

# MittBayNot

Bestellkarten für den Streizug durch die Kostenordnung  
(5. Aufl. 2002) und die Bäuerle-Tabelle in Euro im Heft

November/Dezember  
2001

Begründet 1864

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins,  
der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

Notare

Dr. Hermann Amann,  
Berchtesgaden

Dr. Johann Frank, Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,  
München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regensburg

Dr. Dieter Mayer, München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,  
Passau

## Schriftleiter:

Notarassessor  
Dr. Lorenz Bülow

Neu unter [www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)

- Der neue Internetauftritt des Bayerischen Notarvereins mit verbesserter Rundschreibendatenbank
- Formulierungsmuster aus der Abhandlung „Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis“ zum Download

ISSN 0941-4193

## Aus dem Inhalt

Seite

### Abhandlung

*Wälzholz/Bülow*, Die Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis – ein Überblick mit Checklisten und Formulierungsvorschlägen 509

*Schmucker*, Die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten in der Rechtsprechung des BayObLG 526

### Kurze Beiträge

*Basty*, Bauträgervertrag und Bauabzugsbesteuerung 535

*Reinold*, Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Veräußerung von nicht sondereigentumsfähigen Stellplätzen 540

*M. Wachter*, Das Mietrechtsreformgesetz – einzelne Auswirkungen bei Übertragung von vermietetem Grundbesitz 544

### Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“

*Heinemann*, Der Immobilienerwerb in Argentinien 553

### Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“

*Kapfer*, Kooperationsgewinne und ihre Quellen 558

### Rechtsprechung

Freiwillige Umlegung  
(BVerwG, Beschluss vom 17.6.2001 – 4 B 24/01 –) 584  
mit Anmerkung *Grziwotz* 586

Bewertung eines Kaufrechtsvermögens  
(BFH, Urteil vom 6.6.2001 – II R 76/99 –) 590

mit Anmerkung *Wälzholz* 591

## Inhaltsübersicht

	Seite
<b>Abhandlungen</b>	
<i>Wälzholz/Bülow</i> , Die Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis – ein Überblick mit Checklisten und Formulierungsvorschlägen	509
<i>Schmucker</i> , Die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten in der Rechtsprechung des BayObLG	526
<b>Kurze Beiträge</b>	
<i>Basty</i> , Bauträgervertrag und Bauabzugsbesteuerung	535
<i>Reinold</i> , Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Veräußerung von nicht sondereigentumsfähigen Stellplätzen	540
<i>M. Wachter</i> , Das Mietrechtsreformgesetz – einzelne Auswirkungen bei Übertragung von vermietetem Grundbesitz	544
<i>Benesch</i> , Mit dem Notarnetz sicher ins Internet	548
<b>Tagungsbericht</b>	
<i>Bandel/Bode/Schemmann</i> , Tagung der ERA Trier: „Europäisches Vertragsrecht in EG-Richtlinien“ (27.–28.9.2001)	550
<b>Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“</b>	
<i>Heinemann</i> , Der Immobilienerwerb in Argentinien	553
<b>Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“</b>	
<i>Kapfer</i> , Kooperationsgewinne und ihre Quellen	558
<b>Buchbesprechungen</b>	
Ann, Die Erbengemeinschaft ( <i>Reimann</i> )	562
Blaeschke, Praxishandbuch Notarprüfung ( <i>Martini</i> )	563
Hettrich/Pöhlmann/Gräser/Röhrich, Genossenschaftsgesetz ( <i>Weigl</i> )	564
Kanzleiter/Wegmann, Vereinbarungen unter Ehegatten ( <i>Odersky</i> )	564
Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit ( <i>Caspary</i> )	565
Weingärtner/Schöttler, Dienstordnung für Notarinnen und Notare ( <i>Vollhardt</i> )	567
Wolfram-Korn/Schmarsli, Außergerichtliche Streitbeilegung in Deutschland ( <i>Schwarzmann</i> )	567
Wolny, Unternehmens- und Praxisübertragungen. Nachfolgeregelungen im Zivil- und Steuerrecht ( <i>Weigl</i> )	568
<b>Rechtsprechung</b>	
<b>Bürgerliches Recht</b>	
<i>Allgemeines</i>	
1. Widerruflichkeit notariell beurkundeter Erklärungen nach dem HWiG (OLG Karlsruhe, Urteil vom 8.3.2001 – 9 U 75/99 –)	569

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
<i>Erbrecht</i>	
2. Unterlassene Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ist keine Schenkung (BGH, Urteil vom 26.9.2001 – IV ZR 198/00 –)	570
3. Testierfähigkeit (BayObLG, Beschluss vom 14.9.2001 – 1Z BR 124/00 –)	571
<b>Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>	
4. Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin (BGH, Beschluss vom 16.7.2001 – II ZB 23/00 –)	574
5. Kapitalaufbringung bei Hin- und Herüberweisung (BGH, Urteil vom 17.9.2001 – II ZR 275/99 –)	576
6. Niederlegung des Geschäftsführeramtes durch Erklärung gegenüber einem von mehreren Gesellschaftern (BGH, Urteil vom 17.9. 2001 – II ZR 378/99 –)	577
<b>Zivilprozessrecht, Schlichtungsrecht</b>	
7. Keine Umgehung des Schlichtungsverfahrens durch unzulässiges Mahnbescheidsverfahren (AG Rosenheim, Urteil vom 11.4.2001 – 18 C 65/01 –)	579
<b>Beurkundungs- und Notarrecht</b>	
8. Einseitiger Widerruf einer Hinterlegungsanweisung (LG Frankenthal (Pfalz), Beschluss vom 18.9.2001 – 1 T 136/01 –)	580
<b>Kostenrecht</b>	
9. Geschäftswert des Gesellschaftsvertrages einer Kommanditgesellschaft (BayObLG, Beschluss vom 25.7.2001 – 3Z BR 147/01 –)	581
10 Neubestellung eines abgelaufenen Erbbaurechts (BayObLG, Beschluss vom 27.7.2001 – 3Z BR 187/91 –)	583
<b>Öffentliches Recht</b>	
11. Freiwillige Umlegung (BVerwG, Beschluss vom 17.6.2001 – 4 B 24/01 –)	584
mit Anmerkung <i>Grziwotz</i>	586
12. Kein öffentlich-rechtliches Vorkaufsrecht bei Scheingeschäft (VG Ansbach, Urteil vom 25.9.2000 – AN 18 K 98.01234 –)	588
<b>Steuerrecht</b>	
13. Bewertung eines Kaufrechtsvermögens (BFH, Urteil vom 6.6.2001 – II R 76/99 –)	590
mit Anmerkung <i>Wälzholz</i>	591

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

Seite

### Hinweise für die Praxis

Gründerwerbsteuer: Anzeigepflicht der Notare nach § 18 GrEStG bei Übertragung von Gesellschaftsanteilen  
(OFD München, Verfügung vom 6.11.2001 – S 4540 – 35 St 351 –, OFD Nürnberg, Verfügung vom 29.10.2001 – S 4540 – 58/St 43 –)

595

### Standesnachrichten

596

### Sonstiges

III

Einladung zum Zweiten Wissenschaftlichen Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg zum Thema Vertragsobjekt Ehe und Lebenspartnerschaft

### Veranstaltungen

III

### Neuerscheinungen

IV

## ABHANDLUNGEN

### Die Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis – ein Überblick mit Checklisten und Formulierungsvorschlägen

Von Notarassessoren *Dr. Eckhard Wälzholz*, Rosenheim, und *Dr. Lorenz Bülow*, München

Am 1.1.2002 ist die größte Reform in der Geschichte des BGB in Kraft getreten. Der vorliegende Beitrag gibt einen kurzen Überblick über die unmittelbaren Auswirkungen auf die notarielle Praxis. Auf umfangreiche Nachweise zu Streitfragen und zur Entstehungsgeschichte wird verzichtet. Es wird vorausgesetzt, dass der Leser mit den Grundzügen des neuen Schuldrechts bereits vertraut ist. Im Zentrum stehen die wesentlichen Änderungen für die Vertragsgestaltung mit Checklisten und Formulierungsvorschlägen. Zur weitergehenden und grundlegenden Befassung mit den Folgen der Schuldrechtsmodernisierung in der notariellen Praxis sei der *Amann/Brambring/Hertel*, (vgl. *Neuerscheinungen*, S. IV in diesem Heft) wärmstens zur Lektüre empfohlen.

