. Außerdem sei im Vertrag zwischen Kl. und finanzierender Bank vorgesehen, dass die Tilgung in voller Höhe zum 1. 7. 2010 erfolge. Deshalb habe der Kl. keinen Schaden erlitten.

[...]

Die Bekl. beantragen daher:

Das angefochtene Urteil des LG Landshut vom 7. 12. 2010 (43 O 911/09) wird aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

2. Der Kl. beantragt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Er trägt, soweit zum Schluss der mündlichen Verhandlung vom 18. 10. 2011 noch relevant, vor:

[...]

b) Auch die Ausführungen des LG zu den Bereitstellungs- zinsen seien zutreffend. Die Bekl. hätten auf die Ausführungen des Kl. hierzu in erster Instanz nicht erwidert.

[...]

3. Zur besseren Übersicht hier die unstreitigen Ausgangszahlen zur Berechnung des Restkaufpreises (vor Zahlung der 14 500,- € am 31. 10. 2011):

Gesamtkaufpreis zuletzt	583 384,04 €
Erhöhung durch Mehrflächen	+ 11 964,21 €
Zusatzleistungen, soweit unstreitig	+ 21 296,89 €
<b>Gesamtpreis daher</b>	<b>616 645,14 €</b>
Abzug wegen nicht erbrachter Leistungen	
Bezahlt	
Schadensersatz wegen verspäteter Fertigstellung (Nutzungsausfall)	
Minderung für einzelne Mängel	
Ersatz für Eigenleistung Fensterbänke	
Eigenleistung Treppenbeläge (nicht mehr streitig)	
Eigenleistung Handläufe usw. Galerie (vgl. unten II 2 d)	
Eigenleistung Absturzsicherung Podest (nicht mehr streitig)	
Ersatzvornahme Estrichboden (nicht mehr streitig)	
<b>Summe Restwerklohn ohne streitige Abzüge</b>	<b>42 378,01 €</b>

Das Erstgericht hat zu Gunsten des Kl. folgenden weiteren Abzug gebilligt:

Zinsschaden wegen verspäteter Fertigstellung (weiter streitig)	
<b>Summe Restwerklohn laut Erstgericht</b>	<b>24 705,97 €</b>

Die Bekl. wollen – das ist der Stand der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz – folgende zusätzliche Beträge:

Restforderung gemäß Urteil des Landgerichts	+ 24 705,97 €
Rest für Sonderwunsch Nachtrag D	+ 9 860,00 €
Mehrflächenvergütung Galerie (30 090,00 € minus 2 432,54 € =)	+ 27 657,46 €
Streichung des Zinsschadens	+ 17 672,04 €
<b>Restforderung nach Behauptung der Bekl. daher</b>	<b>82 786,96 €</b>
(Schriftsetzung der Bekl. vom 30. 8. 2011, Seite 9, rechnerisch richtig: 79 895,47 €)	

[. . .]

Mit nachgelassenem Schriftsetzung vom 31. 10. 2011 teilt der Kl. mit, dass er weitere 14 500,- € bezahlt hat.

3. Der Senat hat unter anderem mit der Terminsverfügung vom 30. 6. 2011 umfangreiche Hinweise erteilt. Eine Beweisaufnahme hat vor dem Senat nicht stattgefunden.

#### Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung der Bekl. hat teilweise Erfolg. Sie führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils.

#### Vorliegend ist das bis zum 31. 12. 2011 geltende Schuldrecht anwendbar

1. Anwendbar ist das bis 31. 12. 2001 geltende Schuldrecht, Art. 229 § 5 EGBGB.

2. Der Kl. hat einen Anspruch auf Übereignung durch Erklärung der Auflassung und Bewilligung der Eigentumsumschreibung, allerdings nur Zug um Zug gegen Zahlung des Restkaufspreises, dieser gemindert um den dreifachen Betrag der offenen Mängelbeseitigungskosten.

a) Der rechnerisch unstreitige Restkaufspreis ohne streitige Zu- und Abschläge beträgt 42 378,01 €, siehe oben I.3.

b) Davon abzuziehen ist der Verzugsschaden des Kl. wegen der Zahlung von Bereitschaftszinsen in Höhe von 17 672,04 €. Die Bekl. haben diese Position in erster Instanz nicht bestritten.

#### Die Haftung des Bauträgers für wesentliche Vertragspflichten darf auch bei einfacher Fahrlässigkeit nicht formularmäßig ausgeschlossen werden

aa) Der Anspruch ist nicht nach § 3 des notariellen Vertrags ausgeschlossen, sondern er kann zusätzlich zu der unstreitig vereinbarten Nutzungsentschädigung in Höhe von 26 543,33 € geltend gemacht werden. Denn die Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGGB a. F. unwirksam, vgl. BGH NJW 1994, 1060 (1063, dort zu Klausel Nr. 3). Die Haftung für die Erfüllung wesentlicher Vertragspflichten selbst bei einfacher Fahrlässigkeit darf nicht formularmäßig ausgeschlossen werden.

#### Die termingerechte Herstellung des Kaufobjekts gehört zu den wesentlichen Pflichten eines Bauträgers

Die termingerechte Herstellung eines Wohnhauses oder einer Wohnung gehört zu den wesentlichen Pflichten (BGH a.a.O.: Kardinalpflichten) eines Bauträgers. Die Entscheidung betrifft zwar den Kfz-Handel. Es besteht

aber kein sachlicher Grund, die dort behandelte fristgemäße Lieferung eines Kraftfahrzeugs nicht auch auf die Herstellung einer Immobilie anzuwenden. Denn der Erwerber einer Wohnung muss unter Umständen seine bisherige Wohnung fristgemäß räumen, sich ein Darlehen bereit stellen lassen und den Umzug auf einen bestimmten Zeitpunkt fixieren. Demgegenüber kann allgemein ein Bauträger durch einen knapp oder unrealistisch festgelegten Fertigstellungstermin leichter Verträge mit Interessenten akquirieren und geht gleichzeitig bei Beschränkung der Haftung auf den Nutzungsausfall, der in den Kaufpreis eingerechnet werden kann, ein überschaubares Risiko ein.

#### Der Bauträger hat Vorkehrungen zu treffen, dass auch bei unvorhergesehenen Problemen der zugesagte Fertigstellungstermin eingehalten wird

bb) Die Bekl. Können nicht damit gehört werden, sie trügen keine Schuld an der Bauverzögerung, denn diese sei durch die Insolvenz des Generalunternehmers und einem Wasserschaden, verursacht durch einen Handwerksunternehmer, bedingt gewesen. Wer als Bauträger einen bestimmten Fertigstellungstermin zusagt, hat Vorkehrungen zu treffen, dass der versprochene Termin eingehalten wird, insbesondere durch genügend große Zeitpuffer, die Spielraum zur Behebung unvorhergesehener Hemmnisse belassen. Es ist auch nicht verständlich, warum anstelle des insolventen Generalunternehmers in überschaubarer Zeit kein Nachfolger gefunden werden konnte. Überhaupt kein Entschuldigungsgrund sind die „technisch komplexen Bauabläufe“ oder die unzuverlässigen Einzelunternehmer, die an Stelle des Generalunternehmers eingesetzt wurden. Die komplizierten Bauabläufe waren bei Art und Umfang des Objekts, einer ehemaligen Kaserne, voraussehbar, und statt der Einzelunternehmer hätte eben wieder ein Generalunternehmer eingesetzt werden müssen. Der angebotene Zeuge, der Projektsteuerer W. war daher nicht zu vernehmen, er würde nur bekunden, was ohnehin zu Gunsten der Bekl. als wahr unterstellt werden kann.

cc) Der weitere Vortrag erfolgte mit nicht nachgelassenem Schriftsetzung vom 19. 10. 2011. Selbst wenn man ihn berücksichtigte, würde er nicht zur Unschlüssigkeit der Klage in diesem Punkt führen. Die Bekl. setzen unzulässig den Zeitraum, während dessen Ausgleichszinsen bezahlt werden mussten, gleich mit dem Zeitraum zwischen vereinbartem Fertigstellungszeitpunkt und Abnahme. Denn Abnahme bedeutet nicht Fertigstellung und damit Fälligkeit der letzten Rate. Da der Kl. den vollen Kaufpreis fremdfinanziert hat, kann er den letzten Teil des Darlehens so lange nicht abrufen, als das Bauvorhaben nicht völlig fertig gestellt ist.

dd) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass nach Abzug des Zinsschadens ein Restvergütungsanspruch von 24 705,97 € besteht, so wie ihn auch das LG bezieht hat.

[. . .]

3. Weiter ist die Zahlung von 14 500,- € unter dem 31. 10. 2011 zu berücksichtigen. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war nicht veranlasst (§ 156

ZPO), weil die Zahlung unstreitig ist (s. Schriftsatz der Bekl. vom 10. 11. 2011). Es verbleibt damit ein Restwerklohnanspruch von 24 705,97 € plus 9 860,- € gleich 34 565,97 €, minus 14 500,- € sind 20 065,97 €. Soweit der Kl. schon an dieser Stelle die dreifachen Mängelbeseitigungskosten von 9 246,90 € abzieht, ist das nicht zulässig, weil Mängelbeseitigungskosten zur Ermittlung der Geringfügigkeit der Restforderung außer Betracht zu bleiben haben (und auch vom LG München I und OLG München, Bau R 2008, 1011 nicht als Abzugsposten angesehen wurden). 20 065,97 € sind immer noch über ca. 3,2 % der Gesamtvergütung, und dieser Betrag kann nicht mehr als geringfügig i. S. d. § 320 Abs. 2 BGB angesehen werden (vgl. LG München I und OLG München a.a.O.: 2 % sind geringfügig). Denn sonst wäre – allgemein betrachtet – die vertragliche Regelung zur letzten Rate von 3,5 % bzw. 5,6 % Makulatur. Die Klage hat aber aus anderen Gründen überwiegend Erfolg.

**Da der Bauträger die Fälligkeit des Anspruchs auf Eigentumsübertragung durch längere Nichtbeseitigung von Mängeln treuwidrig verhindert hat, gilt diese nach § 162 BGB trotz bisheriger Nichtfertigstellung des Kaufobjekts als eingetreten**

a) Der klägerische Anspruch auf Vollzug der Eigentumsübertragung ist, obwohl das Bauvorhaben wegen überwiegend unstreitiger, nicht unerheblicher Mängel noch nicht fertig gestellt ist im Sinne der Ratenzahlungsvereinbarung, fällig. Dem Kl. steht nämlich § 162 BGB zur Seite. Danach gilt die Bedingung – hier: Fälligkeit bei vollständiger Fertigstellung – als eingetreten, wenn der Schuldner den Eintritt der Bedingung treuwidrig verhindert. Das ist unter den besonderen Umständen des Falles zu bejahen. Die Bekl. haben fast neun Jahre seit Abnahme des Sondereigentums (4. 12. 2002) eine Vielzahl von Mängeln des Sondereigentums und auch des Gemeinschaftseigentums nicht beseitigt; die streitigen Schallschutzmängel zur Wohnung L. hin sollen hier noch ausgeklammert werden. Angesichts dieses langen Zeitraums muss das Verhalten der Bekl. als treuwidrig angesehen werden, auch wenn man berücksichtigt, dass es sich um ein technisch komplexes Bauvorhaben handelt und dass während des Rechtsstreits wenigstens die Schallschutzmängel im Dachgeschoss und die Mängel an den Fensterlaibungen abgearbeitet wurden.

Der Kl. war nicht gehalten, die Voraussetzungen für die Selbstvornahme (§ 633 Abs. 2 BGB a. F.) zu schaffen und die Mängel durch Dritte beseitigen zu lassen. Es war ihm vielmehr unbenommen, auf der Nacherfüllung durch die Bekl. zu bestehen. Dies folgt schon aus der Erwägung, dass der Kl. auch auf Erfüllung (Mängelbeseitigung) hätte klagen können.

**Aufgrund der Fälligkeit des Eigentumsübertragungsanspruchs des Erwerbers gemäß § 162 BGB ist auch der Restwerklohnanspruch des Bauträgers zur Zahlung fällig**

b) Umgekehrt haben die Bekl., die Fälligkeit des Auflassungsanspruchs nach § 162 BGB unterstellt, zumindest auf den Teil ihrer Werklohnforderung Anspruch, der nicht vom klägerischen Zurückbehaltungsrecht wegen der Baumängel umfasst ist.

[. . .]

ee) Aufgrund der Fiktion des § 162 BGB muss auch der Restwerklohn als fällig betrachtet werden, aber nur soweit ihm kein Zurückbehaltungsrecht wegen der Baumängel gegenüber steht.

**Von dem Restwerklohnanspruch des Bauträgers ist jedoch der Mängelbeseitigungsaufwand in Höhe eines dreifachen Druckzuschlags abzuziehen.**

Den Bekl. darf einerseits kein Vorteil daraus erwachsen, dass sie den Eintritt der Fälligkeit des Auflassungsanspruchs treuwidrig verhinderten; diesen Vorteil würden sie erlangen, wenn eine Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung des gesamten Restwerklohns ausgesprochen würde mit der Folge, dass derselbe Zustand wie vorher, nur mit umgekehrten Vorzeichen hergestellt würde. Deshalb ist in reziproker Anwendung von § 320, § 641 Abs. 2 BGB a. F. von der Restforderung der Mängelbeseitigungsaufwand abzuziehen, und zwar, um die Bekl. zur Beseitigung der Mängel anzuhalten, in Höhe des dreifachen Druckzuschlags. Andererseits muss der Restkaufpreis berücksichtigt werden, soweit ihm kein Zurückbehaltungsrecht des Kl. gegenüber steht.

Diese kombinierte Lösung entspricht Ziffer 5 der klägerischen Anträge. Auf diese Lösung hat zudem der Senat – insoweit nicht protokolliert – in der mündlichen Verhandlung hingewiesen. Sie ermöglicht eine faire Verteilung der noch offenen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag. Eine Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung des gesamten Restwerklohns – wie noch in den Hinweisen vom 30. 6. 2011 favorisiert – würde im Ergebnis nur den Status quo wiedergeben, in dem sich die Ansprüche unvereinbar gegenüber stehen, nur dass die jeweiligen Anspruchsteller die Seite wechseln. Eine unbeschränkte Verurteilung ohne jegliche Zug-um-Zug-Leistung würde außer Acht lassen, dass die Restwerklohnforderung gerade nicht geringfügig i. S. d. § 320 Abs. 2 BGB ist.

ff) Insgesamt bestehen Mängelbeseitigungskosten von  $(3 082,30 € + 500,- €) \times 3 = 10 746,90 €$ . Dieser Betrag ist vom Restwerklohn von  $(34 565,92 € - 14 500,- €) = 20 065,97$  abzuziehen, sodass den Bekl. noch 9319,07 € unbedingt zustehen.

gg) Die Hinterlegung des Restwerklohns auf ein Treuhandskonto, wie in den klägerischen Anträgen Nr. 2 und 3 beantragt, konnte mangels gesetzlicher Grundlage nicht ausgesprochen werden.

### **3. Liegenschaftsrecht – Geltung des § 181 BGB für Testamentsvollstrecker und zur Grundbuchberechtigung bei möglichem Aufladen der Vormerkung**

(OLG München, Beschluss vom 26. 3. 2012 – 34 Wx 199/11)

**BGB §§ 181; 883; 2205**

**GBO §§ 19; 22**

### **1. Das Verbot des Insichgeschäfts gilt auch für die Bewilligung des Testamentsvollstreckers zur Lö-**

**schung von Rechten der Erben an seinem Grundstück.**

**2. Zum Unrichtigkeitsnachweis bei möglicherweise „wiederaufgeladenen“ Rückauflassungsvormerkungen.**

**Zur Einordnung:**

Die nachfolgende Entscheidung betrifft zwei Bereiche: die Geltung des § 181 BGB für den Testamentsvollstrecke und die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Vormerkung gelöscht werden kann, die das Rückforderungsrecht des zwischenzeitlich verstorbenen Veräußerers aus einem Übertragungsvertrag sichert.

Seinem Wortlaut und seiner systematischen Stellung nach gilt § 181 BGB nur für den Stellvertreter. Das Verbot gilt aber wegen der vergleichbaren Interessenlage für den Testamentsvollstrecke entsprechend (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 2012, 71. Aufl. § 181 Rn. 3). Allerdings ist § 181 BGB bei amtsempfangsbedürftigen Verfahrenserklärungen grundsätzlich nicht anwendbar (vgl. BayObLGZ 1977, 76, 78 = MittBayNot 1977, 130). Jedoch hat der BGH bei solchen Erklärungen § 181 BGB dennoch angewendet, wenn der Vertreter die Erklärung gegenüber sich selbst hätte abgegeben können, da er der Sache nach Erklärungsempfänger ist (vgl. BGH NJW 1980, 1577). Diesem Ansatz ist hier auch der Senat gefolgt. Im vorliegenden Fall hatte der Testamentsvollstrecke nach dem verstorbenen Veräußerer eine sein Eigentum belastende und zu Gunsten des Erblassers eingetragene Rückauflassungsvormerkung zur Löschung bewilligt. Dem Senat zufolge stehe § 181 BGB der Wirksamkeit der Löschungsbewilligung nicht entgegen, wenn es sich tatsächlich nur um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handele; es genüge hier aber nicht die schlüssige Darlegung. Vielmehr sei vom GBA von Amts wegen zu prüfen, ob ein durch Vormerkung gesicherter Anspruch – noch – besteht.

Zur Frage der Aufladbarkeit der Vormerkung: Nachdem der BGH entschieden hatte, dass eine Vormerkung auch außerhalb des Grundbuchs auf Ansprüche mit anderen Voraussetzungen erstreckt werden kann (sog. „Aufladen“ der Vormerkung, BGH DNotZ 2008, 514 = RNotZ 2008, 222, 224; dazu Heggen, RNotZ 2008, 213 ff.), hatte die obergerichtliche Rspr. die Möglichkeit der Aufladbarkeit in immer großzügigerer Weise bejaht (vgl. nur OLG Köln MittBayNot 2010, 473; OLG Schleswig, RNotZ 2011, 108), was im Ergebnis oftmals dazu führte, dass – wie im hier vom Senat entschiedenen Fall – auch die eher entfernte Möglichkeit der Aufladung ausreichte, die Löschung der Vormerkung im Verfahren nach § 22 GBO im Ergebnis unmöglich zu machen. Die Entscheidung des Senats dürfte insoweit inzwischen allerdings überholt sein, da der BGH in einer Entscheidung aus dem Mai 2012 die Voraussetzungen einer möglichen Aufladbarkeit konkretisiert hat (DNotZ 2012, 609): Danach kann die unrichtig gewordene Eintragung einer Vormerkung durch nachträgliche Bewilligung für einen neuen Anspruch verwendet werden, wenn Anspruch, Eintragung und Bewilligung kongruent sind; an dieser

Übereinstimmung fehlt es nach Ansicht des BGH jedoch, wenn die Vormerkung für einen höchstpersönlichen, nicht vererblichen und nicht übertragbaren Rückübertragungsanspruch des Berechtigten eingetragen ist. In diesem Fall soll es zur Löschung nach § 22 Abs. 1 GBO genügen, wenn der Tod des Vormerkungsberechtigten formgerecht nachgewiesen ist (BGH DNotZ 2012, 609).