#### A. Einführung

Die Schuldrechtsreform hat zahlreiche Regelungsbereiche des Schuldrechts und des allgemeinen Teils des BGB grundlegend verändert. Ursache der Änderungen ist einerseits die bereits seit Jahren angestrebte Reform des Schuldrechts, mit der grundlegende Probleme des bisher geltenden Rechts beseitigt werden sollen. Andererseits bestand vor allem europarechtlich Handlungszwang im Hinblick auf die zum 1.1.2002 umzusetzende Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Trotz des heftigen Streits zwischen den Befürwortern der sog. Großen Lösung<sup>1</sup>, die eine groß angelegte Reform in einem Zug durchsetzen wollten, und den Streitern für eine sog. Kleine Lösung<sup>2</sup>, mit

<sup>1</sup> So insbesondere *Däubler-Gmelin*, NJW 2001, 2281 ff.

<sup>2</sup> So insbesondere der Bundesrat in seinen Stellungnahmen, BT-Drs. 338/1/01, S. 93, mit denen er sich jedoch nicht durchzusetzen vermochte. Vgl. auch *Ernst/Gsell*, ZIP 2000, 1812 ff.; *Zimmermann* in: *Ernst/Zimmermann*, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 1 ff.; *Knüttel*, NJW 2001, 2519.

der vorerst nur die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt werden sollte, ist die Schuldrechtsmodernisierung binnen kürzester Zeit als umfassendes Reformpaket durch das Gesetzgebungsverfahren gebracht worden. Die Folgen dieser Eile werden sich im vollen Ausmaß erst in den nächsten Jahren zeigen. Mit Reparaturgesetzen ist zu rechnen. Von der Schuldrechtsmodernisierung sind vor allem folgende Normgruppen betroffen:

- das Verjährungsrecht
- das allgemeine Leistungsstörungenrecht
- das Kaufrecht
- das Sonderrecht des Verbrauchsgüterkaufs
- das Werkvertragsrecht
- die verbraucherorientierten Nebengesetze wie AGBG, HTWG, VerbrKrG, TzWRG.

#### B. Konsequenzen der Schuldrechtsreform für die notarielle Praxis

##### I. Terminologische Auswirkungen

Die Schuldrechtsmodernisierung hat zahlreiche hergebrachte Begriffe aufgegeben und neue, teils inhaltsgleiche Begriffe an deren Stelle gesetzt. Dies erfordert ein gründliches Durchforsten der bisherigen Vertragsmuster auf entsprechenden terminologischen Anpassungsbedarf. Hiervon sind alle Bereiche der notariellen Vertragsgestaltung betroffen. Die Suche-/Ersetzfunktion der elektronischen Datenverarbeitung wird hierbei gewiss gute Dienste leisten.

Die wichtigsten begrifflichen Änderungen sind die Folgenden:

Alter Sprachgebrauch	Neuer Sprachgebrauch
Wandelung	Rücktritt (Kauf- und Werkvertrag)
Gewährleistung	Ansprüche und Rechte des Käufers wegen (Rechts- und/ oder Sach-)Mängeln
Fehler	Sachmangel
Zusicherung einer Eigenschaft	Garantie
Aliud	--- (dem Sachmangel gleichgestellt)
Nachbesserung	Nacherfüllung (Werkvertrag)
Nichterfüllungsschaden	Schadensersatz statt der Leistung
Kleiner Schadensersatz	Schadensersatz statt der Leistung
Großer Schadensersatz	Schadensersatz statt der ganzen Leistung
---	Pflichtverletzung
---	Nacherfüllung (Kauf)

Demgegenüber sind folgende Begrifflichkeiten zwar in ihren Voraussetzungen oder Rechtsfolgen modifiziert worden, als Begriffe jedoch unverändert geblieben:

- Verzug
- Unmöglichkeit
- Minderung
- Schadensersatz allgemein gemäß § 249 ff.
- positive Forderungsverletzung
- culpa in contrahendo
- Wegfall oder Störung der Geschäftsgrundlage
- Rechtsmangel
- Sachmangel

## II. Neuerungen im Allgemeinen Schuldrecht

### 1. Unmöglichkeit

Eines der ursprünglichen Ziele der Schuldrechtsmodernisierung bestand darin, die Unmöglichkeit als wesentlichen Regelungsbereich des allgemeinen Schuldrechts zurückzudrängen, da seine Gewichtung im Gesetz nicht der praktischen Bedeutung entsprach. Dieses Ziel hat der Gesetzgeber im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens aufgegeben. Die Unmöglichkeit wird weiterhin in speziellen Tatbeständen geregelt, §§ 275, 280, 283, 311a, 326 BGB. Ihre Bedeutung ist durch die Reform sogar wesentlich gestiegen. Dies beruht nicht zuletzt darauf, dass den Verkäufer nach § 433 Abs. 1 S. 2 BGB nunmehr eine Primärpflicht zur sach- und rechtmangelfreien Leistung trifft. Folgende Fälle sind beispielsweise in Zukunft über das Recht der (Teil-)Unmöglichkeit zu lösen:

1. Verkäufer V will sein Grundstück an K verkaufen. V ist allerdings noch nicht als Eigentümer im GB eingetragen, da er das Grundstück selbst erst vor wenigen Wochen gekauft hat. V und K wollen wissen, was passiert, wenn der Vorerwerb scheitert<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Lösung: Es handelt sich um anfängliches Unvermögen, das in § 311a Abs. 2 BGB geregelt ist. Aufgrund der Übernahme eines Beschaffungsrisikos i.S.d. § 276 Abs. 1 BGB ist wie bisher nach §§ 440, 325 BGB a.F. von einer verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung auszugehen.

2. Wie ist die Rechtslage bei einer zu beseitigenden Belastung, wenn die Lastenfreistellung nicht gelingt<sup>4</sup>?
3. Wie ist die Rechtslage bei einem nicht behebbaren Sachmangel des Grundstücks<sup>5</sup>?
4. Wie ist die Rechtslage bei einem von vornherein nicht genehmigungsfähigen Teilflächenverkauf<sup>6</sup>?

Die Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit in § 311a BGB kann zu unerwarteten Haftungsfällen für Beteiligte führen: Wenn beispielsweise eine Teilfläche eines Grundstückes verkauft wird, jedoch die Teilungsgenehmigung nach dem BauGB aufgrund bei Vertragsschluss feststehender Vorschriften zwingend nicht erteilt werden kann<sup>7</sup>, liegt ein Fall anfänglicher objektiver Unmöglichkeit vor. Nach bisherigem Recht war der Kaufvertrag hier gemäß § 306 BGB a.F. unwirksam. Der Käufer konnte nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. Schadensersatz verlangen, wenn der Verkäufer die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste. Der Schadensersatzanspruch entstand jedoch gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. nicht, wenn der Käufer die Unmöglichkeit ebenfalls kannte oder kennen musste. Im Regelfall konnte kein Schadensersatzanspruch entstehen, da der Fahrlässigkeitsvorwurf in derartigen Fällen Käufer und Verkäufer gleichermaßen traf.

Diese Rechtslage hat sich nunmehr geändert. Nach § 311a Abs. 2 BGB haftet der Verkäufer bei anfänglicher Unmöglichkeit auf das positive Interesse, es sei denn, dass er das Hindernis nicht kannte und auch seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Anstelle des vollständigen Ausschlusses der Haftung für den Fall, dass der Käufer das Hindernis ebenfalls hätte kennen können, tritt nunmehr die Mitverschuldensregelung des § 254 BGB. Bei gleichem Mitverschulden wäre der Anspruch folglich auf die Hälfte reduziert. Eine solche Haftung wird bei derartigen Verträgen schwerlich gewollt sein, da beide Vertragsteile gleichermaßen die Möglichkeit gehabt hätten, sich über die Genehmigungsfähigkeit zu informieren. Die Beteiligten werden daher den Schadensersatzanspruch i.d.R. vertraglich ausschließen wollen. Dieses Gestaltungsziel lässt sich erreichen durch Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung oder durch ein vertragliches Rücktrittsrecht für diesen Fall.

#### Teilflächenkauf – aufschiebende Bedingung:

Die Teilung des Grundstücks bedarf einer Teilungsgenehmigung oder eines Negativzeugnisses der zuständigen Gemeinde. Der schuldrechtliche Teil dieses Vertrages steht unter der aufschiebenden Bedingung der Erteilung der Teilungsgenehmigung oder eines entsprechenden Negativzeugnisses. Auf die Bestandskraft oder etwa ergehende Auflagen kommt es für den Bedingungeintritt nicht an. Der Notar

<sup>4</sup> Die Rechtslage ist wie im vorigen Beispiel; nach §§ 437 Nr. 3, 311a BGB (bei anfänglichem Unvermögen) bzw. §§ 437 Nr. 3, 283 BGB (bei nachträglichem Unvermögen) Schadensersatzhaftung des V.

<sup>5</sup> Nach §§ 437 Nr. 3, 311a BGB Schadensersatzhaftung des V. Im Hinblick auf die Gegenleistung gelten hier die Besonderheiten des § 326 Abs. 1 S. 2 BGB, der mittelbar auf §§ 326 Abs. 5, 323 BGB verweist.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu die nachstehenden Ausführungen mit Formulierungsvorschlag.