Die Anordnung von Testamentsvollstreckung wird in der notariellen Praxis gewählt, um die Abwicklung im Sinne des Erblassers zu erleichtern. Die Entscheidung zeigt, dass auch insoweit – selbst bei reinen Verfahrenshandlungen – § 181 BGB zu berücksichtigen ist. Die damit zusammenhängenden Probleme werden ausgeräumt, wenn der Erblasser im Testament den Testamentsvollstrecke von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

*Die Schriftleitung (LB)*

**Zum Sachverhalt:**

I. Der Bet. ist als Eigentümer von Grundbesitz im Grundbuch eingetragen, welcher ihm mit notariellem Vertrag vom 2. 8. 1993 von seiner Mutter übertragen worden war. In diesem Vertrag verpflichtete sich der Bet. als Übernehmer, ohne schriftliche Zustimmung seiner Mutter bzw. nach deren Ableben ohne Zustimmung von B. v. H., deren Ehemann, – jeweils zu deren Lebzeiten – nicht über das Vertragsobjekt zu verfügen, das heißt, dieses ganz oder teilweise zu veräußern oder zu belasten. Der Übernehmer bzw. dessen Erben sollten danach verpflichtet sein, das Vertragsobjekt zurück- bzw. an B. v. H. zu übertragen, wenn entweder der Bet. ohne schriftliche Zustimmung über das Vertragsobjekt verfügt oder über sein Vermögen das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder die Zwangsversteigerung angeordnet wird oder der Übernehmer vor dem Übergeber oder dessen Ehegatten verstirbt. Die Rückübertragung hatte nur auf Verlangen zu erfolgen. Dieses war notariell zu beurkunden und durch Zustellung einer Ausfertigung der Urkunde geltend zu machen. Der Rückübertragungsanspruch war nicht übertragbar und nicht vererblich. Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs ist eine Vormerkung bewilligt und im Grundbuch eingetragen.

Die Mutter des Bet. und deren Ehemann sind inzwischen verstorben. Unter dem 3. 3. 2011 hat der Bet. im eigenen Namen und in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecke über den Nachlass des letztverstorbenen Ehemannes Löschung des Rechts beantragt.

Das GBA hat mit Zwischenverfügung vom 15. 3. 2011 unter anderem Frist zur Darlegung der Entgeltlichkeit bzw. Zustimmung der Erben gesetzt. Der hiergegen eingelegten Beschwerde hat das GBA insoweit mit Beschluss vom 19. 4. 2011 nicht abgeholfen und dazu ausgeführt, dass die Wiederaufladbarkeit der Vormerkung zu berücksichtigen sei. Die Löschung sei nur möglich, wenn die Vormerkung selbst – wie nicht – bedingt oder befristet sei. Sonst müsse die Löschung von allen Erben mit Erbnachweis nach § 35 GBO bewilligt werden. Da Testamentsvollstreckung angeordnet sei, müsse der Testamentsvollstrecke – der Bet. – bewilligen. Es fehle zusätzlich aber an Nachweisen für die Bewilligungsbefugnis. Das Testamentsvollstreckezeugnis sei vorzulegen und eine Aussage des Testamentsvollstreckers sei notwendig, weshalb die unentgeltliche Verfügung nicht den Nachlass schmälere.

**Aus den Gründen:**

II. Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO auch gegen eine Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO; vgl. Senat vom

25. 8. 2011, 34 Wx 169/11, zitiert nach juris, m. w. N.) namens des Bet. zulässig erhobene Beschwerde hat in der Sache nur zum Teil Erfolg.

**In der Löschung einer bloßen Buchposition liegt keine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers i. S. v. § 2205 S. 3 BGB**

1. Der Bet. hat die Löschungsbewilligung (§ 19 GBO) sowohl als Testamentsvollstreckter (§ 2205 BGB) als auch als Eigentümer des belasteten Grundbesitzes abgegeben. Soweit er als Testamentsvollstreckter gehandelt hat, ist die Möglichkeit der Schmälerung des Nachlasses durch eine unentgeltliche Verfügung ausgeräumt (vgl. § 2205 S. 3 BGB). Denn eine entgeltliche Verfügung ist regelmäßig dann hinreichend nachgewiesen, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind. Es genügt also auch eine privatschriftliche Erklärung des Testamentsvollstreckers, die diesen Anforderungen entspricht, nicht dagegen seine bloße Behauptung, die Verfügung sei entgeltlich (vgl. Demharter, GBO, 28. Aufl., § 52 Rn. 23 m. w. N.). In der Löschung einer bloßen Buchposition liegt keine unentgeltliche Verfügung. Der Bet. hat dargetan, dass die der Vormerkung zugrunde liegende Forderung nicht mehr besteht. Dies reicht grundsätzlich aus.

**§ 181 BGB gilt bei amtsempfangsbedürftigen Verfahrenserklärungen grundsätzlich nicht**

a) Trotzdem kann allein auf seine Bewilligung hin die Löschung nicht vorgenommen werden, da der Bet. als Testamentsvollstreckter nicht von der Beschränkung durch § 181 BGB befreit ist. Zwar gilt die Vorschrift des § 181 BGB bei amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen, zu denen die Bewilligung gemäß § 19 GBO gehört, nicht unmittelbar. Es handelt sich nach nunmehr herrschender Meinung (vgl. Demharter, § 19 Rn. 13 m. w. N.) um eine rein verfahrensrechtliche Erklärung, die deshalb grundsätzlich nur verfahrensrechtlichen, nicht aber sachlich-rechtlichen Vorschriften unterliegt. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts für rechtsgeschäftliche Erklärungen können daher nicht unmittelbar, sondern allenfalls entsprechend angewandt werden. Insbesondere ist die Bewilligung von den zum Eintritt einer Rechtsänderung notwendigen sachlich-rechtlichen Erklärungen zu unterscheiden, wenn auch die eine in der anderen enthalten sein kann. Entspricht somit die Eintragungsbewilligung nicht der wahren Rechtslage, wird das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig (vgl. Demharter, § 19 Rn. 17). Das bedeutet nicht, dass die Wirksamkeit des Grundgeschäfts und die Wirksamkeit eines etwaigen Verzichts auf das Recht von Amts wegen nachzuprüfen wäre. Auch wenn das GBA nicht daran mitwirken darf, dass das Grundbuch unrichtig wird, darf es ohne entsprechende Anhaltspunkte grundsätzlich nicht die Wirksamkeit des materiellen Geschäfts in Frage stellen.

**Für den Testamentsvollstreckter gilt § 181 BGB entsprechend**

b) Prüfen muss das GBA aber, ob der Erklärende berechtigt ist, die Bewilligung für dritte Personen oder auf-

grund eines Treuhandverhältnisses zwar im eigenen Namen, aber mit Wirkung für dritte Personen abzugeben, damit auch, ob bei Testamentsvollstreckung § 181 BGB entgegensteht. Denn das Verbot des Insichgeschäfts gilt für den Testamentsvollstreckter entsprechend (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 181 Rn. 3).

**Allerdings ist § 181 BGB auf Verfahrenserklärungen anwendbar, wenn der Erklärende die Erklärung auch gegenüber sich selbst hätte abgeben können**

Allgemein wird bei amtsempfangsbedürftigen Erklärungen unterschieden, ob der Vertreter die Erklärung gegenüber sich selbst hätte abgegeben können, da er der Sache nach Erklärungsempfänger ist (vgl. z. B. für die Löschung eines Grundpfandrechts BGH NJW 1980, 1577). Dies ist der Fall, wenn die Aufgabeerklärung sowohl dem Grundstückseigentümer als auch dem GBA gegenüber abgegeben werden kann (§ 875 BGB). Dann macht es keinen Unterschied, ob gleichsam zufällig die Erklärung gegenüber dem GBA oder gegen den Vertreter selbst in dieser Eigenschaft abgegeben wird (vgl. BGH NJW 1980, 1577). Der BGH hat in der angeführten Entscheidung auch die Wirksamkeit der Bewilligung von der materiellrechtlichen Wirksamkeit abhängig gemacht.

Unanwendbar soll § 181 BGB hingegen sein, wenn das Gericht nicht nur formell, sondern auch der Sache nach Erklärungsempfänger ist (vgl. Palandt/Ellenberger, § 181 Rn. 13 m. w. N.). Sieht man die Bewilligung als rein verfahrensrechtliche Erklärung an, wird dies, von Fällen wie denen in §§ 875, 876, 1168, 1183 BGB abgesehen, grundsätzlich der Fall sein. Allerdings wird außer dem GBA als Adressat der Eintragungsbewilligung auch derjenige angesehen werden müssen, zu dessen Gunsten die Eintragungsbewilligung abgegeben wird, und zwar auch bei Bewilligung der Vormerkung sowie hinsichtlich der Bewilligung eines mittelbar Betroffenen (vgl. Demharter, § 19 Rn. 26). Dies folgt aus dem mit der Eintragungsbewilligung verfolgten Verfahrenszweck, eine Grundbucheintragung zugunsten einer bestimmten Person zu bewirken. § 181 BGB gilt hiernach auch dann, wenn eine Erklärung zwar gegenüber einer staatlichen Stelle abgegeben werden kann, sie der Sache nach aber an eine Privatperson gerichtet ist (vgl. z. B. Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2009, § 181 Rn. 40; RGZ 143, 350, 352 f.; a. A. wohl BayObLGZ 1951, 456; LG Saarbrücken vom 20. 10. 2008, 5 T 469/08, zitiert nach juris, zu Eintragungen im Binnenschiffahrtsregister). Der Schutzzweck des § 181 BGB kann somit grundsätzlich bei der Abgabe grundbuchverfahrensrechtlicher Erklärungen Bedeutung erlangen (vgl. z. B. LG Karlsruhe MittBayNot 2008, 382 mit Anm. Kössinger).

**Es ist vom GBA von Amts wegen zu prüfen, ob ein durch Vormerkung gesicherter Anspruch besteht**

c) Der Bet. verfügt hier über eine Grundbuchposition zu seinen Gunsten. Auch wenn die Bewilligung nicht dazu führen kann, dass eine Auflassungsvormerkung erlischt, wenn diese in Wirklichkeit noch besteht, verfügt er doch – zu seinen Gunsten – als Testamentsvollstreckter über eine fremde Buchposition. Dies würde zwar als Ausnahme von § 181 BGB die bloße Erfüllung einer Verbindlichkeit darstellen, wenn ein durch die Vormerkung gesicherter Anspruch nicht besteht. Gerade dies ist

aber vom GBA von Amts wegen zu prüfen (vgl. Demharter, § 19 Rn. 19) und nicht nachgewiesen (siehe im Folgenden zu 2.). Da es um die Berechtigung zur Abgabe der Bewilligung geht, genügt nicht die schlüssige Darlegung.

2. Der Bet. hat auch als Eigentümer Antrag auf Berichtigung nach § 22 Abs. 1 S. 1 GBO gestellt. Insoweit bestehen die vom GBA angenommenen Hindernisse.

**Im Rahmen der Löschung nach § 22 GBO muss der Eigentümer nachweisen, dass der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch erloschen ist**

a) Die Löschung findet statt, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist und zwar in der Form des § 29 GBO (vgl. Demharter § 22 Rn. 42). Der Bet. als Eigentümer muss also zunächst nachweisen, dass die durch die Vormerkung gesicherte Forderung erloschen ist. Des Nachweises durch öffentliche Urkunden bedarf es nicht, soweit die Löschungsvoraussetzungen beim GBA offenkundig sind (§ 29 Abs. 1 S. 2 GBO). Das ist bei der Forderung, wie sie in der ursprünglichen Fassung gesichert ist, der Fall. Ihr Erlöschen ergibt sich aus der in Bezug genommenen notariellen Urkunde vom 2. 8. 1993. Mit dem dort beurkundeten Vertrag wurde dem Bet. Grundbesitz zu Alleineigentum übertragen. Gleichzeitig verpflichtete sich der Bekl., nicht über das Vertragsobjekt zu verfügen und unter bestimmten Voraussetzungen an den Übergeber und nach dessen Ableben an B. von H. (zurück-) zu übertragen. Der (Rück-) Übertragungsanspruch war nicht übertragbar und vererblich. Eine Einschränkung dahin, dass dies nach Geltendmachung des Anspruchs anders sein sollte, ist nicht getroffen. Zur Sicherung des Anspruchs wurde die gegenständliche Vormerkung eingetragen. Dem GBA ist auch bekannt, dass sowohl die Übergeberin als auch B. v. H. verstorben sind. Damit steht fest, dass der nicht übertragbare und nicht vererbliche Rückübertragungsanspruch nicht mehr existiert.

**Die Löschung der Vormerkung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises ist aber nur möglich, wenn ausgeschlossen ist, dass die Vormerkung nicht zur Sicherung eines neuen, deckungsgleichen Anspruchs verwendet wurde**

b) Die Löschung der Eigentumsvormerkung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises ist aber nur möglich, wenn auch ausgeschlossen ist, dass eine erloschene Vormerkung nicht zur Sicherung eines neuen deckungsgleichen Anspruchs verwendet wurde, der auch andere Voraussetzungen haben kann (zum „Aufladen einer Vormerkung“ vgl. BGHZ 143, 175; BGH NJW 2008, 578, OLG Schleswig FGPrax 2010, 282). Nach derzeit überwiegender Meinung ist eine Berichtigung undurchführbar, wenn eine derartige „Aufladung“ nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. OLG Schleswig FGPrax 2010, 282 = RNotZ 2011, 108; 2011, 72; OLG Köln FGPrax 2010, 14 = RNotZ 2010, 48; OLG Frankfurt vom 13. 4. 2011, 20 W 126/11, bei juris).

**Die theoretische und ganz entfernte Möglichkeit einer Aufladung muss außer Betracht bleiben**

c) Allerdings kann auch im Grundbuchverfahren ausnahmsweise nach dem Zusammenhang der Umstände hinreichend sicher festgestellt werden, dass der An-

spruch erloschen und die Vormerkung nicht durch Vereinbarung eines anderen Anspruchs auf dieselbe Leistung „aufgeladen“ worden ist (vgl. OLG Hamm DNotZ 2011, 691; offen gelassen von OLG Frankfurt a.a.O.). Dabei wird diese Möglichkeit teilweise auf Fälle beschränkt, in denen allenfalls die theoretische und ganz entfernte Möglichkeit besteht, dass der gesicherte Anspruch durch eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgetauscht worden ist (vgl. OLG Schleswig FGPrax 2011, 72).

d) Zahlreiche nicht offenkundige Tatsachen, die nach § 29 Abs. 1 S. 2 GBO durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden müssten, lassen sich in dieser Form nicht oder höchstens durch Urteil nachweisen. Dies wird vor allem bei negativen Tatsachen oft der Fall sein. Ein Nachweis, dass eine bestimmte Vormerkung nicht wieder „aufgeladen“ wurde, erscheint logisch als unmöglich (vgl. Demharter, § 29 Rn. 63). Der Zwang, entfernte Möglichkeiten durch formgerechten Nachweis auszuschließen, würde in der Mehrzahl der Fälle zu leerem Formalismus führen und einen geordneten Geschäftsverkehr unnötig erschweren (BGH Rpfleger 1985, 234), insbesondere wenn ausgeschlossen werden soll, dass ein anderes Recht nicht nur begründet, sondern auch der eingetragenen Vormerkung unterlegt worden ist. Zwar hat der Ast. in der Form des § 29 GBO lückenlos alles auszuräumen, was der begehrten berichtigenden Eintragung entgegenstehen könnte (vgl. z. B. BayObLGZ 1985, 225, 228; Hügel/Holzer, GBO, 2. Aufl., § 22 Rn. 59 m. w. N.). Bloße Vermutungen und abstrakte Missbrauchsgefahren könnten einen einmal erbrachten Beweis nicht erschüttern (vgl. OLG Zweibrücken Mitt-BayNot 2000, 110). Der urkundliche Beweis, dass eine solche Forderung nicht begründet wurde, ist zweifels-ohne hier nicht erbracht.

**Wenn ein formgerechter Nachweis möglich ist, muss das GBA ihn auch verlangen**

e) Das GBA – bzw der Tatrichter des Beschwerdegerichts (§ 74 GBO) – darf jedoch dort, wo ein formgerechter Nachweis möglich ist, nicht davon absehen, diesen zu verlangen, weil es im einzelnen Fall von der Richtigkeit des Vorbringens überzeugt ist (BayObLGZ 1986, 208/211). Eine freie Beweiswürdigung, wie sie dem Tatrichter im Prozessverfahren ohne weiteres möglich wäre, ist im Grundbuchverfahren mit seiner besonderen Formstrenge grundsätzlich nicht zulässig. Ein formgerechter Nachweis erscheint hier tatsächlich zwar unmöglich, doch könnte der Bet. eine Löschung der Vormerkung etwa durch die Vorlage von Bewilligungen der Erben erwirken. Dies stünde im Ergebnis dem formgerechten Nachweis gleich. Dass dies mit Aufwand und Kosten verbunden ist, ist angesichts der gerade im Grundbuchverfahren im Vordergrund stehenden Rechtssicherheit in Kauf zu nehmen (vgl. OLG Schleswig FGPrax 2010, 282 = RNotZ 2011, 108). Die Berichtigung auf Nachweis und die Berichtigungsbewilligung führen in diesem Fall zum selben Ergebnis.

**Es ist darauf abzustellen, ob eine rechtsgeschäftliche Aufladung ernsthaft in Betracht zu ziehen ist**

f) Offen kann vorliegend bleiben, wo die Grenze zum sicheren Ausschluss der „Wiederaufladung“ zu ziehen

ist, insbesondere wann diese Möglichkeit nur unwahrscheinlich und wann lediglich theoretisch ist. Auch die Rechtsprechung lässt als Nachweis dafür, dass die Vormerkung keinen deckungsgleichen anderen Anspruch sichert, nicht die bloße Unwahrscheinlichkeit genügen (etwa OLG Hamm DNotZ 2011, 691). Abgestellt wird überwiegend vielmehr darauf, ob eine rechtsgeschäftliche „Aufladung“ ernsthaft in Betracht zu ziehen ist. Dies entspricht der herrschenden Meinung, wonach ganz entfernt liegende rein theoretische Möglichkeiten nicht zu berücksichtigen sind. Dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass der Anspruch, mit dem die Vormerkung „aufgeladen“ worden sein könnte, zwar deckungsgleich sein, aber sonst nichts mit dem ursprünglich gesicherten Anspruch zu tun haben muss. Auch wenn kein Grund erkennbar ist, weshalb die bestehende Vormerkung für einen anderen Anspruch verwendet werden sollte, so besteht doch ein weites Feld nicht überschaubarer Lebenssachverhalte, die zu einem Austausch der gesicherten Forderung geführt haben könnten. Dabei darf auch die Möglichkeit nicht übersehen werden, dass der ursprüngliche Anspruch lediglich modifiziert, um weitere Entstehungsgründe erweitert oder vererblich oder übertragbar gestellt worden sein kann. Mag in dem der Entscheidung des OLG Schleswig (FGPrax 2011, 72) zugrunde liegenden Fall nach Erfüllung des ursprünglich gesicherten Anspruchs tatsächlich die Möglichkeit einer Aufladung mit einem Anspruch des bereits eingetragenen Eigentümers auf Übereignung rein theoretisch sein, so kann dies hier nicht angenommen werden. Die bloße Wahrscheinlichkeit genügt zum Unrichtigkeitsnachweis aber nicht (vgl. Senat vom 18. 11. 2011, 34 Wx 425/11, dort zum Erlöschen der ursprünglich gesicherten Forderung).

#### 4. Liegenschaftsrecht – Keine Widerlegung der Vermutung nach § 15 Abs. 2 GBO bei Bewilligung der Löschung ohne Löschungsantrag

(OLG München, Beschluss vom 15. 6. 2012 – 34 Wx 185/12, mitgeteilt von Richterin am Oberlandesgericht Edith Paintner)

##### GBO §§ 13; 15

**Die formularmäßige Formulierung in der Löschungsbewilligung zu einer Grundschuld, wonach „mit der Erteilung dieser Bewilligung kein Löschungsantrag“ verbunden sei, ist nicht geeignet, die Vermutung des § 15 Abs. 2 GBO zu widerlegen.**

##### Zur Einordnung:

Die vorliegende Entscheidung nimmt Stellung zu der umstrittenen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, 1. Teil V. 7., Rn. 182) Frage, ob beim Vollzug von Löschungsbewilligungen die vom Gläubiger in der Bewilligung abgegebene Erklärung, er übernehme keine Kosten, im Hinblick auf § 15 Abs. 2 GBO eine ausreichend eindeutige Vollmachtswiderlegung darstellt. Relevant wird dies in Fällen, in denen die Kosten für die Löschung eines Grundpfandrechts vom Gläubiger als Zweitschuldner beigebracht werden sollen. Nach Ansicht des OLG München kann einer solchen, meist pauschal verwendeten Klausel

zwar entnommen werden, dass die Bewilligung selbst nicht auch als Antrag aufgefasst werden solle. Einen ausdrücklichen Ausschluss der Ermächtigung des Notars beinhaltet sie allerdings nicht.

Das OLG München schlägt sich mit diesem Beschluss auf die Seite derjenigen, die von einer Antragsermächtigung des Notars trotz negativer Kostenübernahmeverklärung des bewilligenden Grundpfandrechtsgläubigers ausgehen. Im Hinblick auf diese Sichtweise sind in der Praxis bereits viele Banken dazu übergegangen, in ihren Löschungsbewilligungen Klauseln aufzunehmen, die geeignet sind, die Vermutung des § 15 Abs. 2 GBO zu widerlegen. Beispielsweise lauten diese „Der eingetragene Gläubiger stellt weder einen Antrag auf Löschung, noch ermächtigt er hierzu den Notar“ bzw. „Die Bank übernimmt weder Kosten noch erteilt sie Vollmacht zur Beantragung des Vollzugs der Löschungsbewilligung“. Auch der Notar sollte im Hinblick darauf, dass der Grundbuchverkehr klare Erklärungen fordert, bei Stellung eines Antrags nach § 15 GBO ausdrücklich angeben, für welchen von mehreren Antragsberechtigten er den Eintragungsantrag stellt.

Die Schriftleitung (TF)

##### Zum Sachverhalt:

I. Am 18. 8. 2010 gab die Bf., eine Bausparkasse, eine Löschungsbewilligung zu drei zu ihren Gunsten im Grundbuch eingetragenen Grundschulden ab. Die Löschungsbewilligung enthielt den formularmäßigen Hinweis, dass „mit der Erteilung dieser Bewilligung kein Löschungsantrag“ verbunden sei.

Diese Urkunde legte der Notar, der einen Kaufvertrag der Grundstückseigentümer mit einer Käuferin beurkundet hatte, „mit dem Antrag gemäß § 15 GBO“ auf Vollzug vor. Zudem erklärte er in dem Schreiben vom 4. 11. 2010, dass, „soweit Lastenfreistellungserklärungen (Pfandfreigaben, Löschungen usw.) mit vorgelegt werden“, „deren Vollzug hiermit beantragt“ wird.

Gegen die Kostenrechnung vom 26. 8. 2011 legte die Bf. Erinnerung ein, da sie in der Urkunde ausdrücklich keinen Antrag auf Löschung gestellt habe. Dieser hat das GBA nach Anhörung des Bezirksrevisors am 25. 11. 2011 nicht stattgegeben. Hiergegen hat die Bausparkasse unter dem 12. 12. 2011 Beschwerde eingelegt, in der sie weiter geltend macht, in der Kaufvertragsurkunde sei nur der Löschungsantrag der Verkäufer zu finden, die diese auch zur Kostentragung verpflichtet hätten. Auch daher sei die Vermutung des § 15 Abs. 2 GBO ausgeschlossen. Der Hinweis in der Löschungsbewilligung sei kein reiner Hinweis an den Verkäufer, dass im Innenverhältnis keine Kosten übernommen würden. Vielmehr sei daraus für das GBA klar erkennbar gewesen, dass eine Antragstellung durch den Notar nicht gewollt gewesen sei. Die Vermutung des § 15 Abs. 2 GBO greife daher nicht.

Der Beschwerde hat das GBA unter dem 15. 12. 2011 nicht abgeholfen.

##### Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist gemäß § 14 Abs. 4 KostO zulässig, jedoch nicht begründet, da das GBA die Bf. zutreffend als Kostenschuldnerin ansieht.

1. Nach § 2 Nr. 1 KostO ist bei Geschäften, die – wie die Löschung einer Grundschuld – nur auf Antrag vorzu-

nehmen sind, jeder, der die Tätigkeit des Gerichts veranlasst, Kostenschuldner. In Grundbuchsachen ist Kostenschuldner derjenige, der nach dem Grundbuchverfahrensrecht (§ 13 GBO) dem GBA gegenüber als Ast. gilt, gegebenenfalls auch der Grundpfandrechts-gläubiger (Hartmann, Kostengesetze, 41. Aufl., § 2 Rn. 15).

Stellt ein Notar, der eine zur Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet hat, Vollzugsantrag nach § 15 GBO für einen oder mehrere nach § 13 Abs. 2 GBO Antragsberechtigte, so sind Ast. und Kostenschuldner die von ihm vertretenen Bet. (Hügel/Reetz, GBO, 2. Aufl., § 15 Rn. 12 ff.). Sind mehrere Antragsberechtigte vorhanden und gibt der Notar nicht an, für wen er den Antrag stellt, oder lässt der Antrag dies nicht zweifelsfrei erkennen, so ist nach allgemeiner Meinung (BayObLGZ 1953, 183, 185; BayObLG DNotZ 87, 217; Demharter, GBO, 28. Aufl., § 15 Rn. 11) der Antrag als im Namen aller Antragsberechtigten gestellt anzusehen.

Im vorliegenden Fall hat der die Urkunden vorlegende Notar die Löschungsbewilligung der Bf. „mit dem Antrag gemäß § 15 GBO“ vorgelegt. Dem Antrag lag auch der vom Notar beurkundete Kaufvertrag bei, in dem die Verkäufer des Grundstücks zudem die Zustimmung zur Löschung der Grundschulden erklärt hatten.

In Ermangelung abweichender Kenntlichmachung war der Antrag als von dem Notar im Namen sämtlicher Antragsberechtigter und somit auch der Bf. selbst als gestellt anzusehen.

Unerheblich ist vorliegend, dass die von der Bausparkasse gemäß § 19 GBO abgegebene Löschungsbewilligung nicht von dem Notar beurkundet ist, der den Antrag auf Löschung gestellt hat. Ein Notar kann aufgrund des § 15 GBO einen Antrag zum Grundbuch für jeden Antragsberechtigten stellen, also auch für einen solchen, dessen Erklärung er gar nicht beurkundet oder beglaubigt hat. Es genügt, wenn er die Erklärung irgendeines Antragsberechtigten beurkundet oder beglaubigt hat (OLG Düsseldorf WM 1999, 1274, 1275). Da der antragstellende Notar die gemäß § 27 GBO für die Grundbuchlöschung ebenfalls erforderliche Zustimmungserklärung der Eigentümer in dem von ihm beurkundeten Kaufvertrag aufgenommen hatte, galt seine Vollmachtsvermutung aus § 15 GBO auch im Hinblick auf die Bf. als weitere Antragsberechtigte.

#### **Die Vermutung für die Erteilung einer Vollmacht zur Stellung des Eintragungsantrags ist widerlegbar**

2. Da die Vertretungsbefugnis des Notars nach § 15 GBO vermutet wird, ist sie weder vom Auftrag noch vom Einverständnis des oder der Antragsberechtigten abhängig (BayObLG Rpfleger 1984, 96, 97). Diese Vermutung ist jedoch widerlegbar. So kann sich der Gegenbeweis etwa aus dem Inhalt der Urkunde selbst oder aus anderen Eintragungsunterlagen ergeben (BayObLGZ 1985, 153, 154). Im Interesse der im Grundbuchrecht gebotenen Klarheit muss es sich aber um die Ermächtigung des Notars eindeutig ausschließende, nach außen sichtbar gewordene Umstände handeln, wie etwa um entsprechende Erklärungen der Bet.

(BayObLG Rpfleger 1984, 96, 97; BayObLGZ 1985, 153, 156).

a) Dem steht die in der Löschungsbewilligung enthaltene Formulierung, wonach mit der Erteilung der Bewilligung kein Löschungsantrag verbunden sei, nicht entgegen. Dieser Klausel ist nur zu entnehmen, dass die Bewilligung selbst nicht auch als Antrag aufgefasst werden sollte. Dagegen ergibt sich aus der Formulierung gerade nicht mit hinreichender Klarheit, dass der einreichende Notar nicht von der Bf. ermächtigt sein sollte, einen Antrag zu stellen. Aus der Bewilligung ist nicht klar ersichtlich, dass die Erklärung gegenüber dem GBA als Einschränkung für den Fall abgegeben sein sollte, dass ein Notar im Anschluss einen entsprechenden Antrag stellt. Vielmehr ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, dass diese wohl standardmäßig auf allen Bewilligungen abgedruckte Klausel dazu bestimmt ist, den Eigentümer des belasteten Grundstücks darauf hinzuweisen, dass die ausstellende Bausparkasse einen Antrag auf Löschung noch nicht gestellt hat.

Hätte die Bf. die Tätigkeit des Notars mit ihrer (vermuteten) Vollmacht ausschließen wollen, wäre es unschwer möglich gewesen, mit einem eindeutigen Wortlaut der Bewilligung klarzustellen, dass ein einreichender Notar nicht namens der Bausparkasse ermächtigt ist, Löschungsantrag zu stellen.

b) Auch sonstige Umstände ergeben nicht, dass der den Antrag einreichende Notar nicht (auch) namens der Bf. tätig geworden ist.

#### **5. Liegenschaftsrecht – Zubehöreigenschaft einer Photovoltaikanlage**

(LG Passau, Beschluss vom 28. 2. 2012 – 2 T 22/12)

#### **BGB § 97**

**Photovoltaikanlagen sind Zubehör eines Grundstücks i. S. v. § 97 BGB, sofern sie als Aufdachanlagen konstruiert sind und ihre Nutzungsdauer nicht durch entsprechende Vereinbarungen eingeschränkt ist.**

#### **Zur Einordnung:**

Die Entscheidung befasst sich mit der Frage, ob Photovoltaikanlagen in der Zwangsvollstreckung in den Grundstückswert einzubeziehen sind. Das Gericht bejaht dies im Hinblick darauf, dass es sich bei solchen Anlagen um Zubehör i. S. v. § 97 BGB handele. Wenn die Photovoltaikanlagen als Aufdachanlagen konstruiert sind, blieben diese zwar eigenständige Sachen, ohne Bestandteil eines Gebäudes zu sein. Allerdings seien sie dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt, woran auch der Umstand nichts ändere, dass der erzeugte Strom ausschließlich in das öffentliche Stromnetz eingespeist werde. Insofern gelte die Anlage als Zubehör für den gewerblich genutzten Teil des Gebäudes.

Die Zubehöreigenschaft wirkt sich entsprechend auf das Zwangsversteigerungsverfahren aus. Die Zwangsversteigerung aus einem Grundpfandrecht

erstreckt sich unter den Voraussetzungen des § 1120 BGB auf alle wesentlichen Bestandteile des Grundstücks (§§ 93, 94 BGB) sowie auf das Zubehör (§§ 97, 98 BGB). Damit können auch die in der Praxis häufig vorkommenden Sicherungsübereignungen an Banken risikobehaftet sein. Ist die Photovoltaikanlage z. B. erst nach Verbindung mit dem Grundstück/Gebäude zu einem Scheinbestandteil geworden oder ist sie wie vorliegend von vornherein Zubehör, fällt sie grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen der §§ 1121, 1122 BGB nicht mehr in den Haftungsverband bestehender Grundpfandrechte. Liegen die Voraussetzungen einer Enthaltung nicht vor, wird die Anlage dann im Falle der Zwangsversteigerung regelmäßig von der Beschlagnahme erfasst. Die finanzierende Bank kann auf diese Art und Weise durch den Zuschlag ihr Sicherungseigentum an den Erstehrer verlieren (vgl. hierzu ausführlich Reymann, DNotZ 2010, 84, 98 f.).

Die Rechtsbeschwerde wurde zugelassen.

*Die Schriftleitung (TF)*

#### **Zum Sachverhalt:**

I. Die Bet. zu 1–3) sowie Herr G. S., dessen Rechte durch die Bet. zu 4) als Treuhänderin über dessen Vermögen wahrgekommen werden, sind Eigentümer in ungeteilter Erbengemeinschaft des Grundstücks FlNr. . . . der Gemarkung K., K. HsNr. . . ., Gebäude- und Freifläche zu 924 qm, vorgetragen im Grundbuch des AG F. von K., Blatt . . . Der Bet. zu 1) betreibt zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft die Zwangsversteigerung dieses Grundbesitzes, die mit Beschluss des AG P. vom 3. 11. 2010 angeordnet wurde.

In einem vom AG P. erholten Gutachten vom 10. 6. 2011 hat der Sachverständige Dipl. Ing. (FH) M. W. einen Verkehrswert des vorgenannten Grundbesitzes in Höhe von 86 000,– € ermittelt. Auf dem Dach des in erster Linie zu Wohnzwecken genutzten Gebäudes befinden sich zwei Photovoltaikanlagen, die als sogenannte Aufdachanlagen konstruiert sind, d. h. die Photovoltaikmodule sind auf einer Unterkonstruktion montiert, welche wiederum mit Dachankern am vorhandenen Dach befestigt wurden, wobei die Dachkonstruktion die Dacheindeckung nicht beeinträchtigt. Der von den Solaranlagen produzierte Strom wird ausschließlich in das öffentliche Stromnetz eingespeist. Der Sachverständige hat in seinem Gutachten den Verkehrswert der beiden Photovoltaikanlagen mit 12 000,– € bzw. 24 000,– € ermittelt.

Mit Beschluss vom 7. 12. 2011 hat das AG P. den Verkehrswert für das zu versteigernde Objekt auf 86 000,– € festgesetzt. Die Entscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, die beiden Photovoltaikanlagen seien mangels Einspeisung des erzeugten Stromes in den eigenen Stromkreis nicht als Zubehör und auch nicht als Bestandteil des zu versteigernden Grundstücks zu bewerten und somit im Rahmen der Verkehrswertfestsetzung nicht zu berücksichtigen.

Gegen den am 14. 12. 2011 zugestellten Beschluss hat die Bet. zu 4) mit Schriftsatz vom 19. 12. 2011, eingegangen am 22. 12. 2011, sofortige Beschwerde eingelegt und beantragt, den Verkehrswert des zu versteigernden Objektes unter Berücksichtigung der beiden Photovoltaikanlagen auf 122 000,– € festzusetzen. Entgegen der Auffassung des AG seien auf dem Dach von Gebäuden angebrachte Photovoltaikanlagen wesentliche Bestandteile, zumindest aber Zubehör des Gebäudes.

Das AG P. hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und ausgeführt, an der Bestandteileigenschaft fehle es schon deshalb, weil die Anlage jederzeit ohne Zerstörung der Hauptsache entfernt werden könne. Gesetzliches Zubehör liege ebenfalls nicht vor, weil mangels Einspeisung in den eigenen Stromkreis keinerlei Zweckbindung zum Objekt erkennbar sei.

#### **Aus den Gründen:**

II. Die zulässige sofortige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

1. Gemäß § 74 a Abs. 5 S. 1 ZVG wird der Grundstückswert (Verkehrswert) vom Vollstreckungsgericht, nötigenfalls nach Anhörung von Sachverständigen, festgesetzt. Gemäß § 74 a Abs. 5 S. 2 ZVG ist der Wert der beweglichen Gegenstände, auf die sich die Versteigerung erstreckt, unter Würdigung aller Verhältnisse frei zu schätzen. Nach § 55 Abs. 1 ZVG erstreckt sich die Versteigerung auf alle Gegenstände, deren Beschlagnahme noch wirksam ist. Gemäß § 20 Abs. 2 ZVG sind damit auch diejenigen Gegenstände umfasst, auf welche sich bei einem Grundstück die Hypothek erstreckt. Dies wiederum bestimmt sich nach § 1120 BGB, wonach sich die Hypothek auf die von dem Grundstück getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile erstreckt, soweit sie nicht mit der Trennung nach §§ 954 bis 957 BGB in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangt sind, sowie auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme derjenigen Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind. Die letztgenannte Einschränkung wird durch § 55 Abs. 2 ZVG dahingehend modifiziert, dass sich die Versteigerung auf Zubehörstücke, die sich im Besitz des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigentümers befinden, auch dann erstreckt, wenn sie einem Dritten gehören, es sei denn, dass dieser sein Recht nach Maßgabe des § 37 Nr. 5 ZVG geltend gemacht hat.