<sup>7</sup> Vgl. auch *Tiedtke/Wälzholz*, NotBZ Sonderheft Schuldrechtsmodernisierung 2001, 13, 24.

wird beauftragt, den Vertragsvollzug vor Bedingungseintritt in jeder Hinsicht zu betreiben. Dies gilt auch für die Auflassungsvormerkung. Er wird ferner beauftragt, namens der Beteiligten die Genehmigung zu beantragen und bei uneingeschränkter Erteilung entgegenzunehmen. Versagende oder einschränkende Bescheide sind hingegen den Beteiligten direkt zuzustellen. Der Schwebezustand endet mit Bedingungseintritt und mit Bedingungsausfall, spätestens jedoch am \*\*\*, sofern bis dahin die Genehmigung oder ein entsprechendes Negativzeugnis nicht erteilt wurde. Mit Fristablauf ist dieser Vertrag entgeltlich unwirksam.

Wird der Vertrag aufgrund der Teilungsgenehmigung nicht wirksam, so trägt alle Kosten der \*\*\*. Die Auflassungsvormerkung ist unverzüglich zur Löschung zu bewilligen.

(ggfs. Sicherungen)

Die aufschiebende Bedingung hat dabei den Vorteil gegenüber der Vereinbarung eines Rücktrittsrechts, dass die Grunderwerbsteuer gemäß § 14 GrEStG erst mit Bedingungseintritt entsteht.

## 2. Verzug

Die Probleme<sup>8</sup> des Gesetzes zur „Beschleunigung“ fälliger Zahlungen aus dem Jahre 2000 sind mit der Schuldrechtsmodernisierung endgültig wieder beseitigt worden. Nach dem bis Ende 2001 geltenden Recht war unklar geworden, ob eine Mahnung vor Ablauf der 30-Tage-Frist des § 286 Abs. 3 BGB a.F. Verzug auslösen konnte. Dies hat der Gesetzgeber nunmehr klargestellt durch Einfügung des entscheidenden Wortes „spätestens“ in § 286 Abs. 3 BGB.

Gleichzeitig ist die Bedeutung der Mahnung für die Verzugsbegründung in der notariellen Praxis weiter geschrumpft, da nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB Verzug auch ohne Mahnung eintritt, wenn der Leistung nach dem Vertrag ein Ereignis vorzuzugehen hat und dem Schuldner eine angemessene, nach dem Kalender berechenbare Zeit für die Leistung eingeräumt ist. Da auch die Fälligkeitsmitteilung des Notars oder der Eintritt der letzten Fälligkeitsvoraussetzung ein solches Ereignis sein kann, tritt Verzug automatisch mit dem Ablauf der üblicherweise vertraglich vereinbarten zehn oder 14 Tage ein. Einer Mahnung bedarf es nicht. Die Problematik der bisher AGB-rechtlich unzulässigen Fälligkeitszinsen<sup>9</sup> ist damit entfallen. Der gesetzliche Verzugszins für Geldschulden ist in § 288 BGB angehoben worden auf fünf Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz (neu geregelt in § 247 BGB), wenn ein Verbraucher an dem Vertrag beteiligt ist; ansonsten beträgt er acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Nach heutigem Stand (31.12.2001) beträgt der Verzugszins damit 8,62 % bzw. 11,62 %.

Die bisher übliche Fälligkeitsmitteilung kann sowohl in der konstitutiven als auch in der deklaratorischen Variante<sup>10</sup> unverändert verwandt werden und könnte anstelle der bisherigen Passagen zum Verzug um folgenden Hinweis ergänzt werden.

<sup>8</sup> Vgl. zum ganzen: *Basty*, DNotZ 2000, 260; *Brambring*, DNotZ 2000, 245 ff.; *derselbe*, ZfIR 2000, 245 ff.; *Buddeberg*, BWNNotZ 2001, 4 ff.; *Hertel*, ZNotP 2000, 130 ff. und *Weber*, NJW 2000, 2406 ff.; *Henkel/Kessler*, NJW 2000, 3089 ff.; *Schmidt/Räntsch*, ZfIR 2000, 337 ff.; *Waldner*, ZfIR 2001, 163 ff.

<sup>9</sup> BGH DNotZ 1998, 367; *Brambring*, DNotZ 2000, 245, 251.

<sup>10</sup> Vgl. zur Unterscheidung *Albrecht* in: *Reithmann/Albrecht*, Rdnr. 471.

## Kaufpreisfälligkeit:

(Fälligkeitsregelung wie bisher)

Der Notar hat auf Folgendes hingewiesen: Verzug tritt auch ohne Mahnung mit Ablauf der angegebenen Frist ein. Ab diesem Zeitpunkt ist der Kaufpreis mit einem Verzugszins für das Jahr von fünf/acht<sup>11</sup> Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (der derzeit 3,62% beträgt) zu verzinsen. Der Zinssatz wird gesetzlich zum 1.1. und 1.7. eines jeden Jahres angepasst und von der Deutschen Bundesbank bekannt gegeben.

Aufgrund der ausreichenden Abschreckungswirkung der neuen Zinssätze erübrigt sich künftig die Vereinbarung vom Gesetz abweichender Zinsen. Sollte dennoch eine abweichende Vereinbarung gewollt sein, so handelt es sich hierbei meist um eine Schadenspauschalierung. Diese ist im Bereich der AGB-Kontrolle gemäß § 309 Nr. 5 BGB nur noch zulässig, wenn dem Schuldner **ausdrücklich** der Nachweis eines nicht oder wesentlich niedriger entstandenen Schadens vorbehalten wird. Ergänzend ist daher bei Vorliegen von AGB folgende Regelung aufzunehmen:

## Erhöhter Verzugszins (bei AGB-Kontrolle):

Dem Schuldner ist der Nachweis gestattet, dass ein Schaden überhaupt nicht oder wesentlich niedriger entstanden ist als mit der Pauschale vereinbart. Der Anspruch auf den gesetzlichen Verzugszins bleibt von diesem Vorbehalt unberührt.

## 3. Vertragliches Rücktrittsrecht

Rücktrittsrechte kommen in der notariellen Praxis vor allem in folgenden Konstellationen vor:

- Verkauf von Bauland, bei dem die Bebaubarkeit ungewiss ist
- Kaufvertrag, wenn Zweifel an der Zahlungswilligkeit oder -fähigkeit des Käufers bestehen zur Vermeidung des umständlichen Verfahrens nach § 326 BGB a.F.
- Überlassung mit Rücktrittsvorbehalt<sup>12</sup>.

An diesen Fallkonstellationen hat sich zunächst insoweit etwas geändert, als die zweite Fallgruppe in Zukunft entfallen kann, da § 326 BGB a.F. vereinfacht wurde, also hier keine Fallstricke mehr versteckt sind. Eines vertraglichen Rücktrittsrechts bedarf es insoweit nicht mehr.

Die übrigen Anwendungsfälle bestehen hingegen fort. Die alte Rechtslage des Rückgewährschuldverhältnisses nach den §§ 346 ff. BGB a.F. wies dabei vor allem folgende Schwachstellen<sup>13</sup> auf:

- die grundsätzliche Gleichstellung von gesetzlichem und vertraglichem Rücktrittsrecht konnte nicht durchgehalten werden; § 327 S. 2 BGB a.F. wurde daher beim gesetzlichen Rücktrittsrecht weitgehend entsprechend angewandt mit der Folge einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung<sup>14</sup>
- die scharfe Haftung gemäß § 347 BGB a.F. nach den Bestimmungen des EBV (Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gemäß §§ 987 ff.) passte in vielen Fällen nicht

<sup>11</sup> Hinsichtlich des Zinssatzes vgl. vorstehende Ausführungen.

<sup>12</sup> Vgl. dazu *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, 1 ff.

<sup>13</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 189 ff.

<sup>14</sup> Vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 327 BGB Rdnr. 3.

- die Gefahr des zufälligen Untergangs fiel gemäß § 350 BGB a.F. auf den Verkäufer zurück, obwohl sie mit Besitzübergang bereits nach §§ 446 f. BGB auf den Käufer übergegangen war<sup>15</sup>
- grundsätzlich Ausschluss des Rücktritts bei verschuldetem Untergang der Sache mit ungeklärtem bzw. umstrittenem Verständnis des hier geltenden Verschuldensbegriffs<sup>16</sup>
- kein Ersatz für wertsteigernde, aber nicht notwendige Verwendungen, § 994 BGB.