#### **Photovoltaikanlagen sind nicht Bestandteile der Hauptsache**

2. Nach Maßgabe dieser Vorschriften sind die Photovoltaikanlagen in die Verkehrswertfestsetzung einzubeziehen, da es sich bei ihnen um Zubehör des zu versteigernden Grundstücks i. S. d. § 97 BGB handelt.

a) Die Photovoltaikanlagen sind nicht Bestandteile der Hauptsache. Bestandteile einer Sache sind sowohl die Teile einer natürlichen Sache als auch die einer zusammengesetzten Sache, die durch Verbindung miteinander ihre Selbstständigkeit verloren haben. Maßgeblich für die Beurteilung, ob es sich um einen Bestandteil, eine selbstständige Sache innerhalb einer Sachgesamtheit oder um ein Zubehörstück handelt, sind die Verkehrsauffassung sowie die natürliche Beurteilung unter Zugrundelegung eines technisch-wirtschaftlichen Standpunktes (BGH 20, 154). Beurteilungskriterien sind Art und beabsichtigte Dauer der Verbindung, der Grad der Anpassung der bisher selbstständigen Sachen aneinander und ihr wirtschaftlicher Zusammenhang (RG 158, 370). Maßgeblich ist letztlich die Verkehrsauffassung.

Photovoltaikanlagen, die als sogenannte Aufdachanlagen konstruiert sind, lassen sich leicht und beschädigen

gungsfrei von der Gebäudesubstanz trennen. Zwar werden sie mit Tragankern an dem Gebäude befestigt, die Gebäudehülle wird hierdurch jedoch nicht beeinträchtigt. Insbesondere werden sie jedenfalls dann, wenn der Strom nicht für das Gebäude selbst erzeugt wird, auch nicht i. S. d. § 94 Abs. 2 BGB zur Herstellung des Gebäudes eingefügt, was sogar eine Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil begründen würde. Vielmehr handelt es sich nach der Verkehrsanschauung bei Aufdachsolaranlagen um eigenständige Sachen und nicht um Bestandteile eines Gebäudes.

#### **Sogenannte Aufdachanlagen gelten als Zubehör**

b) Allerdings sind derartige Aufdachanlagen bewegliche Sachen, die dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache i. S. d. § 97 Abs. 1 S. 1 BGB zu dienen bestimmt sind. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der von den Anlagen erzeugte Strom in das öffentliche Stromnetz eingespeist und nicht im Gebäude selbst verbraucht wird. Die Auffassung des AG, die Zubehöreigenschaft der Photovoltaikanlagen sei schon aus diesem Grunde zu verneinen, greift zu kurz.

Übersehen wird dabei nämlich, dass das Grundstück in dem Moment, in dem auf ihm eine Photovoltaikanlage in Betrieb genommen wird, nicht mehr nur allein zu Wohnzwecken genutzt wird. Vielmehr begründet der Betrieb der Solaranlage eine auch gewerbliche Nutzung des fraglichen Grundstücks, insbesondere der auf dem Gebäude befindlichen Dachflächen. Wird aber ein Grundstück in verschiedener Weise genutzt (beispielweise als Wohn- und Geschäftshaus), kann es für jeden Nutzungszweck unterschiedliches Zubehör haben (BGH 85, 234). Das Zubehör dient dem Zweck der Hauptsache, wenn es deren zweckentsprechende Verwendung ermöglicht oder fördert. Insbesondere stellt das Inventar, das einem bestimmten gewerblichen Betrieb auf Dauer dienen soll, regelmäßig Zubehör dar. Die Solaranlage ermöglicht die Nutzung der Dachflächen zur Gewinnung von Strom, dient somit der Gewinnerzielung und folglich der gewerblichen Nutzung des Grundstücks.

Die Situation ist vergleichbar damit, dass in einem bisher nur zu Wohnzwecken genutzten Gebäude ein Teil der Räumlichkeiten fortan zu gewerblichen Zwecken genutzt wird, deren Inventar damit auch Zubehör des Grundstücks wird.

Das zwischen der Hauptsache und dem Zubehör erforderliche Über- und Unterordnungsverhältnis ist gegeben, insbesondere ist das Grundstück nach seiner objektiven Beschaffenheit (insbesondere der Dachausrichtung) dauerhaft für den gewerblichen Betrieb eingerichtet. Zwar erfolgt die Erzeugung des Stroms letztlich durch die Solarkollektoren, maßgeblich bleibt aber, dass für die Erzeugung des Stroms eine gewisse (Dach)fläche erforderlich ist, so dass das geforderte Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen den letztlich zur Stromerzeugung erforderlichen Geräten und der primär zur Stromgenerierung erforderlichen Grundstücksfläche gegeben ist.

c) Dadurch, dass die Solaranlagen mit dem Dach des Gebäudes verschraubt sind, besteht auch der von § 97

Abs. 1 S. 1 BGB geforderte räumliche Zusammenhang zwischen den Modulen und der Hauptsache.

d) Die Einschränkung in § 97 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach eine Sache dann nicht Zubehör ist, wenn sie im Verkehr nicht als Zubehör angesehen wird, greift hier nicht ein. Eine entsprechende Verkehrsanschauung hat sich bislang nicht herausgebildet.

e) Bei den Solaranlagen handelt es sich auch nicht um Scheinzubehör i. S. v. § 97 Abs. 2 S. 1 BGB. Danach begründet die vorübergehende Benutzung einer Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen nicht die Zubehöreigenschaft. Die Solaranlagen dienen hier der dauerhaften Stromerzeugung. Eine zeitliche Einschränkung der Nutzung ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Insbesondere handeln die Benutzer hier auch nicht in Ausübung eines zeitlich begrenzten Nutzungsrechts, was ebenso wie im Rahmen des § 95 Abs. 2 BGB die Vermutung begründen würde, dass lediglich eine vorübergehende Verbindung beabsichtigt ist.

f) Der Einordnung der Solaranlagen als Zubehör steht auch § 68 Bewertungsgesetz nicht entgegen. Zwar sind gemäß § 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Bewertungsgesetz Maschinen und sonstige Vorrichtungen aller Art, die zu einer Betriebsanlage gehören (Betriebsvorrichtungen) nicht in das Grundvermögen einzubeziehen. Die Vorschriften des Bewertungsgesetzes sind jedoch für die zivilrechtliche Einordnung nicht von Relevanz, wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 68 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Bewertungsgesetz ergibt, wonach Betriebsvorrichtungen sogar dann nicht in das Grundvermögen einzubeziehen sind, wenn es sich um wesentliche Bestandteile handelt. Zudem gelten die besonderen Bewertungsvorschriften gemäß § 17 Bewertungsgesetz allein nach Maßgabe der jeweiligen Einzelsteuergesetze, eine zivilrechtliche Relevanz fehlt.

3. Gegen die von dem Sachverständigen ermittelten Einzelwerte für die Photovoltaikanlagen und das Grundstück selbst wurden von der Beschwerde keine Einwendungen erhoben. Es sind insoweit auch keine Fehler ersichtlich, so dass die Verkehrswertfestsetzung in Anlehnung an das Sachverständigengutachten erfolgen konnte.

#### **6. Erbrecht – Zum Pflichtteilergänzungsanspruch bei Anteilsübertragung an vermögensverwalternder GbR**

(OLG Schleswig, Urteil vom 27. 3. 2012 – 3 U 39/11)

#### **BGB §§ 516; 2314; 2325; 2329**

1. Die Übertragung von Anteilen an einer allein mit der Verwaltung von Vermögen befassten Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Familienhand innerhalb der Familie kann nach den Umständen des Einzelfalls eine (ggf. gemischte) Schenkung sein.

2. Die Parteien eines unentgeltlichen Geschäfts können nachträglich – ggf. konkludent – eine Entgeltvereinbarung treffen, die der Pflichtteilsberechtigte hinnehmen muss, solange zwischen

**Leistung und Gegenleistung kein auffallendes, grobes Missverhältnis besteht.**

**3. Für den Wertermittlungsanspruch nach § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB muss der Pflichtteilsberechtigte die grundsätzliche Zugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes zum (ggf. fiktiven) Nachlass darlegen und beweisen.**

**Zur Einordnung:**

Die Entscheidung betrifft die im Rahmen eines Pflichtteilergänzungsanspruchs relevante Frage, ob und ggf. unter welchen Umständen die Übertragung von Anteilen an einer GbR eine ausgleichspflichtige Schenkung sein kann. Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH WM 1959, 719 ff.; BGH BB 1965, 472; BGH DNotZ 1991, 819) ist bei der Übertragung von Beteiligungen an offenen Handelsgesellschaften (nicht jedoch bei Kommanditgesellschaften, BGH DNotZ 1991, 819) grundsätzlich von einer Entgeltlichkeit auszugehen; die Gegenleistung liege in der Übernahme der persönlichen Haftung und der Pflicht zur Geschäftsführung. In der Literatur ist dies auf Kritik gestoßen und darüber gemutmaßt worden, ob die Rechtsprechung des BGH nach der Hinwendung zur Rechtsfähigkeit der GbR und der Akzessorietätslehre auch auf die GbR übertragen werde (MünchKomm-BGB/Koch, 6. Aufl. 2012, § 516 Rn. 91; Münchener Hdb. d. GesR/Piehler/Schulte, 3. Aufl. 2009, Bd. 1, § 10 Rn. 124; jew. m. w. N.). Diese Frage hat der BGH bislang jedoch nicht beantwortet. Mit der h. M. in der Literatur und in Fortführung der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung hierzu (OLG Frankfurt MittRhNotK 1996, 192; OLG Koblenz ZEV 2002, 321, 322 = NZG 2002, 570, 571) hält das OLG Schleswig die schenkweise Übertragung eines GbR-Anteils zumindest im Fall einer vermögensverwaltenden GbR grundsätzlich für möglich. Unter Berufung auf die Entscheidung des IVa-Senats des BGH (NJW 1981, 1956 f. = WM 1981, 623 f.) stellt die Entscheidung darauf ab, dass die Frage, ob die Aufnahme eines Gesellschafters in eine oHG oder GbR eine Schenkung darstellt, anhand des jeweiligen Einzelfalles zu beurteilen sei; erforderlich sei eine Gesamtbetrachtung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen und aller maßgeblichen Umstände, wie etwa Kapitaleinsatz, Arbeitsleistung, Haftungsrisiko und für den Todestfall getroffene Abfindungsregelungen (so auch Mayer, ZEV 2003, 355, 356; Handbuch des Pflichtteilsrechts/Mayer/Süß/Pawlutta, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 71). Im vorliegenden Fall war für die Annahme einer Schenkung maßgeblich, dass es sich um eine vermögensverwaltende Familien-GbR handelte, bei der angesichts der hohen Werthaltigkeit des Vermögens die Schenkungsempfängerin kein nennenswertes Haftungsrisiko traf und bei der die Arbeitskraft der Gesellschafter nur geringe Bedeutung hatte.

Für die notarielle Praxis bietet die Entscheidung einen hilfreichen Leitfaden, welche Maßstäbe an die Annahme einer Schenkung im Fall einer Übertragung eines GbR-Anteils anzulegen sind. Bemerkenswert für die Vertragsgestaltung ist außerdem die Bestätigung der Rechtsprechung des BGH (NJW-RR 1986, 164; FamRZ 1989, 732 ff.; ZEV 2007, 326 f.), wonach

der Pflichtteilsberechtigte auch eine nachträgliche Entgeltvereinbarung durch die Parteien eines zunächst unentgeltlichen Geschäfts gegen sich gelten lassen muss, solange zwischen Leistung und Gegenleistung kein auffallendes, grobes Missverhältnis besteht.

Für Hinweise zu gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen zur Pflichtteilsminimierung siehe den Aufsatz von G. Müller in: Grziwotz, Erbrecht und Vermögenssicherung (Tagungsband), 2011.

*Die Schriftleitung (MK)*

**Zum Sachverhalt:**

I. Die Kl. macht als Tochter des Erblassers aus dessen erster Ehe gegen die Bekl. – die dritte Ehefrau des Erblassers und dessen testamentarische Alleinerbin – Pflichtteilsansprüche im Wege der Stufenklage geltend.

Hinsichtlich des Sachverhaltes und des Vorbringens der Parteien erster Instanz sowie ihrer dortigen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Die Bekl. hat einen Teil der mit der Klage in der ersten Stufe geltend gemachten Auskunftsansprüche anerkannt. Insoweit ist Anerkenntnis-Teil-Urteil vom 26. 11. 2008 ergangen.

Das LG hat die Bekl. mit dem angefochtenen Teilurteil verurteilt, durch Vorlage eines Gutachtens eines vereidigten und öffentlich bestellten Sachverständigen den Wert

1. der der Bekl. zugewendeten Beteiligung an der Grundstücksgesellschaft X GbR auf den 31. 5. 1977 und
2. der der Bekl. zugewendeten Beteiligung an derselben Grundstücksgesellschaft auf den 27. 12. 1995 zu ermitteln.

Zur Begründung hat das LG ausgeführt:

Der Wertermittlungsanspruch ergebe sich für die Kl. aus § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB. Es handele sich bei den beiden Zuwendungen um gemischte Schenkungen. Das ergebe sich zum einen daraus, dass die Vertragsparteien die Zuwendung seinerzeit ausweislich der Vertragstexte subjektiv als Schenkungen verstanden und gewollt hätten, wie den Vertragstexten zu entnehmen sei. Zwar könne ein objektiv entgeltliches Geschäft nicht durch bloße Erklärung zu einem unentgeltlichen gemacht werden. Indes könnten die Vertragsparteien die Werte von Leistungen und Gegenleistungen innerhalb eines vertretbaren Rahmens selbst bestimmen und festlegen. Hier hätten sie zum Ausdruck gebracht, dass die von der Bekl. mit der Übernahme der Gesellschaftsanteile zugleich übernommenen Verpflichtungen geringfügig und zu vernachlässigen seien.

Zwar könne nach der BGH-Rechtsprechung die Aufnahme eines Gesellschafters in eine oHG keine Schenkung darstellen, weil dieser mit seinem Eintritt die persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaften übernehme und in der Regel zum Einsatz seiner vollen Arbeitskraft im Dienste des Unternehmens verpflichtet sei. Im vorliegenden Fall gehe es jedoch nicht um eine unternehmerisch tätige oHG, sondern um eine GbR, die im Gesellschaftsvermögen vorhandene Grundstücke vermietet und verpachtet. Die Arbeitsleistung der Gesellschafter sei nicht über das hinausgegangen, was auch der Eigentümer einer vermieteten Gewerbeimmobilie zu leisten habe. Zudem habe die Bekl. die Aufgaben der Buchführung und der Finanztechnik für die Gesellschaft bereits 1973 und mithin vor der Zuwendung der Gesellschaftsanteile übernommen. Die diese betreffende Arbeitsleistung habe ihre Grundlage nicht in ihrer Stellung als Gesellschafterin gehabt. Jedenfalls habe sie abweichend von der Rechtsprechung in

den BGH-Fällen der Gesellschaft nicht mit vollem Einsatz ihre Arbeitskraft zur Verfügung stellen müssen.

Was die Haftung für Verbindlichkeiten angehe, sei hier zu berücksichtigen, dass für deren Tilgung zunächst einmal das Gesellschaftsvermögen zur Verfügung gestanden hätte und dass im Übrigen auch ein persönlich in Anspruch genommener Gesellschafter im Innenverhältnis letztlich nur seinen eigenen Anteil zu tragen habe. Nach der von der Bekl. selbst als Anlage B 9 vorgelegten Bilanz per Ende 1976 habe sich das Gesellschaftsvermögen auf 290 652,05 € (Anlagevermögen) belaufen, während die Verbindlichkeiten nur 157 447,64 DM betragen hätten. Der Wert der Gesellschaftsanteile sei aber wirtschaftlich wesentlich höher gewesen, was sich daraus ergebe, dass die Vertragspartner den Wert des Vertrages vom 31. 5. 1977, der sich nur auf 35 % der Gesellschaftsanteile bezogen habe, dort mit 300 000,- DM angegeben hätten. Dies sei ausdrücklich nur „im Kosteninteresse“ erfolgt.

An dem zumindest überwiegenden Schenkungscharakter könne nichts ändern, dass die Bekl. unstreitig 1978 eine Einlage in Höhe von 60 000,- DM und nach ihrer Behauptung 2003 eine weitere Einlage von 50 000,- € geleistet habe. Zwar könnten Vertragsparteien eine Gegenleistung auch nachträglich vereinbaren. Hier behauptete die Bekl. aber selbst nicht, mit dem Erblasser derartige Abreden getroffen zu haben. Es liege auch keine Anstandsschenkung oder Pflichtschenkung vor.

Gegen diese Verurteilung wendet sich die Bekl. mit der form- und fristgerecht eingereichten und begründeten Berufung. Sie macht geltend:

Der zuerkannte Wertermittlungsanspruch aus § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB setze voraus, dass eine ergänzungspflichtige Schenkung gemäß § 2325 BGB unstreitig gegeben sei. Eine Schenkung liege im Hinblick auf die GbR-Anteile aber nicht vor. Im rechtlichen Ausgangspunkt gelte die Rechtsprechung des BGH, dass bei Aufnahme und Übertragung von Gesellschaftsanteilen grundsätzlich keine Schenkung vorgenommen würde, weil die Gegenleistung in der Übernahme von Gesellschafterpflichten wie der geschuldeten Arbeit und der persönlichen Haftung liege.

Das LG gehe im Übrigen noch richtig davon aus, dass für die Frage der Unentgeltlichkeit der Zuwendung die objektive Sachlage entscheidend sei. Die Parteien könnten nicht im Wege der Einigung aus einem entgeltlichen Geschäft ein unentgeltliches machen. Wenn es den Parteien dennoch eine Bewertungsbefugnis einräume, würde der Schenkungsbegriff tatsächlich seiner Tatbestandsvoraussetzung beraubt, nämlich des Vorliegens der Unentgeltlichkeit und also der fehlenden Abhängigkeit von einer Gegenleistung. Die Frage, ob Unentgeltlichkeit vorliege, sei allein nach der objektiven Sachlage zu beurteilen, die Leistung müsse nur zusätzlich von den Parteien als unentgeltlich gewollt sein.

Im vorliegenden Fall sei allein entscheidend, dass nach der herrschenden Meinung bereits die Übernahme der Pflichten eines Gesellschafters hinsichtlich der geschuldeten Arbeitsleistung und der persönlichen Haftung im Regelfall keinen Anlass für die Anwendung der Bestimmungen über die Pflichtteilergänzung geben würde, weil der geschuldete Einsatz der vollen Arbeitskraft für das Unternehmen und die Übernahme der persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft die Gegenleistung des eintretenden Gesellschafters darstellen würde. Ein Missbrauchsfall, in dem ausnahmsweise eine gemischte Schenkung angenommen werden könne, liege hier nicht vor.

Selbst wenn man dem allerdings nicht folgen wollte, müssten zunächst Leistung und Gegenleistung bewertet werden, um festzustellen, ob ein auffallendes, grobes Missverhältnis vorliege, das den Schluss auf die für § 516 BGB erforderliche Einigung über die teilweise Unentgeltlichkeit nahelege. Danach

müsste weiter geprüft werden, ob besondere Umstände vorliegen würden, die eine Abweichung von dem Grundsatz rechtfertigen würden, die Aufnahme eines Gesellschafters stelle im Allgemeinen keine Schenkung i. S. v. § 516 BGB dar.

Das LG hätte im Einzelnen prüfen müssen, ob die Werte von Leistung und Gegenleistung unangemessen und damit willkürlich vorgetragen worden seien, zumal sich die Vertragsurkunden zum Wert einzelner Gegenleistungen nicht verhalten würden. Tatsächlich seien im Zuge der GbR-Übertragung 1977 von der Bekl. nicht nur die grundbuchlich abgesicherten Verbindlichkeiten, sondern in voller Höhe auch die zugrundeliegenden schuldrechtlichen Verpflichtungen übernommen worden. Die Summe der in der Bilanz per Ende 1976 aufgestellten Verbindlichkeiten würde 157 447,67 DM ergeben. Demgegenüber habe das Anlagevermögen der GbR zu diesem Zeitpunkt nicht 290 625,05 € betragen, wie das LG ausführe, sondern denselben Betrag in DM. Daran sei die Bekl. nur mit 25 % also mit 72 663,01 DM beteiligt worden. Der Wert der von der Bekl. übernommenen Verbindlichkeiten der GbR sei mehr als doppelt so groß gewesen.

Zudem habe die Bekl. im Jahr 1978 in die GbR eine Einlage von 60 000,- DM eingezahlt und zwar ausweislich der Bilanz per 31. 12. 1978 als Einlage auf ihrem Kapitalkonto. Im Jahr 2003 habe sie weitere 50 000,- € in die Gesellschaft eingebracht und damit das Eigenkapitalkonto des Erblassers erhöht, wie die Bilanz per 31. 12. 2003 erkennen lasse. Darin liege eine nachträgliche Gegenleistung, die auch konkurrenz vereinbart werden könnte.

Insoweit habe das LG aber schwere Verfahrensfehler begangen. Es sei unzulässig in das schriftliche Verfahren übergegangen, weil es beiden Parteien Schriftsatznachlass gewährt habe und beide Parteien darauf auch Schriftsätze eingereicht hätten. Das LG habe diese Schriftsätze auch ausgewertet, hätte dann aber einen Hinweis nach § 139 ZPO geben müssen, dass es den Vortrag der Bekl. zur nachträglich vereinbarten Gegenleistung für nicht ausreichend halte. Dann hätte die Bekl. vorgetragen und in das Zeugnis des B. gestellt, dass der Erblasser und die Bekl. aufgrund der ständigen finanziellen Probleme eine nachträgliche Entgeltvereinbarung in Bezug auf Überlassung von Beteiligungen und Übertragungen von Grundvermögen getroffen hätten, bevor die Bekl. im Jahr 2003 weitere 50 000,- € in die Gesellschaft eingelegt habe.

Von einer Überlassung der GbR-Beteiligung im Wege der Schenkung könne auch deshalb keine Rede sein, weil die Bekl. Arbeitsleistungen erbracht habe, die der Erstrichter unzutreffend würdigte. Die von ihr ausgeführten Tätigkeiten seit 1973 bis 2007 seien bereits erstinstanzlich in der Anlage B19 zusammengefasst worden. Dadurch seien der Gesellschaft nach der dortigen Aufstellung Kosten in Höhe von 348 960,- € erspart worden. Das gehe weit über die gegenseitige Unterstützung von Ehegatten hinaus, die der Erstrichter ins Feld führe.

Das gleiche gelte entsprechend für die Gesellschaftsübertragung von weiteren 25 % im Jahr 1995. Die Höhe der Verbindlichkeiten sei im Einheitswertbescheid vom 18. 7. 1996 per 1. 1. 1995 mit 182 952,- DM festgestellt worden. Per 1. 1. 1996 hätten sich die Verbindlichkeiten der Grundstücksgemeinschaft noch auf 152 911,43 DM belaufen. Am Todestag der Mutter des Erblassers hätte deren Kapitalkonto ein Negativsaldo von 51 261,42 DM aufgewiesen. Dieser Negativsaldo sei auf den Erblasser übergegangen und folglich auch Bestandteil der Übertragung der Anteile auf die Bekl. gewesen.

Der Bekl. beantragt, das angefochtene Teilurteil zu ändern und die Auskunftsklage vollends abzuweisen.

Die Kl. beantragt, die Berufung der Bekl. zurückzuweisen.

Die Kl. erwidert:

Auf abstrakte Rechtssätze von BGH-Urteilen zu völlig anderen Fallgestaltungen könnte es nicht ankommen. Der BGH habe zur Aufnahme in eine gewerbl. tätige Personenhandelsgesellschaft entschieden. Hier gehe es um die Zuwendung einer GbR-Beteiligung, wobei die GbR einen vermögensverwaltenden Charakter habe. Darauf könne die BGH-Rechtsprechung nicht angewandt werden. Die von der GbR ausgeführte Tätigkeit sei die Verpachtung von Grundbesitz – zwei Grundflächen – gewesen. Die Tätigkeit der Bekl. habe sich darauf beschränkt, monatlich den Eingang der Pacht zu kontrollieren und die mit der GbR im Zusammenhang stehenden Ausgaben für die Steuererklärung zusammen zu tragen, wobei ohne Bedeutung sei, ob dies im Rahmen einer Einnahme-Überschussrechnung oder der Erstellung eines steuerlichen Jahresabschlusses erfolgt sei. Jedenfalls seien die Arbeitsleistungen der Bekl. für die GbR zu vernachlässigen.

Die Auffassung der Bekl., es habe von vornherein keine Unentgeltlichkeit vorgelegen, sei bereits im Ansatz verfehlt. Es fehle an einer nennenswerten Gegenleistung der Bekl. Der Erblasser und die Bekl. hätten sich ausweislich der Verträge auch subjektiv auf die Unentgeltlichkeit der Übertragung geeinigt. Deshalb liege eine Schenkung vor.

Auch die von der Bekl. im Zuge der Übertragung der GbR-Beteiligung übernommenen Verbindlichkeiten würden keine gleichwertige Gegenleistung darstellen. Angesichts des sehr wertvollen Immobilienvermögens der GbR ... sei eine persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter praktisch nicht denkbar. Allein durch ihre Beteiligung an der GbR seien die Mitgesellschafter so vermögend, dass sie die etwaigen Ansprüche der Bekl. entsprechend der Beteiligungsquote hätten bedienen können. Hinzu komme, dass die Bekl. den anteiligen Buchwert ihrer Beteiligungen mit den ihr nur quotal zuzurechnenden Verbindlichkeiten vergleiche. Das aber sei falsch. Anstelle des Buchwertes sei der Verkehrswert des Vermögens der GbR maßgeblich.

Zu Recht habe das LG die Einlagen der Bekl. in die Gesellschaft in Höhe von 60 000,- DM im Jahre 1978 und von 50 000,- € im Jahre 2003 nicht als Gegenleistung für die Übertragung der GbR-Beteiligungen angesehen. Die Ausführungen der Bekl. zu nachträglich vereinbarten Gegenleistungen seien unerheblich. Denn die Einlage der Bekl. in Höhe von 60 000,- DM sei ihrem Kapitalkonto gutgeschrieben worden, es handele sich also nicht um eine Schenkung an die GbR. Diese Einlage sei nur ihr selbst zu Gute gekommen.

Das Gleiche gelte für die Einlage in Höhe von 50 000,- € im Jahre 2003, wo die Bekl. allerdings nunmehr erstmals vortrage, dass sie die Einlage auf das Kapitalkonto des Erblassers geleistet hätte. Das werde bestritten. Eine Einlage auf sein Kapitalkonto hätte nur der Erblasser selbst leisten können. Als Kontrollüberlegung für das Ergebnis, dass eine Einlage keine Gegenleistung sei, möge die Beantwortung der Frage dienen, ob die Erblasserin dem Mitgesellschafter B. durch die Einlagen etwas geschenkt habe. Das sei aber nicht der Fall, da dieser Mitgesellschafter nichts erlangt habe.

Aus diesen Gründen sei auch der zu Unrecht von der Berufung angeführte Verfahrensfehler des LG letztlich ohne Bedeutung. Völlig unklar sei die Behauptung der Bekl., sie hätte die Einlagen tätigen müssen, damit der Erblasser seine Krankheitskosten hätte bezahlen können. Diese hätten mit der GbR nichts zu tun.

Soweit die Bekl. anfüre, das LG habe übersehen, dass ein Wertermittlungsanspruch nur bestehe, wenn eine ergänzungspflichtige Schenkung unstreitig oder bewiesen sei, liege ebenfalls kein Fehler des LG vor. Nach den Feststellungen des LG seien die Schenkungen der GbR-Beteiligungen gerade bewiesen. Zudem würde der gesetzliche Wertermittlungsanspruch ins Gegenteil verkehrt, wenn die Kl. die teilweise Un-

entgeltlichkeit der Zuwendungen bereits beweisen müsste. Dann müsste sie selbst durch Sachverständigengutachten den Wert von Leistung und Gegenleistung bestimmen, so dass der gesetzliche Wertermittlungsanspruch keine Bedeutung mehr hätte.

#### Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg, denn das LG hat zutreffend entschieden. Der Kl. als Pflichtteilsberechtigter steht gegen die beklagte Erbin ein Wertermittlungsanspruch aus § 2314 Abs. 1 S. 2 letzte Alternative BGB zu, wie in dem angegriffenen Teilurteil ausgeführt.

Es geht dabei um die der Bekl. vom Erblasser mit Verträgen vom 31. 5. 1977 und 27. 12. 1995 übertragenen je 25 %igen Geschäftsanteile an der X GbR. Die Gesellschaft beschäftigt sich mit der Vermietung und Verpachtung von zwei Betriebsgrundstücken in ...

#### Zu den Voraussetzungen des Wertermittlungsanspruchs gemäß § 2314 BGB

Es ist anerkannt, dass § 2314 BGB auch einen Auskunftsanspruch über den sogenannten fiktiven Nachlass – also im Hinblick auf einen Pflichtteilsberganzungsanspruch aus den §§ 2325, 2329 BGB – einräumt (etwa BGH NJW 1984, 784 ff., bei juris Rn. 8). Geht es allerdings nicht (mehr) um den allgemeinen Auskunftsanspruch aus § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB, sondern um den Anspruch auf Ermittlung des Wertes der Nachlassgegenstände, kann dem Pflichtteilsberechtigten nicht allein auf den begründeten Verdacht hin, der Erblasser könne einen bestimmten Ergebnisstand innerhalb der Frist des § 2325 BGB weggeschenkt haben, ein Wertermittlungsanspruch zugebilligt werden. Vielmehr muss der Pflichtteilsberechtigte die Zugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes zum (fiktiven) Nachlass darlegen und beweisen. Dem Wertermittlungsanspruch kommt nicht die Funktion zu, dem Pflichtteilsberechtigten die Beweisführung über die Zugehörigkeit des fraglichen Gegenstandes zum (fiktiven) Nachlass zu erleichtern (BGH a.a.O., bei juris Rn. 11–13; Senat, Urt. v. 15. 8. 2006, 3 U 63/05, bei juris Rn. 11).

Auch unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes besteht hier aber der ausgeurteilte Wertermittlungsanspruch.

1. Die Bekl. meint im Ergebnis ohne Erfolg, eine (auch nur gemischte) Schenkung der fraglichen GbR-Anteile scheide schon nach der grundsätzlichen Rechtsprechung des BGH aus, wonach die Übertragung von Gesellschaftsanteilen auch dann, wenn der neue Gesellschafter keine Einlage erbringe, grundsätzlich – mit Ausnahme von Missbrauchsfällen – keine Schenkung darstelle.

#### BGH: keine Unentgeltlichkeit bei Übertragung einer Beteiligung an einer OHG oder Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns

a) Allerdings hat der zweite, für Gesellschaftsrecht zuständige Senat des BGH schon vor geraumer Zeit entschieden, dass es an dem Merkmal der unentgeltlichen Zuwendung in Fällen fehle, in denen jemand in eine bestehende offene Handelsgesellschaft oder in das Ge-

schäft eines Einzelkaufmannes als persönlich haftender Gesellschafter aufgenommen werde, ohne selbst eine Einlage leisten zu müssen. Der BGH hat darin eine Gegenleistung gesehen, dass der neu eintretende Gesellschafter die persönliche Haftung sowie die Beteiligung an einem etwaigen Verlust übernimmt und im Regelfall zum Einsatz seiner vollen Arbeitskraft verpflichtet ist. Dies verbietet grundsätzlich die Annahme einer – sei es auch nur gemischten – Schenkung (BGH WM 1959, 719 ff., bei juris Rn. 22; BGH BB 1965, 472, bei juris Rn. 15; BGH DNotZ 1991, 819 – dort unter ausdrücklichem Hinweis auf verschiedene Bedenken im Schrifttum gegen diese Rechtsprechung, auf die der BGH in jener Entscheidung allerdings nicht eingeht, weil es dort um die Zuwendung eines Kommanditanteiles ging und insoweit eine Schenkung gerade in Betracht kam, denn der Kommanditist haftet nicht persönlich und ist im Regelfall auch nicht zur Geschäftsführung verpflichtet; dem II. Senat des BGH folgend KG DNotZ 1978, 109, 111).

Der IVa-Senat des BGH hat diese Grundsätze in seinem Urteil vom 26. 3. 1981 (NJW 1981, 1956 f = WM 1981, 623 f, hier ging es nun um einen Anspruch auf Pflichtteilergänzung) in Bezug genommen (bei juris Rn. 11), indes dort unter Auswertung der Umstände jenes Einzelfalles die Möglichkeit einer Ausnahme dargelegt.

### Kritik an der BGH-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des II. Senats des BGH (Fallgestaltungen jeweils mit gesellschaftsrechtlichem Hintergrund) hat in der Literatur zahlreiche Kritiker gefunden. Die Zuwendung eines Anteils an einer gesunden Gesellschaft könnte durchaus zu einem Vermögenszuwachs auf Seiten des Empfängers führen, weshalb auch eine – ggf. gemischte – Schenkung in Betracht komme. Der BGH übersehe, dass sich in der persönlichen Haftung des oHG-Gesellschafters und seiner Pflicht, seine Arbeitsleistung voll einzubringen, nur der gesetzliche Inhalt seiner Gesellschaftserstellung ausdrücke. Dies könne nicht als Gegenleistung für die Einräumung der Gesellschaftserstellung qualifiziert werden (etwa Münch-Komm-BGB/Koch, 6. Aufl. 2012, § 516 Rn. 91 mit Hinweis darauf, dass diese Gegenmeinung die „ganz herrschende Meinung im Schrifttum“ sei und mit zahlreichen weiteren Nachweisen; ähnlich in Staudinger/Wimmer-Leonhardt, Neubearb. 2005, § 516 Rn. 153).

### Zur Übertragbarkeit der BGH-Rechtsprechung zur OHG auf eine GbR

b) Indes betrifft die zitierte Rechtsprechung unmittelbar nur die Übertragung des Anteils an einer OHG oder die Aufnahme eines Dritten in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als persönlich haftender Gesellschafter, nicht aber die GbR. Zur GbR ist in den Kommentaren teilweise zu lesen, die Übertragung eines Anteils an einer BGB-Gesellschaft stelle nach der Rechtsprechung in der Regel eine gemischte Schenkung dar (etwa juris PK-BGB/Sefrin, 5. Aufl. 2010, § 516 Rn. 89). Zitiert wird dazu regelmäßig das Urteil des OLG Frankfurt (in MittRhNotK 1996, 192) und – dort allerdings Ausführungen nur am Rande – das Urteil des OLG Koblenz (in ZEV 2002, 321 f., bei juris Rn. 17). Allerdings findet sich auch die Auffassung, dass der BGH seine Grundsätze zu im

Regelfall fehlenden Schenkungen bei Aufnahme eines Dritten ohne eigene Kapitaleinlage als persönlich haftender Gesellschafter in eine oHG oder eine KG auf die unentgeltliche Aufnahme in eine Außen-GbR übertragen werde (MünchKomm-BGB/Koch, a.a.O.; § 516 Rn. 90). In der Tat hat er die Dogmatik der GbR zwischenzeitlich stark derjenigen der oHG angenähert und folgt (seit BGH MittRhNotK 1999, 353) der sog. Akzessorietätstheorie. Insbesondere kann ein Gesellschaftsgläubiger den GbR-Gesellschafter persönlich, unbeschränkt, unmittelbar und primär auf die gesamte Leistung in Anspruch nehmen (vgl. nur Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl. 2012, § 714 Rn. 12).

### Rechtsprechung des IVa-Senats des BGH: Unentgeltlichkeit ist anhand des jeweiligen Einzelfalls unter Gesamtbetrachtung aller Umstände (etwa gesellschaftsrechtliche Regelungen, Kapitaleinsatz, Arbeitsleistung, Haftungsrisiko, Abfindungsregelungen für den Todesfall) zu beurteilen

Deshalb kommt zwar grundsätzlich in Betracht, dass die zitierte ältere Rechtsprechung betreffend die oHG/KG vom BGH auch auf die GbR übertragen werden könnte. Indes ergibt sich gerade aus der Entscheidung des IVa-Senats des BGH (in NJW 1981, 1956 f. = WM 1981, 623 f.) deutlich, dass die Frage, ob die Aufnahme eines Gesellschafters in die oHG – oder eben auch in eine GbR – eine Schenkung darstellt, anhand des jeweiligen Einzelfalles unter Berücksichtigung einer Vielzahl von Umständen zu entscheiden ist und sich „nicht mit einem flüchtigen Blick in den Kommentar beantwortet“ (Mayer, ZEV 2003, 355, 356; Mayer/Süß/Pawlutta, Handbuch des Pflichtteilsrechts, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 71). Erforderlich ist vielmehr eine Gesamtbetrachtung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen und aller maßgeblichen Umstände, wie etwa Kapitaleinsatz, Arbeitsleistung, Haftungsrisiko und für den Todesfall getroffene Abfindungsregelungen. In der Literatur wird dazu zutreffend hervorgehoben, dass sich unter Berücksichtigung einer solchen Einzelfallbetrachtung eine gemischte Schenkung insbesondere dann – und zwar durchaus bereits nach den Kriterien der Rechtsprechung – ergeben könne, wenn es sich um eine lediglich vermögensverwaltende Familiengesellschaft bürgerlichen Rechts mit geringem Haftungsrisiko handele (ausführlich Mayer, ZEV 2003, 355, 356; Damrau/Riedel, Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2325 BGB Rn. 35; Pawlutta a.a.O., § 7 Rn. 74 – dort mit zahlreichen weiteren Nachweisen für diese Meinung FN 227; Burandt/Rojahn/G. Müller, Erbrecht, 2011, § 2325 BGB Rn. 60; Frieser/Lindner, Erbrecht, 2. Aufl. 2008, § 2325 BGB Rn. 13; vgl. auch juris PK-BGB/Birkenheier, a.a.O., § 2325 Rn. 90). Gerade dieser Fall liegt hier vor.