Zur Beseitigung dieser Kardinalmängel hat der Gesetzgeber das Rückgewährschuldverhältnis in den § 346 ff. BGB neu geordnet<sup>17</sup>. Die wichtigsten Strukturen lassen sich schlagwortartig wie folgt beschreiben:

- vertraglicher und gesetzlicher Rücktritt werden nach den gleichen Regeln behandelt, es sei denn das Gegenteil wäre ausdrücklich angeordnet,
- Rücktritt bleibt trotz Untergang der Sache möglich; dies sogar bei absichtlicher Zerstörung durch einen Vertragsteil; aber Wertersatz gemäß § 346 Abs. 2 BGB, Ausnahme Abs. 3,
- Wegfall der Verweisung auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis in § 347 BGB,
- Nutzungen (auch pflichtwidrig nicht gezogene) sind herauszugeben; bei gesetzlichem Rücktritt gilt dafür allerdings nur *diligentia quam in suis*,
- notwendige Verwendungen sind stets zu ersetzen, andere nur nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen.

Für die Vertragsgestaltung folgt aus den Änderungen, dass bisher verwandte Verweisungen auf das allgemeine Recht der §§ 346 ff. BGB in notariellen Verträgen überprüft werden müssen. Der Inhalt eines solchen Verweises hat sich gravierend geändert. Folgende Regelungspunkte sollten bei einem vertraglichen Rücktrittsrecht mindestens bedacht werden<sup>18</sup>:

- Ersatz von Nutzungen, insbes. fester Zinssatz; auch pflichtwidrig unterlassene Nutzungen?
- Ersatz von Verwendungen, notwendige/nützliche/wertsteigernde
- Gefahrtragung bei zufälligem Untergang
- Übernahme von Belastungen/Verbindlichkeiten

Diese Aspekte lassen sich beispielsweise wie folgt regeln:

#### Rücktritt bei Überlassung:

Der Übergeber ist berechtigt, vom schuldrechtlichen Teil dieses Vertrages zurückzutreten und die Rückkauflassung des Vertragsgegenstandes zu verlangen, wenn \*\*\*.

Dem Erwerber sind nur wertsteigernde Aufwendungen bis zu der bei Rückübertragung bestehenden objektiven Wert-erhöhung zu ersetzen. Eine Ersatzpflicht scheidet aus, wenn die Aufwendungen ohne schriftliche Zustimmung des Übergebers erfolgt sind. Nutzungen und Zinsen sind bis zur Ausübung des Rücktrittsrechts nicht zu erstatten. Grundpfandrechte und Verbindlichkeiten hat der Übergeber nur insoweit zu übernehmen, als sie gegenwärtig bestehen oder Verbindlichkeiten sichern, zu deren Erfüllung der Übergeber ver-

pflichtet ist. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Rücktrittsbestimmungen.

(Fristen, Kosten, § 428 BGB, Ausübung, Form, Auflassungsvormerkung)

Nach dem bisher geltenden Recht drohte beim Kaufvertrag eine Schadensersatzhaftung grundsätzlich nur in den Fällen des § 463 BGB a.F., also bei Arglist oder Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft. Nach der neuen Rechtslage führt dagegen jeder verschuldete Mangel nach den §§ 280, 281, 311a BGB zu einem Schadensersatzanspruch des Käufers. Je nachdem wie streng die Rechtsprechung den Verschuldensbegriff des § 276 BGB in solchen Fällen handhaben wird, drohen Verkäufern bei scheiternder Bebauung eines als Bauland verkauften Grundstücks Schadensersatzansprüche, gerichtet auf das positive Interesse. Dies ist häufig nicht gewollt und nicht interessengerecht. Zur Vermeidung derartiger Probleme kann entweder – wie beim Teilflächenverkauf – eine aufschiebende Bedingung oder ein Rücktrittsrecht vereinbart werden.

#### Verkauf von Bauland:

Käufer und Verkäufer sind berechtigt, von dem schuldrechtlichen Teil dieses Vertrages zurückzutreten und die Rückkauflassung des Vertragsgegenstandes zu verlangen, wenn \*\*\* (genauer Baubeschrieb, ggf. Vorliegen einer Baugenehmigung/eines Vorbescheids).

Wegen Umständen, die zum Rücktritt berechtigen ist die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ausgeschlossen<sup>19</sup>.

Weder wertsteigernde (ggfs.: noch notwendige) Aufwendungen sind dem Käufer zu ersetzen. Nutzungen sind bis zur Ausübung des Rücktrittsrechts nicht zu erstatten. Geldbeträge sind mit einem Zinssatz von 4% jährlich zu verzinsen.

Für seine Rechnung bestellte Grundpfandrechte und andere von ihm bestellte, im Grundbuch eingetragene oder nicht eingetragene Rechte hat der Käufer unverzüglich Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises samt Zinsen zu beseitigen. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Rücktrittsbestimmungen.

(Sicherungen, Fristen, Kosten, § 428 BGB, Ausübung, Form)

### III. Neuerungen im Verjährungsrecht

#### 1. Grundzüge

Die Grundzüge der Neuregelung des Verjährungsrechts<sup>20</sup> lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die regelmäßige Verjährung beträgt statt 30 Jahren nunmehr drei Jahre, § 195 BGB; sie beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres der Entstehung des Anspruchs (grundsätzlich = Fälligkeit) und Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis von dem Anspruch.
- Zum Ausgleich der subjektiven Anknüpfung des Verjährungsbeginns (Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis) regelt § 199 Abs. 2 bis 4 BGB Höchstfristen, die zu einer objektiv angeknüpften Verjährung unabhängig von der Kenntnis vom Anspruch führt; diese beträgt

<sup>15</sup> Kritisch auch *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Auflage 1987, § 26 b), S. 407.

<sup>16</sup> *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Auflage 1987, § 26 b), S. 407 ff.

<sup>17</sup> Vgl. grundlegend *Kohler*, JZ 2001, 325 ff.

<sup>18</sup> Vgl. dazu *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, 1 ff.; *Brambring*, Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage 2000, A I 115.

<sup>19</sup> Diese Regelung schließt die Anwendung des § 325 BGB (Schadensersatz neben Rücktritt) aus.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu grundlegend *Amann* in: DAI-Skriptum Schuldrechtsmodernisierung, S. 233 ff.; *Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst*, JZ 2001, 684 ff. (Stand: Regierungsentwurf).



- 30 Jahre nach Handlung bei Schadensersatz wegen Körperschäden,
  - zehn Jahre nach Entstehung oder (sofern früher) 30 Jahre nach Begehung bei anderen Schadensersatzansprüchen, und
  - zehn Jahre nach Entstehung bei allen anderen Ansprüchen.
- Für Ansprüche auf Übertragung eines Grundstücks und hinsichtlich Rechten an einem Grundstück beträgt die Verjährungsfrist gemäß § 196 BGB nur noch zehn Jahre ab Entstehung (§ 200 BGB); das Gleiche gilt für Ansprüche auf die Gegenleistung.
  - Gemäß § 197 BGB gilt eine 30-jährige objektiv angeknüpfte Verjährung (§ 201 BGB) bei Herausgabeansprüchen aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten, bei familien- und erbrechtlichen Ansprüchen sowie bei rechtskräftig festgestellten und vollstreckbaren Ansprüchen; dies gilt gemäß § 197 Abs. 2 BGB nicht bei wiederkehrenden Leistungen (insoweit gilt die regelmäßige 3-jährige Verjährung).

## 2. Verjährung der Mängelrechte im Kaufrecht

Im neuen Kaufrecht beginnt die Verjährung der Mängelrechte unabhängig von einer evtl. Anspruchskenntnis mit Übergabe bzw. mit Ablieferung der Kaufsache. Hinsichtlich der Verjährungsfrist ist nach § 438 BGB wie folgt zu unterscheiden:

- 30 Jahre bei Rechten, die zur Herausgabe der Sache berechtigen (Eviktionsfälle) und bei im Grundbuch eingetragenen Rechten
- fünf Jahre bei einem (alten [!] wie neuen) Bauwerk und Baumaterialien
- zwei Jahre in allen übrigen Fällen
- bei Arglist gilt nach § 438 Abs. 3 die regelmäßige Verjährung, sofern diese länger läuft (wegen der subjektiven Anknüpfung).