### Landgericht: Geringe Bedeutung der persönlichen Haftung und der Arbeitskraft bei vermögensverwaltender GbR

Darauf aber stellt der Sache nach zutreffend auch das LG ab. Es folgt damit letztlich nur den schon in BGH NJW 1981, 1956 f. vorgegebenen Kriterien. Diese Kriterien bestimmen letztlich auch die zitierten Entscheidungen des OLG Frankfurt und des OLG Koblenz. Dort ging es – wie hier – jeweils gerade um vermögensverwaltende GbRs, beide Gerichte haben Schenkung angenom-

men. Maßgeblich ist bei einer derartigen mit der Verwaltung eigenen Vermögens befassten GbR, dass der Gesichtspunkt der persönlichen Haftung und des Einsatzes der Arbeitskraft in den Hintergrund tritt. Deshalb können die Ausführungen des BGH zur Aufnahme eines Gesellschafters als Kommanditist (hier ist die Annahme einer gemischten Schenkung auch nach der Rechtsprechung des für Gesellschaftsrecht zuständigen II. Senats möglich, BGH DNotZ 1991, 819) entsprechend angewendet werden (so OLG Frankfurt a.a.O.). Mayer (in ZEV 2003, 355, 356) macht für solche Fallgestaltungen zutreffend deutlich, dass für die Frage, ob eine Schenkung vorliege, auch die persönlichen Beziehungen der beteiligten Personen nicht außer Acht gelassen werden dürfen. Insbesondere wäre zur Kontrolle des Ergebnisses zu fragen, ob der jeweilige Vertrag auch mit einem Familienfremden geschlossen worden wäre – dies als Indiz gegen eine Schenkung – oder aber nicht. Für die Betrachtung des Einzelfalles seien das Bestehen einer verwandtschaftlichen Beziehung zwischen den Bet., der Zweck einer Gesellschaft – Betrieb eines Gewerbes einerseits oder aber bloße Verwaltung eines Vermögens andererseits – und auch der Wert der übertragenen Beteiligung von Bedeutung.

Hinter der zitierten älteren Rechtsprechung des Gesellschaftsrechts-Senats des BGH steht der Gesichtspunkt, das Interesse an der Fortführung eines Unternehmens über den Tod eines Gesellschafters hinaus zu stützen und zwar unter möglichst weitgehender Vermeidung von die Fortführung erschwerenden Abfindungsansprüchen (so analysiert gerade der IVa-Senat des BGH die Rechtsprechung des II. Senats, NJW 1981, 1956 f bei juris Rn. 12; siehe auch Pawlyta, a.a.O., § 7 Rn. 70). Dieses Interesse ist bei der rein vermögensverwaltenden GbR bereits nicht sehr hoch einzustufen. Vor allem müssen aber unter erbrechtlichen Gesichtspunkten auch die schutzwürdigen Belange der Nachlassbeteiligten, insbesondere auch der Pflichtteilsberechtigten, gesehen werden (BGH a.a.O.).

Das Pflichtteilsrecht wird durch die Erbrechtsgarantie von Art. 14 Abs. 1 GG iVm Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet und ist also verfassungsrechtlich geschützt, wie in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG sehr deutlich herausgearbeitet worden ist (BVerfG DNotZ 2006, 60). Es erscheint mit dieser verfassungsrechtlichen Garantie nicht vereinbar, wenn Grundvermögen über die Gründung einer GbR und die Übertragung von GbR-Anteilen an bestimmte Familienmitglieder der Pflichtteilsergänzung wirksam entzogen werden könnte. Die – wie aufgezeigt – letztlich differenzierte und den Einzelfall berücksichtigende Rechtsprechung führt indes auch nicht zu solchen Ergebnissen.

### Zur Würdigung des Sachverhalts

2. Im vorliegenden Fall handelt es sich gerade um eine Weitergabe des GbR-Anteils innerhalb der Familie (nämlich an die Ehefrau) und um eine von ihren Aufgaben her lediglich vermögensverwaltende (Familien-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die beiden Übertragungen 1977 und 1995 sind Schenkungen des Erblassers an die Bekl., weshalb der Wertermittlungsanspruch der Kl. besteht.

a) Legt man die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zugrunde, fehlt es hier bereits an dem von dieser Rechtsprechung zentral hervorgehobenen und gegen eine (ggf. gemischte) Schenkung sprechenden Gesichtspunkt, dass der in eine bestehende offene Handelsgesellschaft oder in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als persönlich haftender Gesellschafter Eintretende im Regelfall zum Einsatz seiner vollen Arbeitskraft verpflichtet ist.

Die Bekl. hebt zwar in ihrem Schriftsatz vom 14. 2. 2012 hervor, welche maßgeblichen Arbeitsleistungen sie seit ihrer Eheschließung im Jahre 1973 für die GbR erbracht habe (nämlich die gesamte monatliche Buchführung einschließlich der Abschlüsse; die Umsatzsteuervoranmeldung und die Steuererklärungen; die Unterstützung des Erblassers bei Verhandlungen mit Banken und bei Betriebsprüfungen; intensive Arbeit bei der stetigen Verpachtung des ...geschäfts mit wechselnden Pächtern; Durchführung umfangreicher Sanierungsmaßnahmen an dem Wohnhaus und dem Geschäftshaus sowie an der Verkaufs- und Ausstellungshalle ...). Sie führt weiter aus, dass ihr aufgrund schwerwiegender Erkrankungen des Erblassers in den Jahren 1971 bis 1980 und dann von 1990 bis zu seinem Tod 2007 die alleinige Geschäftsführung obliegen hätte. Letztlich verweist sie für den Umfang ihrer Tätigkeiten in der Zeit von 1973 bis 2007 zusammenfassend auf ihre Zusammenstellung in der Anlage B 19, woraus sich ergeben solle, dass sie in dieser Zeit – 34 Jahre – der Gesellschaft Kosten in Höhe von 348 960,- € erspart habe, also im Schnitt rund 10 000,- € pro Jahr. Die Bekl. rechnet in der Anlage B 19 von 1973 bis 1982 mit einer Arbeitsleistung von 20 Tagen zu 2 Stunden im Monat, von 1983 bis 1990 mit einer solchen von 15 Tagen zu je 2 Stunden im Monat und von 1991 bis 2007 wieder mit einer Arbeitsleistung von 20 Tagen pro Monat zu je 2 Stunden. Die Bekl. will danach also im Schnitt über diese 34 Jahre jedenfalls nicht mehr als 2 Stunden Arbeitsaufwand werktäglich erbracht haben.

Dann aber liegt der Regelfall, von der die Rechtsprechung des BGH im Rahmen des Belegs der Gegenleistung ausgeht, gerade nicht vor, wonach nämlich der aufgenommene Gesellschafter zum vollen Einsatz seiner Arbeitskraft im Dienste des Unternehmens verpflichtet und schon darin eine entsprechende Gegenleistung zu erblicken sei, die die Annahme einer auch nur gemischten Schenkung ausschließe.

Der konkrete Umfang der Arbeitsleistung ist deshalb vom LG auf Seite 8 f. des Urteils richtig als Abweichung von der zitierten BGH-Rechtsprechung im hier vorliegenden Einzelfall gewertet worden. Es hat auch zutreffend darauf hingewiesen, dass die Bekl. selbst einen Arbeitsvertrag vom 2. 6. 1977 als Anlage B 27 vorgelegt hat, wonach sie für ein monatliches Gehalt von 370,- DM in der Firma C. Büroarbeiten zu erledigen hatte, und dass sie darüber hinaus in ihrer Parteivernehmung (zu Protokoll vom 14. 3. 2011) Angaben zu einer eigenen Bauunternehmerfirma gemacht hat.

b) Die Bekl. hebt mit ihrer Anlage B 19 und ihrer dortigen Aufstellung über die Arbeitsleistungen für die GbR allerdings hervor, dass sie mit der genannten Stundenzahl jeweils unentgeltlich für die GbR gearbeitet und dieser

über die 34 Jahre insgesamt 348 960,– € erspart habe. Sie rechnet insoweit mit einem Stundenlohn zwischen 15,– € (ab 1973) bis zu 30,– € (ab 2001). Die Bekl. über sieht aber, dass sie ausweislich der von ihr zeitlich geordnet hergegebenen Unterlagen über die Wirtschaftslage der GbR regelmäßig erhebliche Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung erzielt hat. Ab Erwerb des Gesellschaftsanteils 1977 sind ihrem eigenen Kapitalkonto bis 2007 (in € umgerechnet) rund 750 000,– € zugeschrieben worden.

Der Sinn und Zweck einer GbR, die vermietete bzw. verpachtete Gewerbeimmobilien verwaltet, besteht ersichtlich in der Erzielung von Miet- und Pachteinnahmen, wie sie hier auch ganz regelmäßig über die 34 Jahre erzielt worden sind. Trotz teilweise sehr umfangreicher, aus den Einnahmen bestrittener Sanierungsmaßnahmen ist jedes Jahr ein beträchtlicher Reingewinn verblieben, der dem Kapitalkonto der Bekl. ab 1977 anteilmäßig zugeschrieben worden ist. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise liegt es hinsichtlich der zu erbringenden Arbeitsleistung deshalb anders als bei einer gewerbetreibenden Handelsgesellschaft. Die von der Bekl. zu erbringende Arbeitsleistung in der Verwaltung des Vermögens der GbR war keineswegs vollschichtig sondern nur zeitlich eingeschränkt und wurde regelmäßig mehr als ausgeglichen durch ihren Anteil an dem Reingewinn aus den Miet- und Pachteinnahmen. Diesem Umstand steht aber entgegen, die Arbeitsleistung zugleich als Gegenleistung für die Übertragung der GbR-Anteile 1977 und 1995 zu werten.

c) Das LG hat noch einen weiteren Umstand zutreffend hervorgehoben: Hinsichtlich des Schwerpunkts ihrer Arbeitsleistung hat die Bekl. nach der Übernahme des ersten 25 %igen Gesellschaftsanteils durch Vertrag von 1977 nur fortgesetzt, was sie nach ihrer eigenen Darstellung bereits seit 1973 für die GbR geleistet hatte. Ein entsprechender Gesichtspunkt war auch für den IVa-Senat des BGH in dem zitierten Urteil vom 26. 3. 1981 (ausweislich Rn. 15 bei juris) als Anhaltspunkt für das Vorliegen einer gemischten Schenkung von Bedeutung. Der BGH hat nämlich dort hervorgehoben:

„Die dem gegenüberstehende Einlage der Bekl. fiel nicht ins Gewicht; sie sollte aus den ihr zufließenden Gewinnen bezahlt werden und dürfte nach den Zahlen des vom LG eingeholten Sachverständigengutachtens in wenigen Monaten erledigt gewesen sein. Die Mitarbeit der Bekl. war nach deren eigenem Vortrag vor dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages nicht weniger umfangreich als danach; allerdings nahm ihre Verantwortung zu. Hinzu kam auch das von ihr übernommene Haftungsrisiko. Diese Leistungen der Bekl. müssen gewiss Berücksichtigung finden. Insoweit bedarf es einer Bewertung von Leistung und Gegenleistung. Erst der Vergleich beider kann aber ergeben, ob das auffallende, grobe Missverhältnis vorliegt, dass den Schluss auf den § 516 BGB erforderliche Einigung über die teilweise Unentgeltlichkeit nahelegt (BGHZ 59, 132, 136), und inwieweit besondere Umstände vorliegen, die eine Abweichung von den Grundsatz rechtfertigen, die Aufnahme eines Gesellschafters in eine offene Handelsgesellschaft stelle im Allgemeinen keine Schenkung i. S. v. § 516 BGB dar...“

d) Im vorliegenden Fall ist aber auch das Haftungsrisiko anders zu bewerten als im Normalfall einer oHG. Im Grundsatz gilt zwar die unbeschränkte Gesellschafter(außen)haftung auch in der GbR. Aber in der hier vorliegenden vermögensverwaltenden Familien-GbR ist das Haftungsrisiko der Bekl. auch angesichts der konkret bekannten Zahlen und der vorhandenen werthaltigen Gewerbeimmobilien ... stets äußerst gering gewesen. Die sich aus den Bilanzen ergebenden Verbindlichkeiten lagen ersichtlich über die Jahrzehnte hinweg immer weit unter dem Wert dieser Immobilien.

Für die Frage, ob es 1977 und 1995 um Schenkungen des Erblassers an die Bekl. ging, kommt es allerdings nicht auf den Wert dieser Immobilien im gegenwärtigen Zeitpunkt an, den die Kl. auf 2,5 bis 3 Millionen € einschätzt. Es geht vielmehr um den Wert im Schenkungszeitpunkt. Andererseits weist die Kl. zu Recht darauf hin, dass nicht Buch- oder Bilanzwerte maßgeblich sein können, sondern nur die tatsächlichen Verkehrswerte. Dazu ergibt sich aus der maßgeblichen Bilanz per Ende 1976, dass das bilanzierte Anlagevermögen insgesamt mit 290 652,05 DM angegeben war (damaliger Stand des Buchwertes, der sich regelmäßig um Abschreibungen reduziert – kein Verkehrswert). Dem standen Verbindlichkeiten von 157 447,– DM gegenüber. Vor diesem Hintergrund ist es zwar einerseits richtig, dass die Bekl. seinerzeit nur einen 25 %igen Anteil übernommen hatte, der gemessen am Bilanz-Buchwert rund 75 000,– DM ausmachen würde, andererseits aber nach außen hin als Gesamtschuldnerin voll für Verbindlichkeiten von 157 447,– DM haftete. Indes stand ihr im Innenverhältnis stets ein Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 1 BGB gegen die anderen Gesellschafter nach Maßgabe ihrer Beteiligung zu (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 714 Rn. 16). Dieser Ausgleichsanspruch war unabhängig von den sonstigen Vermögensverhältnissen der Gesellschafter auch werthaltig, weil das werthaltige Grundvermögen zur Verfügung stand.

Das LG hat nachvollziehbar darauf abgestellt, dass allerdings in dem notariellen Vertrag vom 31. 5. 1977 – wo es insgesamt um die Übertragung von 35 % der Anteile an der GbR gegangen ist – der Wert dieses Vertrages „im Kosteninteresse“ mit 300 000,– DM angegeben worden ist. Diese Angabe spiegelt jedenfalls die Vorstellung aller Vertragsbeteiligten über den Verkehrswert der Anteile im Vertragszeitpunkt wieder. Daraus würde sich dann ein Gesamtwert des GbR-Vermögens von 850 000,– DM ergeben und erschließt sich ausreichend deutlich, dass der Verkehrswert seinerzeit wesentlich höher als der Buchwert in der Bilanz gewesen ist. In dem Vertrag vom 27. 12. 1995 ging es um die Übertragung von insgesamt 30 %-Anteilen der GbR. Dort ist der Wert „der Verhandlung“ allerdings nur mit 150 000,– DM angegeben worden. Daraus würde sich ein Gesamtwert für das GbR Vermögen von jedenfalls 500 000,– DM rechnerisch ergeben. Die Bilanz per Ende 1995 weist Verbindlichkeiten von nur knapp 153 000,– DM aus.

Unter Bewertung dieser Zahlen bestand jedenfalls kein tatsächliches Haftungsrisiko für die Bekl., dass auch nur im Ansatz mit dem gewöhnlichen Haftungsrisiko des Gesellschafters einer oHG vergleichbar wäre. Die fraglichen Verbindlichkeiten der GbR lagen ersichtlich stets

deutlich unter dem Wert der Immobilien. Für eine andere, abweichende Einschätzung gibt es keine tatsächliche Grundlage und keinen konkreten Vortrag.

Diese Betrachtung würde auch dann gelten, wenn man aus der Bilanz per Ende 1995 noch zu den Verbindlichkeiten von knapp 153 000,- DM das negative Kapitalkonto der in diesem Jahr verstorbenen Mutter des Bekl. von 51 261,72 DM hinzuzählen würde, wie dies die Bekl. geltend macht (das Kapitalkonto der Bekl. per Ende 1995 war allerdings positiv).

e) Werden die genannten Zahlen zugrundegelegt – Hinweise auf den Verkehrswert der Immobilien aus den Verträgen von 1977 bzw. 1995 und bekannte Angaben über den Stand der Verbindlichkeiten zu diesen Zeitpunkten – und wird die Arbeitsleistung der Bekl. auch mit Rücksicht auf die Gewinnerzielung nicht als Gegenleistung berücksichtigt, kann auch im Sinne der zitierten Rechtsprechung des BGH festgestellt werden, dass hier jedenfalls eine ergänzungspflichtige Schenkung vorliegt, für die dann auch der Wertermittlungsanspruch besteht.

#### **Bedeutung der Vorstellung der Beteiligten von der Unentgeltlichkeit**

Insoweit ist – dieses Ergebnis unterstützend – zudem von indizieller Bedeutung, wie die Bet. an der seinerzeitigen Anteilsübertragung 1977 und 1995 diese jeweils selbst eingestuft haben. Denn bereits der II. Senat des BGH hat in der von der Bekl. zitierten Entscheidung NJW 1959, 1433 = WM 1959, 719 f., bei juris Rn. 22, wie folgt hervorgehoben:

„Im Regelfall ist der aufgenommene Gesellschafter – wie auch im vorliegenden Fall – zum Einsatz seiner vollen Arbeitskraft im Dienste des Gesellschaftsunternehmens verpflichtet, so dass schon darin und in der Übernahme der persönlichen Haftung eine entsprechende Gegenleistung zu erblicken ist. Es müssen schon besondere Umstände vorliegen, um in einem solchen Fall gleichwohl das Vorliegen einer sogenannten gemischten Schenkung annehmen zu können, namentlich müssen auch die Bet. bei der Aufnahme des neuen Gesellschafters die Vorstellung einer teilweise unentgeltlichen Zuwendung an diesen haben. Davon kann im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden . . .“

Was für den BGH-Fall nicht galt, gilt im vorliegenden Fall dagegen durchaus: Denn in dem notariellen Vertrag vom 27. 12. 1995 haben die Bet. die Übertragung des Gesellschaftsanteils von 25 % – von dem Erblasser auf seine Ehefrau, die Bekl. – ausdrücklich als „im Wege der Schenkung“ erfolgend bezeichnet. In dem Übertragungsvertrag vom 31. 5. 1977 haben sie auf Seite 7 ausdrücklich die Befreiung von der Grunderwerbssteuer „mit Rücksicht darauf (beantragt), dass sie die Miteigentumsanteile als Gesellschafter bürgerlichen Rechts unentgeltlich von den Überlassern erworben haben“.