## 3. Verjährung der Mängelrechte im Werkvertragsrecht

Im neuen Werkvertragsrecht gilt hinsichtlich der Verjährung nach § 634 a BGB was folgt:

- zwei Jahre Verjährungsfrist bei einem sachbezogenen Werk
- fünf Jahre Verjährungsfrist bei einem bauwerksbezogenen Werk
- im Übrigen (insbes. bei immateriellen Leistungen) gilt die regelmäßige dreijährige Verjährung
- die Verjährung beginnt in den beiden ersten genannten Fällen mit der Abnahme (objektiv); im Übrigen nach den allgemeinen Vorschriften (subjektiv, vgl. hierzu oben unter Ziffer 1: Grundzüge)
- bei Arglist gilt nach § 634 a Abs. 3 BGB die regelmäßige Verjährung, sofern diese länger läuft (wegen der subjektiven Anknüpfung)

## 4. Vereinbarungen zur Verkürzung und Verlängerung der Verjährung

Vereinbarungen zur Verjährung waren nach altem Recht nur sehr eingeschränkt möglich. Die Bestimmung des § 11 Nr. 10 AGBG a.F. war sehr restriktiv, ebenso § 225 BGB a.F. Das neue Verjährungsrecht, insbesondere die erhebliche Verlängerung der regulären Kaufrechts- und Werkvertragsverjährung sind in bestimmten Fällen korrekturbedürftig. Umgekehrt löst die Verkürzung der allgemeinen Verjährung beispielsweise im Hinblick auf Immobiliengeschäfte Korrekturbedarf zur Verlängerung der Verjährungsfristen aus. Dabei sind vor allem folgende Vorschriften als Grenzen der Gestaltungsfreiheit zu beachten:

## Checkliste

Norm	Gestaltungsgrenzen
§ 202 Abs. 1 BGB	keine Verkürzung der Verjährung bei Vorsatz
§ 202 Abs. 2 BGB	keine Verlängerung auf mehr als 30 Jahre ab dem gesetzlichen Beginn der Verjährung
Verbrauchsgüterkauf: § 475 Abs. 2 BGB	gebrauchte Sache mindestens ein Jahr, neue Sache mindestens zwei Jahre
Allgemeine Geschäftsbedingungen: § 309 Nr. 8 b) ff.) BGB	§ 438 Abs. 1 Nr. 2, 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB im Hinblick auf Bauwerke zwingend, i.Ü. nicht weniger als ein Jahr
Allgemeine Geschäftsbedingungen: § 309 Nr. 7a), b), Nr. 8 a) BGB	keinerlei Einschränkungen zulässig

Soll die Verjährung eines mangelbedingten Anspruchs oder Rechts verkürzt werden, so kann im Bereich der AGB-Kontrolle und außerhalb der Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs gemäß §§ 474 ff. BGB folgende Formulierung verwandt werden<sup>21</sup>.

### Verkürzung der Verjährung von Mängelrechten im Kauf- und Werkvertragsrecht (kein Verbrauchsgüterkauf, mit AGB-Kontrolle):

Die Verjährungsfrist für (sach-<sup>22</sup>)mangelbedingte Ansprüche und Rechte beträgt bei neu hergestellten Sachen oder Werkleistungen ein Jahr und bei gebrauchten Sachen sechs Monate<sup>23</sup>. Die §§ 438 Abs. 1 Nr. 2, 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB bleiben unberührt<sup>24</sup>. Die Verkürzung der Verjährung gilt nicht für eine Haftung bei Vorsatz oder Arglist. Hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen gilt die Verkürzung auch nicht für eine Haftung für grob fahrlässig verursachte Schäden und nicht für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers beruhen. Einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers steht diejenige eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verkäufers gleich.

Die vorstehende Klausel erfasst Sach- wie Rechtsmängel. Dies mag im Einzelfall in Bezug auf Rechtsmängel nicht gewollt und nicht interessengerecht sein und wäre dann entsprechend dem Klammerzusatz in der ersten Zeile einzuschränken. Wird die Haftung für Sachmängel vollständig ausgeschlossen, wie beim Altbau üblich, so bedarf es einer entsprechenden Regelung nicht, es sei denn die Verjährung der Haftung für Rechtsmängel soll auch erfasst werden – wie in der Klausel vorgesehen.

Weitere Regelungsvorschläge im Hinblick auf die Verjährung werden bei den einzelnen Vertragstypen dargestellt.

<sup>21</sup> Vgl. auch *Tiedtke/Wälzholz*, NotBZ Sonderheft Schuldrechtsmodernisierung, 2001, 13, 17.

<sup>22</sup> Vgl. nachstehende Erläuterung.

<sup>23</sup> Diese Verjährungsfrist lehnt sich an die bisherige Rechtslage an; bei Vereinbarung einer Frist unter sechs Monaten muss u.E. damit gerechnet werden, dass der Bereich der unzulässigen unangemessenen Benachteiligung (§ 307 Abs. 1 BGB) erreicht wird.

<sup>24</sup> Vgl. § 309 Nr. 8 b) ff.) BGB.

## 5. Auswirkungen der Verjährung auf Grundschuld und Freistellungsverpflichtungserklärung

Die Verkürzung der allgemeinen Verjährungsfrist hat auch Auswirkungen auf den Umgang mit **Grundschulden**. Hierbei sind im typischen Fall der Sicherungsgrundschuld folgende Ansprüche nach den jeweils einschlägigen Verjährungsregelungen zu unterscheiden:

- Der Rückzahlungsanspruch der Bank aus dem Darlehensvertrag verjährt gemäß § 195 BGB in der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren ab dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch fällig wird<sup>25</sup>. Die Verjährung des gesicherten Anspruchs hindert jedoch nicht die Vollstreckung in den Grundbesitz, § 216 Abs. 1 BGB; dies gilt nach § 216 Abs. 3 BGB jedoch nicht für verjährte Darlehenszinsen.
- Die Grundschuld selbst (das dingliche Recht) verjährt nicht, da es im Grundbuch eingetragen ist, § 902 BGB; nach der Sicherungsvereinbarung darf jedoch nicht vollstreckt werden, wenn keine Verbindlichkeiten mehr bestehen.
- Die **Rückgewähransprüche bei Grundschulden verjähren** gemäß § 196 BGB **in zehn Jahren** nach Entstehung<sup>26</sup> (= Fälligkeit = Wegfall des Sicherungszwecks); das dauerhafte „Stehenlassen“ der Grundschuld kann nach Verjährungseintritt zur Verweigerung der Rückgewähr der Grundschuld seitens der Bank führen.

Die Problematik der verjährten Rückgewähransprüche lässt sich durch die Verlängerung der Verjährung auf 30 Jahre (Höchstgrenze gemäß § 202 Abs. 2 BGB) entschärfen.

### Grundschulden – Verjährung des Rückgewähranspruchs:

Alle Ansprüche aus der Zweckvereinbarung, insbesondere der Rückgewähranspruch des Eigentümers verjähren in 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn.

Die Verjährungsproblematik stellt sich nach neuem Recht auch bei der **Freistellungsverpflichtungserklärung** der Globalgläubigerin beim Bauträgervertrag. Auch hierfür gilt die zehnjährige Verjährung, § 196 BGB. Die Verjährung beginnt allerdings erst mit Fälligkeit dieses Freistellungsanspruchs, also mit Eintritt der Voraussetzungen, unter denen der Käufer die Freistellung verlangen kann.

## IV. Neue Grenzen der Gestaltungsfreiheit

### 1. Überblick

Das Schuldrecht ist auch nach der Reform im Grundsatz dispositives Recht. Die europäische Rechtsentwicklung bringt jedoch mit neuen, Verbraucher schützenden Richtlinien ein weiteres Abschmelzen der Gestaltungsfreiheit mit sich. Für die notarielle Praxis sind folgende Änderungen der Gestaltungsgrenzen wesentlich:

<sup>25</sup> Gem. § 196 BGB würde abweichend die zehnjährige Verjährung von Rechten an einem Grundstück eingreifen, wenn in der Rückerstattung des Darlehens die Gegenleistung für die Rückgewähr des zur Sicherung bestellten Grundpfandrechts zu sehen wäre, so wohl *Palandt/Putzo*, Vor. § 607, Rdnr. 6.

<sup>26</sup> Vgl. den nachstehenden Formulierungsvorschlag.

- Das AGBG wurde mit den §§ 305 ff. in das BGB integriert und in wichtigen Bereichen inhaltlich ergänzt und geändert (dazu sogleich).
- Für den Verkauf beweglicher Sachen von Unternehmern an Verbraucher wurde in den weitgehend zwingenden §§ 474 ff. BGB die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umgesetzt.
- Die Verjährung kann in den Grenzen des § 202 BGB rechtsgeschäftlich erschwert werden.
- Über die Beschränkungen der §§ 443, 476 BGB a.F. hinaus können nach § 444 BGB die Mängelrechte des Käufers bei Garantieübernahme durch den Verkäufer nicht ausgeschlossen werden.

## 2. Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verbraucherverträge

Bei notariell beurkundeten Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern (insbesondere – aber nicht nur! – bei Bauträgerverträgen) muss auch künftig mit der Anwendung des AGB-Rechts durch die Rechtsprechung gerechnet werden<sup>27</sup>, § 310 Abs. 3 BGB. Dieser Abschnitt soll zunächst einen Kurzüberblick über die Neuerungen im AGB-Recht verschaffen. Ferner werden einige allgemeine Auswirkungen „vor die Klammer gezogen“ behandelt. Auf die besonderen Auswirkungen bei den einzelnen Vertragstypen wird an entsprechender Stelle eingegangen.

Neu ist, dass in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB das von der Rechtsprechung entwickelte Transparenzgebot nunmehr gesetzlich geregelt ist. Die – gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG wohl gebotene – Verwendung der für den Rechtslaien gelegentlich schwer verständlichen juristischen Fachsprache in notariellen Urkunden stellt allerdings auch künftig keine unangemessene Benachteiligung der anderen Vertragspartei mit der Folge der Unwirksamkeit der betreffenden Klauseln dar, wenn der Notar seinen gesetzlichen Belehrungspflichten nachgekommen ist.

Für die notarielle Praxis höchst relevant dürfte die Ausdehnung der Transparenzkontrolle auf preis- und hauptleistungsbestimmende Klauseln sein, § 307 Abs. 3 S. 2 BGB<sup>28</sup>. Diese Verschärfung sollte zum Anlass genommen werden, Bauträger zur Untersuchung der von ihnen entworfenen Baubeschreibungen auf Klarheit und Verständlichkeit zu verpflichten<sup>29</sup>.

Die Bestimmung des § 308 BGB übernimmt im Wesentlichen unverändert die Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit in § 10 AGBG a.F.

<sup>27</sup> Vgl. *Brambring* in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage, 2000, A 1 Rdnr. 333; *Braunfels*, DNotZ 1997, 356 ff.; *Döbereiner*, NotBZ 1997, 121 ff.; *Heinrichs*, NJW 1996, 2190 ff.; *Holland* in: Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 2 Rdnr. 659 f.; *Kaufhold*, DNotZ 1998, 260 ff.; *Schaub*, JuS 2000, 555 ff.

<sup>28</sup> Zur Ausweitung der Prospekthaftungsrechtsprechung nach altem Recht vgl. nur BGH MittBayNot 2001, 62 und *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 708 m.w.N.

<sup>29</sup> Welche Rechtsfolgen bei einer Verletzung des Transparenzgebotes in der Baubeschreibung eingreifen sollen, ist freilich unklar; der Bauträger muss hier mit der Anwendung eines AGB-rechtlichen „Meistbegünstigungsprinzips“ rechnen, wonach die intransparente Klausel in der Baubeschreibung in der für den Käufer günstigsten Weise ausgelegt wird.

Folgende für die Praxis wesentliche Änderungen sind in den nunmehr in § 309 BGB geregelten Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeit des § 11 AGBG a.F. eingetreten<sup>30</sup>:

- In § 309 Nr. 5 b) BGB ist bestimmt, dass bei der Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen (z. B. erhöhter Verzugszins, Nutzungspauschalen bei verspäteter Räumung) der anderen Vertragspartei **ausdrücklich** der Nachweis vorbehalten sein muss, ein Schaden sei nicht oder in wesentlich geringerer Höhe entstanden. Für den Ankauf von Grundbesitz durch einen gewerblichen Grundstückshändler könnte bspw. folgende Regelung formuliert werden:

#### **Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen (bei AGB-Kontrolle):**

Räumt der Verkäufer den Vertragsgegenstand nicht bis zum \*, so ist er verpflichtet, dem Käufer eine pauschale Nutzungsentschädigung in Höhe von \*,– € pro angefangener Woche frühestens ab vollständiger Kaufpreiszahlung zu zahlen. Dem Schuldner ist der Nachweis gestattet, dass ein Schaden oder eine Wertminderung überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger ist als mit der Pauschale vereinbart.

- Nach § 309 Nr. 7a) BGB gilt eine weitere Einschränkung für Haftungsausschlüsse in AGB. Nunmehr kann die Haftung über § 276 Abs. 3 BGB (Vorsatz) und § 309 Nr. 7 b) BGB (grobes Verschulden) hinaus auch für **leichte Fahrlässigkeit** nicht mehr ausgeschlossen werden, soweit Schäden wegen der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit betroffen sind. Das Verschulden gesetzlicher Vertreter und von Erfüllungsgehilfen ist eigenem Verschulden gleichgestellt, § 309 Nr. 7 a) und b) BGB.

#### **Einschränkung von Haftungsausschlüssen (bei AGB-Kontrolle):**

Hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen bleibt die Haftung für vorsätzliche oder grob fahrlässig verursachte Schäden und für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des anderen Vertragsteils beruhen, unberührt. Einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung des anderen Vertragsteils steht diejenige seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen gleich.

- Nach § 309 Nr. 8 b) BGB gelten die Beschränkungen des § 11 Nr. 10 AGBG a.F. für Gewährleistungsklauseln in Verträgen über neu hergestellte Sachen und Werkleistungen nunmehr auch für Rechtsmängel; nach Nr. 8 b) ff.) ist eine Verjährungsverkürzung bzgl. Rechten und Ansprüchen wegen Mängeln bei bauwerksbezogenen Leistungen nicht, bei anderen Leistungen auf unter ein Jahr nicht möglich.

Im Zweifel unwirksam ist in AGB nach wie vor eine Regelung, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Aufgeworfen ist hier die Frage, inwieweit durch die Änderungen im Schuldrecht neue Grundgedanken gesetzlicher Regelung geschaffen wurden, etwa in § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB, der

<sup>30</sup> Der Übersichtlichkeit halber ist die Aufzählung vereinfacht. Außerdem wurde auf die Nennung der redaktionellen und die aufgrund der Reform des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nötig gewordenen Folgeänderungen in § 309 Nr. 7 b) und 8 a) BGB verzichtet.

die Mangelfreiheit der Kaufsache zur Hauptleistungspflicht des Verkäufers erhebt. Der Wortlaut des Gesetzes („vereinbarte Beschaffenheit“, § 434 Abs. 1 BGB; „soweit nicht anders vereinbart“, § 436 Abs. 1 BGB) stellt jedoch klar, dass ein Grundgedanke gesetzlicher Regelung insoweit nicht besteht.

## **V. Neuerungen im Kaufrecht**

### **1. Überblick**

Die wichtigsten Änderungen im Kaufrecht lassen sich wie folgt zusammenfassen<sup>31</sup>:

- Durch Einführung der Erfüllungstheorie in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Käufer einen Primäranspruch auf rechts- und sachmangelfreie Leistung
- kein spezielles Gewährleistungsrecht (§§ 459 ff. BGB a.F.) mehr, außer Minderung; stattdessen gilt auch bei Mängeln das allgemeine Leistungsstörungenrecht der §§ 275 ff., 320 ff. BGB
- neu ist der allgemeine verschuldensunabhängige Nacherfüllungsanspruch des § 439 BGB
- Rechts- und Sachmängelhaftung sind angeglichen
- Rechts- und Sachkauf sind angeglichen, § 453 BGB
- Gleichstellung der Minderlieferung und des *aliud* mit einem Sachmangel, § 434 Abs. 3 BGB
- bei bloßer Mangelhaftigkeit kann Schadensersatz nicht mehr nur bei Arglist oder Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft verlangt werden, sondern stets, wenn der Verkäufer den Mangel zu vertreten hat
- die Verjährung der Mängelrechte wurde neu geordnet, § 438 BGB (vgl. hierzu die Ausführungen oben unter B III 2: Verjährung der Mängelrechte)
- ein Mangel liegt auch bei unerheblicher Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit vor, daher ist Minderung auch bei geringfügigen Mängeln möglich; Rücktritt und Schadensersatz statt der ganzen Leistung setzen dagegen Erheblichkeit voraus
- anstelle der „zugesicherten Eigenschaft“ mit verschuldensunabhängiger Haftung tritt die „Garantie“, § 443 BGB
- Minderung und Rücktritt können gemäß § 325 BGB auch neben dem Schadensersatz geltend gemacht werden
- bei Verkauf beweglicher Sachen von einem Unternehmer (§ 14 BGB) an einen Verbraucher (§ 13 BGB) gilt das weitgehend zwingende Sonderrecht der §§ 474 ff. BGB

### **2. Verbrauchsgüterkauf in der notariellen Praxis**

Vom Anwendungsbereich der zwingenden Sonderregelungen für den Verbrauchsgüterkauf erfasst sind keineswegs nur oder gar alle Kaufverträge über Verbrauchsgüter. Bei der Legaldefinition des Verbrauchsgüterkaufs in § 474 Abs. 1 S. 1 BGB handelt es sich vielmehr um einen Fall der bekanntlich unschädlichen *falsa demonstratio*<sup>32</sup>: Hiernach liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, wenn bei einem Kaufvertrag über eine **bewegliche** Sache der Verkäufer Unternehmer ist und für sein Unternehmen handelt (§ 14 BGB) und der Käufer nicht für

<sup>31</sup> Vgl. *Brambring*, DNotZ 2001, 590 ff.; *ders.*, DAI-Skriptum Schuldrechtsmodernisierung, S. 137 ff.; *Westermann*, JZ 2001, 530 ff.; *Tiedtke/Wälzholz*, NotBZ Sonderheft Schuldrechtsmodernisierung 2001, 13, 20 ff.