Die Berufung geht zwar zutreffend davon aus, dass die Parteien eines Zuwendungsgeschäfts nicht durch bloße Einigung aus einer objektiv entgeltlichen Zuwendung eine unentgeltliche machen können. Aber im vorliegenden Fall fehlt es gerade auch objektiv an Gegenleistungen, die die Überlassung zu einem insgesamt entgeltlichen Geschäft machen würden.

**Parteien eines unentgeltlichen Geschäfts können auch nachträglich eine Entgeltvereinbarung treffen, die der Pflichtteilsberechtigte hinnehmen muss, so lange zwischen Leistung und Gegenleistung kein auffallendes, grobes Missverhältnis besteht**

3. Die Bekl. hat allerdings schon erstinstanzlich zu Recht hervorgehoben, dass Parteien eines unentgeltlichen Geschäfts nachträglich eine Entgeltvereinbarung treffen könnten (BGH NJW-RR 1986, 164; FamRZ 1989, 732 ff., bei juris Rn. 10; ZEV 2007, 326 f. bei juris Rn. 14 = MittBayNot 2008, 225 m. Anm. Dietz). Der Pflichtteilsberechtigte muss auch nachträgliche Vereinbarungen über die Entgeltlichkeit von lebzeitigen Geschäften des Erblassers hinnehmen, solange zwischen Leistung und Gegenleistung kein auffallendes, grobes Missverhältnis besteht. Eine solche Vereinbarung mag im Einzelfall auch konkludent denkbar sein. Im vorliegenden Fall ergibt sich aber nicht, dass hier durch nachträgliche Vereinbarung ein insgesamt entgeltliches Geschäft zustande gekommen ist.

#### **Hier jedoch keine nachträgliche Vereinbarung der Entgeltlichkeit feststellbar**

a) Für die Einzahlung von 60 000,- DM im Jahre 1978 auf ihr eigenes Kapitalkonto ausweislich der Bilanz per 31. 12. 1978 macht die Bekl. (nur) geltend, dass sich eine solche Vereinbarung zwischen ihr und dem Erblasser aus den Umständen konkludent ergebe.

Das lässt sich aber mangels überzeugender Hinweise für eine solche konkludente Vereinbarung nicht feststellen. Denn richtig bleibt, dass diese Einlage auf dem eigenen Kapitalkonto der Bekl. dem Erblasser nicht direkt zu Gute gekommen ist. Die Bekl. argumentiert, die Einlage habe aber zugleich die Finanzkraft der GbR verstärkt, die „belegtermaßen“ Jahr für Jahr hohe Aufwendungen für Reparaturen gehabt habe. Indes lässt sich den Bilanzen und den Gewinn- und Verlustrechnungen per 31. 12. 1978 aber auch per 31. 12. 1979 nicht entnehmen, dass diese zusätzliche Einlage seinerzeit tatsächlich für besondere Baumaßnahmen oder Reparaturmaßnahmen der GbR erforderlich gewesen wäre. Ein Vorteil für den Erblasser oder auch nur für die GbR insgesamt ist nicht erkennbar. Insoweit kann deshalb nicht ausreichend sicher auf eine nachträgliche konkludente Entgeltlichkeitsvereinbarung in Bezug auf das Geschäft vom 31. 5. 1977 geschlossen werden.

b) Anderes ergibt sich auch nicht wegen der Einlage von 50 000,- € im Jahre 2003, von der die Bekl. tatsächlich schon erstinstanzlich in dem nachgelassenen Schriftsatz vorgetragen hatte, sie habe das Eigenkapitalkonto des Erblassers erhöht, was die Bilanz per 31. 12. 2003 ausweise.

Die Bekl. macht in Bezug auf diesen Vortrag Verfahrensfehler des LG geltend. Das LG hat beiden Parteien Schriftsatznachlass auf die Erörterungen in der letzten mündlichen Verhandlung ausdrücklich gewährt, woraufhin auch neue Tatsachen vorgetragen worden sind – z. B. zu den fraglichen 50 000,- € –, die es sodann im Urteil verwertet hat. Es könnte damit unbeabsichtigt in ein schriftliches Verfahren übergegangen sein, auch wenn die Frage der nachträglichen Entgeltvereinbarung

durchaus schon Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen war. Das kann dahinstehen, weil sich ein etwaiger Verfahrensfehler nicht ausgewirkt hat, denn auch unter Berücksichtigung des zweitinstanzlichen Vortrags der Bekl. ergibt sich für sie nichts Günstigeres. Die Berufungsbegründungsschrift stellt in das Zeugnis des Herrn B., dieser wisse, dass die Problematik der erheblichen krankheitsbedingten Aufwendungen für den Erblasser und der deshalb hohen Privatentnahmen (aus der GbR, zu Lasten seines Kapitalkontos) mehrfach Gesprächsthema zwischen der Bekl. und dem Erblasser gewesen sei und dass der Erblasser und die Bekl. deshalb „eine nachträgliche Entgeltvereinbarung in Bezug auf Überlassung von Beteiligungen und Übertragungen von Grundvermögen getroffen hätten, bevor die Bekl. im Jahre 2003 weitere 50 000,- € in die Gesellschaft eingelegt habe“.

Insoweit ergibt sich aber schon aus dem Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils, dass seitens des Erblassers weitere Grundstücksübertragungen auf die Bekl. vorgenommen worden sind, etwa im Jahr 1975 auch ausdrücklich als unentgeltlich bezeichnet. Die Bekl. hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt, dass sich die 50 000,- € auf die beiden GbR-Anteile und die die Schenkung der ... verteilen sollten, ohne dass genauere Absprachen zur Verteilung der Höhe nach getroffen worden seien. Wird dann aber weiter bedacht, dass die auf die GbR-Anteilsübertragungen 1977 und 1995 und die ... zu verteilenden 50 000,- € aus dem Jahr 2003 zunächst inflationsbereinigt heruntergerechnet werden müssten auf die jeweiligen Schenkungszeitpunkte, bleibt es dabei, dass sich die GbR-Anteile einerseits und der Anteil an der möglichen Gegenleistung 2003 andererseits in einem groben Missverhältnis gegenüberstehen würden. Dann aber ändert sich an dem Vorliegen jedenfalls einer gemischten Schenkung nichts. Das aber reicht als Grundlage für den Anspruch auf Wertermittlung aus.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision nach § 543 ZPO liegen nicht vor. Vorstehend ist in ausführlicher Analyse der Rechtsprechung des BGH bereits dargelegt worden, dass der vom LG zuerkannte Wertermittlungsanspruch gerade mit den Vorgaben dieser Rechtsprechung und auch der überwiegenden Literatur in Übereinstimmung steht.

## 7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Eintragungsfähigkeit der Amtsniederlegung des Alleingeschäftsführers

(OLG München, Beschluss vom 29. 5. 2012 – 31 Wx 188/12)

### GmbHG §§ 5a; 38; 39

**Die ständige Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur fehlenden Eintragungsfähigkeit der Amtsniederlegung eines geschäftsführenden Alleingeschäftsfächters einer GmbH gilt auch für den**

**Geschäftsführer einer GmbH, deren Geschäftsführer Alleingeschäftsfächter und Geschäftsführer einer Unternehmergegesellschaft ist, die sämtliche Gesellschaftsanteile an der GmbH hält.**

#### Zur Einordnung:

Das OLG München hatte die Frage zu entscheiden, ob die Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers eintragungsfähig ist, der zugleich Alleingeschäftsfächter und Geschäftsführer einer UG (haftungsbeschränkt) ist, die wiederum Alleingeschäftsfächterin der GmbH ist. Das OLG München hat dies verneint.

Nach ständiger Rechtsprechung der Obergerichte (vgl. nur OLG Hamm DNotZ 1989, 396, 398; OLG Zweibrücken FGPrax 2006, 132; OLG Köln RNotZ 2008, 305), die allerdings aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des MoMiG stammt, ist die Amtsniederlegung des geschäftsführenden Alleingeschäftsfächters einer GmbH unwirksam und nicht eintragungsfähig, weil die Gesellschaft durch dessen Abberufung aktiv und passiv handlungsunfähig wird. Jedenfalls das Problem der passiven Handlungsfähigkeit der GmbH hat das MoMiG jedoch gelöst: Nach § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG n. F. wird die geschäftsführerlose Gesellschaft, für den Fall, dass ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden, durch die Gesellschafter vertreten. Zusätzlich trifft nach § 15 a Abs. 3 InsO die Insolvenzantragspflicht in diesem Fall jeden Gesellschafter. Daher geht die h.L. davon aus, dass nunmehr auch der Alleingeschäftsfächter der UG sein Amt wirksam niederlegen kann (Zöllner/Noack, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 39 Rn. 9; Berninger, GWR 2011, 233). Dem ist der Senat hier jedoch nicht gefolgt. Entscheidend war aus Sicht des Senats, dass es an einer gesetzlichen Regelung der Aktivvertretung der GmbH fehlt. Eine Besonderheit bestand hier allerdings noch darin, dass der betreffende Geschäftsführer den Erwerb der Anteile an der UG (haftungsbeschränkt) wegen arglistiger Täuschung angefochten hat. Das OLG München ist der Ansicht, dass auch dieser Umstand keine andere Bewertung rechtfertige.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen, da seines Erachtens die Neuregelungen des MoMiG keinen Anlass geben, von der gefestigten obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen. Es bleibt abzuwarten, ob andere Obergerichte dieser restriktiven Auffassung folgen werden.

Die Schriftleitung (LB)

#### Zum Sachverhalt:

I. Der Bet. zu 2) ist seit dem 20. 1. 2012 als alleiniger Geschäftsführer der Bet. zu 1) im Handelsregister eingetragen. Ausweislich der am 20. 1. 2012 eingestellten Gesellschafterliste ist eine UG Alleingeschäftsfächterin der Bet. zu 1), deren Geschäftsführer und Alleingeschäftsführer der Bet. zu 2) ist. Unter dem 21. 3. 2012 ließ er beantragen, seine Abberufung als Geschäftsführer der Bet. zu 1) in das Handelsregister einzutragen, er habe mit Wirkung ab Eintragung in das Handelsregister sein Amt als Geschäftsführer niedergelegt. Das AG hat den Antrag durch Beschluss vom 23. 3. 2012 zurückgewiesen, weil der Bet. zu 2) als Alleingeschäftsfächter der Alleingeschäftsfächterin der Bet. zu 1) sein Amt nicht habe niederlegen können.

nen. Demgegenüber hat der Bet. zu 2) mit seiner rechtzeitig eingelegten Beschwerde geltend gemacht, dass er den erst vor kurzer Zeit getätigten Kauf der Gesellschaftsanteile wegen arglistiger Täuschung angefochten habe. Außerdem sei infolge der mittlerweile angeordneten vorläufigen Insolvenzverwaltung die Vertretung der Gesellschaft hinreichend sichergestellt. Ausweislich Registereintrag vom 4. 4. 2012 ist das Insolvenzverfahren durch Beschluss vom 1. 4. 2012 eröffnet worden und die Gesellschaft dadurch aufgelöst. Das AG hat der Beschwerde unter Bezugnahme auf seinen Ausgangsbeschluss vom 23. 3. 2012 nicht abgeholfen und die Akten zur Entscheidung über die Beschwerde vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, weil die obergerichtliche Rechtsprechung, auf die sich das AG berufen hat, auch nicht durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. 10. 2008 (BGBl. I S. 2026) überholt ist.

#### Auch in der Insolvenz bleiben die Organe der Gesellschaft bestehen und nehmen solche Kompetenzen wahr, die nicht die Insolvenzmasse betreffen

Der Verweis des Bf. auf das mittlerweile eröffnete Insolvenzverfahren über das Vermögen der Bet. zu 1) hilft der Beschwerde nicht zum Erfolg. Denn auch in der Insolvenz bleiben die Organe der betroffenen Gesellschaft bestehen, nehmen aber nur solche Kompetenzen wahr, die nicht die Insolvenzmasse betreffen (BGH, Urteil vom 26. 1. 2006, IX ZR 282/03, Rn. 6; vgl. dazu auch Hall, jurisPR-BGHZivilR 28/2006 Anm. 5 sub B.1). Im Übrigen lässt die eingetragene Auflösung die vorher werbende Gesellschaft als Abwicklungsgesellschaft fortbestehen und handlungsfähig bleiben. Sie bleibt Formkaufmann nach § 6 HGB und behält beispielsweise im Zivilprozess ihre Parteifähigkeit (Baumbach/Hueck-Haas, 19. Aufl. 2010, § 65 GmbHG Rn. 15).

#### Grundsätzlich ist die Amtsniederlegung eines Geschäftsführers auch dann als sofort wirksam zu behandeln, wenn über die objektive Berechtigung der geltend gemachten Gründe Streit besteht

Grundsätzlich ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH die Amtsniederlegung eines Geschäftsführers auch dann als sofort wirksam zu behandeln, wenn über die objektive Berechtigung der geltend gemachten Gründe Streit besteht. Die Vermeidung einer möglicherweise jahrelangen Unsicherheit über die Wirksamkeit der Amtsniederlegung habe ein stärkeres Gewicht als das möglicherweise vorliegende Interesse der Gesellschaft an der Fortführung des Amtes. Bei Zweifeln über die Beendigung organschaftlicher Vertretungsmacht aus wichtigem Grund komme dem Schutz der Gesellschaft, ihrer Organe und des Rechtsverkehrs vor unklaren Vertretungsverhältnissen der Vorrang zu, wie dies auch in § 84 Abs. 3 S. 4 AktG ausdrücklichen Niederschlag gefunden habe (BGH NJW 1980, 2415, 2417). Ob insofern entsprechend der Rechtsprechung der OLG eine Ausnahme gilt, wenn die Amtsniederlegung des Alleingeschäftsführers einer GmbH im Einzelfall wegen Unzeitigkeit oder Rechtsmissbräuchlichkeit unwirksam ist, hat der BGH bisher nicht entschieden (vgl. zuletzt Beschluss vom 8. 10. 2009, IX ZR 235/06, Rn. 2).

#### Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung ist die Amtsniederlegung des geschäftsführenden Alleingeschäftsführers unwirksam und nicht eintragungsfähig

Die Rechtsprechung der OLG zur Unwirksamkeit und fehlenden Eintragungsfähigkeit der Amtsniederlegung des geschäftsführenden Alleingeschäftsführers beruht darauf, dass die Gesellschaft durch dessen Abberufung aktiv und passiv handlungsunfähig wird, solange kein neuer Geschäftsführer bestellt ist. Da der alleinige Gesellschafter zudem diese Rechtsposition leugnet und auch keinen anderen Geschäftsführer bestellt, ergebe sich daraus für den Rechtsverkehr die völlige Handlungsunfähigkeit der GmbH und eine unabsehbare Unklarheit hinsichtlich ihrer Vertretung, wenn man die Abberufung als wirksam erachten werde (OLG Zweibrücken FGPrax 2006, 132; so auch OLG Köln FGPrax 2008, 79 = RNotZ 2008, 305). Dies war auch der tragende Grund der Vorgängerentscheidungen OLG Hamm DNotZ 1989, 396 und BayObLGZ 1981, 266, 269.

#### Die rechtliche Beurteilung der Amtsniederlegung des geschäftsführenden Alleingeschäftsführers hat sich durch das MoMiG nicht geändert

Die Rechtslage, die die zitierten OLG-Entscheidungen zum Ausgangspunkt genommen haben, hat sich durch das Inkrafttreten des MoMiG am 1. 11. 2009 (Art. 25 MoMiG) nicht entscheidend geändert. Denn nach § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG wird die Gesellschaft, die keinen Geschäftsführer hat, nur „für den Fall, dass ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden, durch die Gesellschafter vertreten“. Außerdem trifft nach nun geltender Rechtslage die eigentlich dem Geschäftsführer obliegende Insolvenzantragspflicht nach § 15 a Abs. 3 InsO im Falle der Führungslosigkeit der Gesellschaft auch jeden Gesellschafter (vgl. Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, 19. Aufl. 2010, § 39 GmbHG Rn. 9; ebenso Roth/Altmeppen-Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 39 GmbHG Rn. 18 unter Berufung auf die Gesetzesbegründung). Nach der Gesetzesbegründung des MoMiG wollte die Bundesregierung Missbräuche durch die Erleichterung der Zustellung an die GmbH und die Pflicht der Gesellschafter zur Insolvenzantragstellung bekämpfen, um redliche Unternehmer und ihre Geschäftspartner zu schützen (BT-Drucks. 16/6140 v. 25. 7. 2007, S. 26 und 42). Allerdings fehlt es an einer Regelung der Aktivvertretung der Gesellschaft (vgl. bereits Senat, NJW-RR 2011, 773, 774 = RNotZ 2011, 381 (LS)). Deshalb kann sich der Senat der Meinung von Zöllner/Noack, a.a.O., und Berninger, GWR 2011, 233 nicht anschließen, dass sich das Argument des Verkehrsschutzes durch die Neuregelung erledigt hat.

#### Diese Grundsätze gelten auch in dem Fall, dass der GmbH-Geschäftsführer gleichzeitig Alleingeschäftsführer und Geschäftsführer einer UG (haftungsbeschränkt) ist, die Alleingeschäftsführerin der GmbH ist

Bei dieser Sachlage besteht kein Anlass von der Ausnahmerechtsprechung für Einmann-GmbHs abzuweichen. Diese gilt wegen dessen (allein-)beherrschender

Stellung auch in dem Fall, in dem der Geschäftsführer der betroffenen GmbH gleichzeitig Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Unternehmertgesellschaft ist, die Alleingesellschafterin der GmbH ist. Dagegen kann sich der Bet. zu 2) auch nicht auf die von ihm in den Raum gestellte Anfechtung des Erwerbs der Geschäftsanteile an der UG berufen, die Alleingesellschafterin der Bet. zu 1) ist. Die Beseitigung der Unklarheiten betreffend den Erwerb der Beteiligung an dieser ist nicht den Gläubigern der GmbH, sondern allein dem Bet. zu 2) zuzumuten. Durch die Übernahme der Geschäftsanteile an der UG hat er sich in die Rechtsposition des Alleingesellschafters der GmbH begeben, so dass ihm der Beweis obliegt, dass die erklärte Anfechtung gerechtfertigt ist. Die Klarheit über die Nichtigkeit des Übernahmevertrages kann er gegebenenfalls durch Feststellungsklage gegen die früheren Gesellschafter herbeiführen. Das Registergericht kann diese Frage abschließend nicht selbst entscheiden. Diesem obliegt die Prüfung der eingereichten Urkunden dahin, ob sämtliche für die Eintragung erforderlichen Urkunden eingereicht worden sind und diese die Eintragung rechtfertigen. Eine allgemeine und umfassende Prüfung der materiellen Wirksamkeit der Gesellschafterbeschlüsse und Erklärungen scheidet indes aus (so zuletzt OLG Zweibrücken FGPrax 2006, 132 unter Berufung auf BGH NJW 1980, 2415, 2417 und BayObLGZ 1981, 266, 270; vgl. aber auch OLG Hamm DNotZ 1989, 396).

Ein Anlass für die Zulassung der Rechtsbeschwerde besteht nicht, da die von der Beschwerde aufgeworfenen Rechtsfragen hinreichend geklärt sind und auch die Neuregelungen durch das MoMiG keinen Anlass geben, von der gefestigten Rechtsprechung zur Frage der Eintragung Abberufung des geschäftsführenden Alleingesellschafters einer GmbH abzuweichen.

## 8. Kostenrecht – Zur Festsetzung des Geschäftswerts bei Betreuungsgebühren für Fälligkeitsmitteilung

(OLG Hamm, Beschluss vom 5. 6. 2012 – 15 W 246/11)

### KostO §§ 30; 147

**Ein Ermessensfehlgebrauch liegt vor, wenn der Notar den Bewertungsrahmen für die Bemessung des Geschäftswertes der Betreuungsgebühren für eine Fälligkeitsmitteilung und eine Kaufpreisüberwachung zu verschieben versucht, indem er ohne Rücksicht auf die seine Tätigkeit maßgebend erleichternden Umstände des Einzelfalls den Geschäftswert pauschal mit 30 % des Kaufpreises bemisst.**

#### Zur Einordnung:

Seit dem Beschluss des BGH vom 12. 5. 2005 (RNotZ 2005, 498 m. Anm. Klein/Schmidt RNotZ 2006, 340, 342 = ZNotP 2005, 354 m. Anm. Tiedtke) ist geklärt, dass der Notar sowohl für die Fälligkeitsmitteilung als auch für die Kaufpreisüberwachung jeweils eine 5/10-Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO erheben darf. Der BGH hatte im konkreten Fall einen Ansatz

von 10 % des Kaufpreises als Geschäftswert für ermessensfehlerfrei gehalten. Das bedeutet aber nicht, dass ein Teilwert von 10 % nicht oder in der Regel nicht überschritten werden darf, sondern der Geschäftswert ist im Einzelfall nach § 30 Abs. 1 KostO vom Notar nach freiem Ermessen zu bestimmen (h. M.; s. nur OLG Frankfurt ZNotP 2007, 357, 358 m. w. N. u. m. Anm. Tiedtke). Rechtsprechung und Literatur halten deshalb nach wie vor einen Rahmen von 20–50 % als Anhaltspunkt für die Ermessensausübung für angemessen (OLG Düsseldorf ZNotP 2009, 407 m. Anm. Tiedtke; OLG Frankfurt a.a.O.; Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedtke, KostO, 18. Aufl., § 147 Rn. 91 m. w. N.). So herrscht fast ausnahmslos die Ansicht, dass ein Teilwert von 50 % des Kaufpreises für eine Fälligkeitsmitteilung oder Vollzugsüberwachung nur in ganz ungewöhnlich schwierigen, aufwändigen und risikobehafteten Fällen angesetzt werden darf, wobei bereits ein Wert von mehr als 30 % eine erhebliche Bedeutung der Amtstätigkeit voraussetzt (OLG Hamm MittBayNot 2006, 448 = ZNotP 2006, 439 m. Anm. Tiedtke; OLG Düsseldorf FGPrax 1995, 246; OLG Köln MittRhNotK 1991, 226, 227; Bengel/Tiedtke, DNotZ 2004, 258, 280 ff.; Bund, DNotZ 1997, 27, 30 ff.). Das OLG Köln und das LG Köln gehen allerdings davon aus, dass ein Ermessensfehlgebrauch des Notars in der Regel erst dann vorliegt, wenn der Notar den Geschäftswert in einem durchschnittlichen Fall mit über 50 % des Kaufpreises festsetzt (LG Köln, RNotZ 2007, 560 m. Anm. Kaufmann; OLG Köln MittRhNotK 1991, 226 ff.; 1996, 101 ff.; ebenso Tiedtke, ZNotP 2009, 408). Das OLG Hamm hat in seiner nachfolgend abgedruckten Entscheidung den Ermessensspielraum des Notars jedoch für geringer und die Möglichkeiten des Gerichts zur Überprüfung der Ermessensausübung für weiter als das OLG Düsseldorf und das OLG und das LG Köln erachtet. Es hat den angefochtenen Beschluss des LG aufrechterhalten, das im vorliegenden Fall einen unterdurchschnittlichen Tätigkeitsumfang des Notars annahm und dessen Bemessung mit 30 % durch eine eigene Bemessung mit 20 % (Fälligkeitsmitteilung, die nur von der Eintragung der Auflösungsvormerkung abhing) bzw. 10 % (Kaufpreisüberwachung, die lediglich auf die Bestätigung des Verkäufers über die Kaufpreiszahlung abstellt) ersetzt hat.

Die notarielle Praxis mag die Entscheidung insbesondere im Hinblick auf die Kaufpreisüberwachung – gerade angesichts der Entscheidung des BGH (a.a.O.) – erstaunen, stellt doch die Kaufpreisüberwachung, die allein von der Bestätigung des Verkäufers über die Kaufpreiszahlung oder den Nachweis des Käufers über die erfolgte Zahlung abhängt, den ganz überwiegenden Regelfall dar. Es stellt sich die Frage, warum es ermessensfehlerhaft sein soll, wenn der Ansatz des Notars sich in einem solchen Regelfall in der Mitte des von Literatur und Rechtsprechung vorgegebenen Rahmens bewegt.

Die Schriftleitung (MK)

**Aus den Gründen:**

Die Beschwerde des Bet. zu 1) ist nach § 156 Abs. 3 KostO zulässig, bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg.

Überprüfungsgegenstand ist die Bemessung des Geschäftswertes für zwei Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO, die der Bet. zu 1) im Zusammenhang mit der Durchführung des zu UR-Nr. .../. beurkundeten Immobilienkaufvertrages für die Feststellung und Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit sowie für die Überwachung der Kaufpreiszahlung als Voraussetzung für die Einreichung des Antrags auf Eigentumsumschreibung angesetzt hat.

Das LG ist auf der Grundlage gefestigter Rechtsprechung davon ausgegangen, dass der Geschäftswert für die beiden genannten Gebührenansätze nach §§ 141, 30 Abs. 1 KostO nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen ist (vgl. etwa die vom LG herangezogene Entscheidung des Senats in FGPrax 2006, 36 = Mitt-BayNot 2006, 448). Dieses Ermessen hat in erster Linie der Notar auszuüben. Im Rahmen des gerichtlichen Überprüfungsverfahrens nach § 156 Abs. 1 KostO kann sie daher nur eingeschränkt überprüft werden, nämlich darauf, ob der Notar von seinem Ermessen Gebrauch gemacht, alle wesentlichen Umstände beachtet und die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens eingehalten hat. Wenn das Gericht einen solchen Ermessensfehler feststellt, ist es jedoch befugt, nach eigenem Ermessen über eine mögliche Abweichung von dem gesetzlichen Regelwert zu entscheiden (BGH RNotZ 2009, 107).

Das LG hat zu Recht einen Ermessensfehlgebrauch des Bet. zu 1) bei dem Ansatz des Geschäftswertes für die genannten Gebühren festgestellt, und zwar bezogen auf den von ihm geänderten Wertansatz in seiner Kostenberechnung vom 19. 5. 2010, den er in seine aus formellen Gründen neu gefasste Kostenberechnung vom 5. 4. 2011 übernommen hat. Hinsichtlich der Bemessung des Geschäftswertes für die Notargebühren gemäß § 30 Abs. 1 KostO ist allgemein anerkannt, dass es – ausgehend von dem so genannten Beziehungswert (hier dem Kaufpreis) – auf eine Abwägung aller wertrelevanten Umstände des Einzelfalles ankommt, wozu in jedem Fall das Ausmaß der Verantwortlichkeit des Notars, der Umfang seines Haftungsrisikos, der Umfang seiner Tätigkeit sowie die Bedeutung der Sache für die Bet. zählen (vgl. Senat a.a.O.). Von diesen Kriterien ist das LG ausdrücklich ausgegangen. Der Bet. zu 1) beschränkt sich auch im Beschwerdeverfahren darauf, den ihm zustehenden Ermessensspielraum hervorzuheben, hat indessen seine Ermessensentscheidung, die er im Laufe des vorliegenden Verfahrens durch Herabsetzung des Geschäftswertes von ursprünglich 50 %

auf 30 % des Kaufpreises für beide Gebühren geändert hat, nicht näher begründet.

Das LG hat in tatsächlicher Hinsicht zutreffend festgestellt, dass die beiden Gebühren zugrunde liegende Tätigkeit des Bet. zu 1) nach Umfang und Bedeutung als deutlich unterdurchschnittlich zu bewerten sind: Hinsichtlich der Fälligkeitsüberwachung beschränkte sich die Tätigkeit des Notars auf die Entgegennahme der Mitteilung des GBA über die Eintragung der Auflösungsvormerkung, nachdem die weiteren Fälligkeitsvoraussetzungen bereits bei der Beurkundung des Kaufvertrages vorlagen. Hinsichtlich der Überwachung der Kaufpreiszahlung hatte der Bet. zu 1) lediglich die mit Schreiben vom 14. 7. 2009 erteilte Bestätigung der Verkäufer entgegenzunehmen, dass die Kaufpreiszahlung erfolgt war.

In Übereinstimmung mit dem LG kann der Senat nicht erkennen, dass der Bet. zu 1) bei seiner Ermessensausübung den Umfang und die Bedeutung seiner Tätigkeit im deutlich unterdurchschnittlichen Umfang angemessen berücksichtigt hat. Der kommentarlose Ansatz des Geschäftswertes mit 30 % des Kaufpreises ist vielmehr auf eine pauschalierende Bewertung gerichtet, die im Ergebnis unabhängig von der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit auf einen Mindestwert von 30 % des Kaufpreises hinausläuft. Diese Art der Ermessensausübung führt zu einer Verengung und Verschiebung des Bewertungsrahmens: Wenn schon eine nach Umfang und Bedeutung deutlich unterdurchschnittliche Tätigkeit einen Geschäftswertansatz von 30 % des Kaufpreises zuließe, müsste bereits eine etwas weitergehende, an einen durchschnittlichen Umfang heranreichende Tätigkeit einen deutlich höheren Wertansatz rechtfertigen mit dem Ergebnis, dass bereits für eine durchschnittliche Tätigkeit ein Ansatz von bis zu 50 % als ermessenfehlerfrei akzeptiert werden müsste, obwohl eine solche Bewertung nach der Rechtsprechung einer Tätigkeit deutlich überdurchschnittlichen Umfangs und Bedeutung vorbehalten ist.

Aufgrund des festgestellten Ermessensfehlers war das LG zu einer ersetzenenden Ermessensausübung anstelle des Bet. zu 1) berechtigt. Die unter Berücksichtigung der konkreten Umstände vorgenommene Bewertung des LG, das den Geschäftswert für die Fälligkeitsmitteilung mit 20 %, denjenigen für die Überwachung der Kaufpreiszahlung mit 10 % des Kaufpreises angesetzt hat, lässt keinen Ermessensfehler erkennen. Konkrete Beanstandungen erhebt der Bet. zu 1) insoweit auch in seiner Beschwerdebegründung nicht.

Die Wertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf den §§ 156 Abs. 6 S. 2, 131 Abs. 4, 30 Abs. 1 KostO.

## RNotZ – Forum

### Rechtsprechung in Leitsätzen

#### 1. Liegenschaftsrecht – Vertretung in der Eigentümersammlung durch mehrere Bevollmächtigte und Stimmrechtsausübung

(BGH, Urteil vom 30. 3. 2012 – V ZR 178/11)

#### WEG §§ 23, 24, 25

1. Ein Wohnungserbbauberechtigter (Wohnungseigentümer) kann sich bei der Ausübung seines Stimmrechts auch durch mehrere Bevollmächtigte vertreten lassen. Diese können nur einheitlich abstimmen, wenn sie gleichzeitig in der Versammlung anwesend sind.
2. Macht die Teilungserklärung die Gültigkeit der Beschlüsse der Gemeinschaft von der Protokollierung und der Unterzeichnung des Protokolls von zwei Wohnungserbbauberechtigten (Wohnungseigentümern) abhängig, muss das Protokoll von zwei verschiedenen natürlichen Personen unterzeichnet werden, die entweder selbst Wohnungserbbauberechtigte (Wohnungseigentümer) sind oder für sich oder andere Wohnungserbbauberechtigte (Wohnungseigentümer) handeln.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Online-Plus; NJW 2012, 2512)

#### 2. Liegenschaftsrecht – Zuständigkeit der Eigentümersammlung bei Regelung über Hausgeldbefreiung

(BGH, Urteil vom 1. 6. 2012 – V ZR 225/11)

#### WEG § 16

§ 16 Abs. 3 WEG begründet nicht die Befugnis, einen Wohnungseigentümer, der nach einer bestehenden Vereinbarung von der Tragung bestimmter Kosten oder der Kostentragungspflicht insgesamt befreit ist, durch Beschluss erstmals an den Kosten zu beteiligen. Desse Nichtigkeitsfeststellungsklage wird weder durch den Umstand unzulässig, dass er der jetzt beanstandeten Beschlussfassung seinerzeit zugestimmt noch dass er über einen längeren Zeitraum beschlussgemäß Vorschüsse auf Wohngeld geleistet hat.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Online-Plus; NJW 2012, 2578; ZNotP 2012, 310)

#### 3. Liegenschaftsrecht – UG (haftungsbeschränkt) nicht generell als Verwalter ungeeignet

(BGH, Urteil vom 22. 6. 2012 – V ZR 190/11)

#### WEG § 26

1. Bei der Bestellung des Verwalters haben die Wohnungseigentümer wie bei der Abberufung einen Beurteilungsspielraum.

2. Eine haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft kann Verwalterin einer WEG sein.

3. Zum Verwalter einer WEG darf – unabhängig von der Rechtsform – nur bestellt werden, wer über ausreichende finanzielle Mittel verfügt und ausreichende Sicherheit im Haftungsfall bietet.

4. Besteht bei objektiver Betrachtung Anlass, die Bonität des in Aussicht genommenen Verwalters zu prüfen, müssen die Wohnungseigentümer die Bestellung zurückstellen, bis sie Unterlagen oder andere Erkenntnisse haben, die eine entsprechende Entscheidung erlauben.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Report 2012, 152)

#### 4. Liegenschaftsrecht – Zum groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Grundstückskaufvertrag und Verlesen vom Bildschirm bei einer Beurkundung

(OLG Brandenburg, Urteil vom 9. 5. 2012 – 4 U 92/10)

#### BeurkG § 13

#### BGB §§ 123; 138

1. Ein Kaufvertrag über Wohnungseigentum ist nicht alleine dadurch sittenwidrig, dass der Kaufpreis den wahren Wert der Wohnung um 78,9 % übersteigt. Von einem besonders groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist bei Grundstücksgeschäften ohne das Hinzutreten weiterer besonderer Umstände erst dann auszugehen, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung.

2. Die Verlesung einer notariellen Urkunde von einem Bildschirm verstößt gegen § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG. Der hierdurch entstehende Formmangel wird aber gemäß § 311b Abs. 1 S. 2 BGB durch die spätere Eintragung der Käufer als Eigentümer in das Grundbuch geheilt.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Online-Plus)

#### 5. Erbrecht – Zur Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses bei verwehrtem Zutritt zur Wohnung

(LG Schwerin, Beschluss vom 13. 4. 2012 – 4 T 3/12)

#### BGB § 2314

1. Bei der Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses nach § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB ist ein Notar nicht befugt, gegen den Willen des Auskunftsverpflichteten dessen Wohnung zur Erstellung des Nachlassverzeichnisses zu betreten.

2. Nur wenn der Auskunftsverpflichtete jegliche Mitwirkung bei der Erstellung des Nachlassverzeich-

nisses verweigert, kann der Notar dessen Aufnahme ablehnen. Wenn der Auskunftsverpflichtete sich weigert, dem Notar Zutritt zu seiner Wohnung zu gewähren, aber mitteilt, keine Nachlassgegenstände zu besitzen, muss der Notar ein Nachlassverzeichnis errichten. In diesem Fall kann der Notar auf die unterbliebene Mitwirkung des Auskunftsverpflichteten in dem Nachlassverzeichnis hinweisen.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: Beck-Online; NJW-Spezial 2012, 360; ZEV 2012, 425; vgl. zur Erstellung des Nachlassverzeichnisses allgemein auch Schreinert, RNotZ 2008, 61)

2. Jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer einer ausländischen Rechtsträgergesellschaft ist von deren Geschäftsführern zum Handelsregister des für die deutsche Zweigniederlassung zuständigen Registergerichts anzumelden.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Online-Plus; FGPrax 2012, 171; DNotZ 2012, 791)

## 7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zu den registergerichtlichen Prüfungspflichten bei der Herabsetzung des Kapitals einer AG

(OLG München, Beschluss vom 8. 5. 2012 – 31 Wx 155/12)

**AktG §§ 71; 237**

**HGB § 272**

1. Die Anmeldung einer Kapitalherabsetzung aufgrund Ermächtigung der Hauptversammlung zum Erwerb und zur Einziehung eigener Aktien ist nur anhand § 71 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 und 3 AktG zu prüfen. Dagegen ist § 237 Abs. 3 AktG in diesem Fall nicht anwendbar.

2. Auch eine Kapitalrücklage i. S. v. § 274 Abs. 2 Nr. 4 HGB ist eine Rücklage i. S. v. § 71 Abs. 2 S. 2 AktG.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Report 2012, 89; NZG 2012, 876)

## 6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Eintragung des neuen Geschäftsführers einer ausländischen Gesellschaft im Handelsregister der inländischen Zweigniederlassung

(KG, Beschluss vom 7. 2. 2012 – 25 W 5/12)

### HGB §§ 13 c; 13 e; 13 g

1. Legt ein Notar in einem Antragsverfahren Beschwerde ein, ohne den Namen des Beschwerdeführers anzugeben, so gilt die Beschwerde im Zweifel als im Namen aller beschwerdefugten Antragsberechtigten bzw. -verpflichteten eingelegt.