<sup>32</sup> Dass die Bezeichnung wörtlich aus der EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf 1999/44/EG übernommen wurde, ist ein schwacher Trost, belegt die Richtlinie damit doch lediglich die Gleichgültigkeit der europäischen Institutionen gegenüber der deutschen Sprache.

seine gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit handelt (§ 13 BGB). In der notariellen Praxis ist der Verbrauchsgüterkauf v.a. beim Grundstückskaufvertrag für den Fall des Mitverkaufs beweglicher Sachen relevant<sup>33</sup>.

Für den Verbrauchsgüterkauf gelten – soweit die notarielle Praxis berührt ist<sup>34</sup> – folgende Sonderregelungen:

- Nach § 476 BGB trägt, wenn sich ein Mangel innerhalb von sechs Monaten ab Gefahrübergang zeigt, der Verkäufer die Beweislast dafür, dass der Mangel bei Gefahrübergang noch nicht bestand.
- Für Garantieerklärungen bestimmt § 477 BGB, dass diese einfach und verständlich abgefasst sein und bestimmte Mindestangaben enthalten müssen. Im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien bleibt ein Verstoß gegen diese Vorschrift freilich grundsätzlich ohne Rechtsfolgen<sup>35</sup>.
- Nach § 475 BGB sind die Sonderregelungen für den Verbrauchsgüterkauf sämtlich sowie weitere Vorschriften des allgemeinen Kaufrechts unabdingbar. Ausgeschlossen sind im Kaufvertrag insbesondere Vereinbarungen zu Lasten des Käufers über dessen Rechte und Ansprüche – mit Ausnahme von Schadensersatzansprüchen – wegen Sach- und Rechtsmängeln. Möglich sind solche Vereinbarungen erst nach Mitteilung des Mangels an den Verkäufer und damit in der notariellen Praxis nur im Wege der Nachtragsbeurkundung.
- Ausnahmsweise möglich ist im Kaufvertrag die Verkürzung der Verjährung von Rechten und Ansprüchen des Käufers wegen Mängeln auf mindestens zwei Jahre bei neuen und ein Jahr bei gebrauchten Sachen, § 475 Abs. 2 BGB.
- Möglich sind Vereinbarungen über Schadensersatzansprüche des Käufers sowie über die Rechtsfolgen von nicht in mangelfahter Lieferung bestehenden Pflichtverletzungen des Verkäufers. Im Anwendungsbereich des AGB-Rechts sind freilich die dort geltenden Klauselverbote zu beachten, § 475 Abs. 3 BGB.

### 3. Grundstückskaufvertrag

#### a) Checkliste

Die folgenden bisher üblicherweise verwendeten Formulierungen bzw. Vertragsbestandteile sind von den Neuregelungen im Kaufrecht betroffen. Die Vertragsmuster bedürfen insoweit einer Überprüfung und Anpassung:

- Mängelhaftung
- Fälligkeitsregelung
- Mitverkauf beweglicher Sachen
- Verkürzung/Verlängerung der Verjährung
- Erschließungskosten
- Vertragskosten
- Teilflächenverkauf/unbebautes Bauland
- Rücktrittsrechte
- Anpassungsbedarf bei Anwendbarkeit des AGB

<sup>33</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen und Formulierungsvorschläge unten unter B V 3 2: Grundstückskaufvertrag – Mitverkauf beweglicher Sachen.

<sup>34</sup> Weitere Sonderregelungen: Nach § 474 Abs. 2 BGB gilt die Regelung über den Gefahrübergang beim Versandkauf (§ 447 BGB) für den Verbrauchsgüterkauf nicht. Folglich geht die Gefahr nicht bereits mit Übergabe an den Transportunternehmer, sondern erst mit Übergabe an den Käufer bzw. dessen Annahmeverzug über. Damit entfällt zugleich ein Fall der nicht ganz unkomplizierten Drittschadensliquidation. Die Bestimmung des § 478 BGB enthält Rückgriffsregelungen für die Lieferkette Verkäufer/Lieferanten, die dem Letztverkäufer die Lasten des verstärkten Verbraucherschutzes im Verbrauchsgüterkauf von den Schultern nehmen sollen.

<sup>35</sup> Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, Rdnr. 944 ff.

Die einzelnen Aspekte werden im Folgenden in der angegebenen Reihenfolge behandelt.

#### b) Mängelhaftung

Die Änderungen im kaufrechtlichen Mängelrecht erfordern eine Anpassung der entsprechenden Vertragsformulierungen sowohl in terminologischer Hinsicht als auch im Hinblick auf den materiellen Regelungsgehalt. Insoweit ist zu differenzieren zwischen dem Verkauf eines Altbaus und dem Verkauf eines Grundstücks mit neu errichtetem Gebäude. Ferner sind die Verträge unterschiedlich zu gestalten, je nachdem, ob die Klauselkontrolle des AGB-Rechts eingreift oder nicht.

Für den Verkauf eines Grundstücks mit aufstehendem Altbau im Individualvertrag kann der bisher übliche vollständige Ausschluss aller Mängelrechte des Käufers im Bezug auf Sachmängel<sup>36</sup> am Altbau grundsätzlich beibehalten werden. Die Anpassungen sind lediglich terminologischer Natur.

##### Verkauf eines Altbaus (ohne AGB-Kontrolle):

Der Verkäufer schuldet den lastenfreien Besitz- und Eigentumsübergang des Vertragsgegenstandes, soweit nicht Rechte ausdrücklich in diesem Vertrag übernommen werden; ausgeschlossen werden alle Rechte und Ansprüche des Käufers wegen altrechtlicher Dienstbarkeiten. Der Verkäufer erklärt, dass ihm von solchen nichts bekannt ist.

Der Käufer hat den Vertragsgegenstand genau besichtigt. Der Verkäufer schuldet weder ein bestimmtes Flächenmaß, noch die Verwendbarkeit des Grundstücks für Zwecke des Käufers oder dessen Eignung zur Erreichung steuerlicher Ziele des Käufers.

Alle Ansprüche und Rechte<sup>37</sup> wegen Sachmängeln am Vertragsgegenstand, insbesondere wegen des Bauzustands bestehender Gebäude, werden hiermit ausgeschlossen. Der Verkäufer erklärt, dass ihm nicht erkennbare Mängel, insbesondere auch Altlasten, sowie Abstandsflächenübernahmen und Baulasten nicht bekannt sind. Garantien werden nicht abgegeben.

Von der vorstehenden Rechtsbeschränkung ausgenommen ist eine Haftung für Vorsatz oder Arglist.

Die Regelung muss abgewandelt werden, wenn in der gleichen Situation die AGB-Klauselkontrolle gemäß § 305 ff. eingreift (Bsp: Verkäufer ist gewerblicher Grundstückshändler, vgl. die Ausführungen oben unter B IV 2: AGB). Die AGB-Kontrolle greift auch dann ein, wenn bspw. eine Gemeinde eine alte Kaserne nach dem WEG aufgeteilt hat und nach von ihr vorgegebenen Verträgen an Verbraucher verkauft.

##### Verkauf eines Altbaus (bei AGB-Kontrolle):

(im Anschluss an den vorstehenden Formulierungsvorschlag:)

Hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen bleibt die Haftung für vorsätzliche oder grob fahrlässig verursachte Schäden und für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des anderen Vertragsteils beruhen, unberührt. Einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung des anderen Vertragsteils steht diejenige seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen gleich.

<sup>36</sup> Vgl. Albrecht in: Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage 2001, Rdnr. 531 ff.

<sup>37</sup> Minderungs- und Rücktrittsrecht, Ansprüche auf Schadensersatz und Nacherfüllung, vgl. § 437 BGB.

Handelt es sich „nach der Verkehrsanschauung“ um einen Neubau<sup>38</sup>, so findet nach der Rechtsprechung des BGH<sup>39</sup> auch außerhalb des AGB-Rechts und des Bauträgervertrages eine Inhaltskontrolle nach § 242 BGB statt. Danach ist „ein formelhafter Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder noch zu errichtender Eigentumswohnungen und Häuser auch in einem notariellen Individualvertrag gemäß § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist“. Demnach kann ein Gewährleistungsausschluss vereinbart werden, wenn die vorstehenden Anforderungen eingehalten werden. Es ist klug, die erfolgte ausführliche Belehrung im notariellen Kaufvertrag zu dokumentieren. **Brambring**<sup>40</sup> schlägt dazu folgende ergänzende Formulierung vor:

Mit den Beteiligten wurde der Ausschluss der Mängelrechte des Käufers eingehend erörtert. „Der Notar hat den Käufer darüber belehrt, dass ihm aufgrund dieser Vereinbarung bei etwaigen Mängeln des erworbenen Hauses (der erworbenen Eigentumswohnung) keinerlei Ansprüche gegen den Verkäufer zustehen, er also auftretende Mängel auf eigene Kosten beseitigen muss.“

Wünschen die Beteiligten folglich bei einem Neubau einen vollständigen Ausschluss aller Mängelrechte des Käufers, so kann die erste der oben vorgeschlagenen Formulierungen verwandt werden, bei entsprechender ausführlicher Belehrung ergänzt um die Formulierung von **Brambring**. Entscheidend für die Wirksamkeit des Ausschlusses der Mängelrechte des Käufers ist dabei die eindringliche Belehrung des Käufers über die Bedeutung dieser Vereinbarung. Interessengerecht ist hier i.d.R. als Teilkompensation für den Rechtsverzicht des Käufers die Abtretung aller Mängelansprüche des Verkäufers gegen die am Bau beteiligten Handwerker. Im Übrigen ist in der notariellen Praxis bei Verkauf eines Neubaus gewiss nicht standardmäßig ein vollständiger Gewährleistungsausschluss zu empfehlen. Soll die Gewährleistung hinsichtlich des Gebäudes nicht eingeschränkt werden, so sollten hinsichtlich des Grundstücks die obigen Formulierungsvorschläge verwandt werden und hinsichtlich des Gebäudes die gesetzlichen Regelungen unverändert bleiben.

Anders liegen die Dinge bei Verkauf eines Neubaus, wenn der Vertrag der AGB-Klauselkontrolle unterliegt. Hier ist zusätzlich § 309 Nr. 8 b) BGB (§ 11 Nr. 10 ABGB a.F.) über die Beschränkung von Rechten des Käufers in Verträgen über die Lieferung neu hergestellter Sachen zu beachten. Nach der Schuldrechtsreform findet auf diese Verträge zwar nicht mehr Werkvertrags-, sondern Kaufrecht Anwendung<sup>41</sup>. Dennoch kommt die Vertragsgestaltung ganz in die Nähe des Werkvertrages.

<sup>38</sup> Vgl. dazu bereits *Wälzholz* in: DAI-Skriptum Schuldrechtsmodernisierung – Fachinstitut für Wirtschaftsrecht – S. 191 ff. Vgl. zur Terminologie, wann noch ein Neubau vorliegt, *Kutter* in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage 2000, A II Rdnr. 100 sowie *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 662.

<sup>39</sup> Vgl. BGH, DNotZ 1990, 96 mit Anm. **Brambring** und weiteren Nachweisen.

<sup>40</sup> DNotZ 1990, 101; ebenso **Brambring** bereits DNotZ 1986, 613, 617 f.; etwas ausführlicher im Beck'schen Notarhandbuch, Teil A I Rdnr. 148.

<sup>41</sup> Vgl. unten B VI 1: Neuerungen im Werkvertragsrecht und Bauträgervertrag.

## Verkauf eines Neubaus (bei AGB-Kontrolle):

### Rechtsmängel

Der Verkäufer schuldet den lastenfreien Besitz- und Eigentumsübergang des Vertragsgegenstandes, soweit nicht Rechte ausdrücklich in diesem Vertrag übernommen werden; ausgeschlossen werden alle Rechte und Ansprüche des Käufers wegen altrechtlicher Dienstbarkeiten. Der Verkäufer erklärt, dass ihm von solchen nichts bekannt ist.

### Sachmängel am Grundstück

Der Käufer hat das Grundstück genau besichtigt. Der Verkäufer schuldet weder ein bestimmtes Flächenmaß, noch die Verwendbarkeit des Grundstücks für Zwecke des Käufers oder dessen Eignung zur Erreichung steuerlicher Ziele des Käufers.

Alle Ansprüche und Rechte wegen Sachmängeln am Grundstück werden hiermit ausgeschlossen. Der Verkäufer erklärt, dass ihm nicht erkennbare Mängel, insbesondere auch Altlasten, sowie Abstandsflächenübernahmen oder Baulasten nicht bekannt sind.

### Sachmängel am Gebäude

Hinsichtlich der verkauften Gebäude<sup>42</sup> gilt das Leistungsstörungenrecht des BGB, über das der Notar belehrt hat. Der Käufer kann zuerst nur Nacherfüllung verlangen. Bei Fehlschlagen der Nacherfüllung kann der Käufer mindern. Das Recht, wegen eines Sachmangels vom Vertrag zurückzutreten wird ausgeschlossen, außer bei schweren Sachmängeln, die den vertragsgemäßen Gebrauch ausschließen oder erheblich beeinträchtigen. Alle Schadensersatzansprüche des Käufers wegen Sachmängeln am Gebäude werden ausgeschlossen, soweit nachfolgend nichts anderes bestimmt ist.

### Allgemeine Regelungen

Von den vorstehenden Rechtsbeschränkungen ausgenommen ist eine Haftung für Vorsatz oder Arglist. Garantien werden nicht abgegeben.

(folgt die Einschränkung des Haftungsausschlusses wie oben unter B IV 2: AGB<sup>43</sup>)

## c) Fälligkeitsregelung

Insoweit wird auf die Ausführungen oben<sup>44</sup> zu den Neuerungen im Verzugsrecht verwiesen.

## d) Mitverkauf beweglicher Sachen

In den meisten Grundstückskaufverträgen wird nicht nur das Grundstück mit dem aufstehenden Haus verkauft. Häufig sind auch bewegliche Sachen mit verkauft. Dies wird in manchen Fällen ausdrücklich unter Angabe des darauf entfallenden Kaufpreises ausgewiesen, um bezüglich dieser Gegenstände die Grunderwerbsteuer zu sparen. Aber auch in den meisten anderen Fällen werden bewegliche Sachen beim Grundstückskaufvertrag mitverkauft<sup>45</sup>, nämlich das

<sup>42</sup> Hier ist im Einzelfall zu erwägen, ob auch beim vollständig fertiggestellten Neubau die Baubeschreibung – vorausgesetzt die erfolgte Bauausführung soll wie dort niedergelegt geschuldet sein – als Beschaffenheitsvereinbarung in den Vertrag einbezogen werden sollte.

<sup>43</sup> §§ 309 Nr. 7 a), b), Nr. 8 b) BGB.

<sup>44</sup> Unter B II 2: Verzug.

<sup>45</sup> Vgl. zur Abgrenzung *Wolf* in: *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, Teil 2, Rdnr. 27 ff.

Zubehör<sup>46</sup> im Sinne des § 97 BGB und Scheinbestandteile gemäß § 95 BGB. Zum Zubehör zählt beispielsweise verbliebenes Heizöl im Tank.

Beim Mitverkauf beweglicher Sachen ist in Zukunft strikt zu unterscheiden zwischen Verträgen, die einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne der EU-Richtlinie darstellen und allen übrigen Fällen<sup>47</sup>. Verbrauchsgüter i.S.d. neuen Vorschriften sind alle beweglichen Sachen (ob verbrauchbar oder nicht). Der Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist beschränkt auf „Verträge über die Lieferung“ von „Verbrauchsgüter(n)“, Art. 1 Abs. 4 der EU-Richtlinie. Die Richtlinie bezweckt, dem europäischen Verbraucher den grenzüberschreitenden Einkauf zu erleichtern. Dieser Zweck ist im Rahmen von Grundstückskaufverträgen im Hinblick auf lediglich mitverkauftes Zubehör nicht berührt. U.E. sind daher die Bestimmungen des Verbrauchsgüterkaufes auf mit Grundbesitz mitverkauftes Zubehör nicht anzuwenden. Das Zubehör teilt hier vielmehr das rechtliche Schicksal der verkauften Hauptsache. Für die sichere Vertragsgestaltung muss jedoch nach dem gegenwärtigen Stand der Diskussion von der Anwendbarkeit der §§ 474 ff. BGB auf den Mitverkauf von Zubehör ausgegangen werden. Für die notarielle Praxis bedeutet dies, was folgt:

aa) Auf Verträge unter Unternehmern und solche unter Verbrauchern finden die Sondervorschriften des Verbrauchsgüterkaufes keine Anwendung. Für diese Fälle kann an den bisher üblichen Vereinbarungen festgehalten werden. AGB-Klauselverbote nach den §§ 305 ff. BGB n.F. sind hier **i.d.R.** nicht zu beachten. Ein vollständiger Ausschluss der Sachmängelhaftung bei Beibehalten der Rechtsmängelhaftung ist in diesen Fällen häufig gewollt.

#### **Mitverkauf beweglicher Sachen (Kein Verbrauchsgüterkauf, keine AGB-Kontrolle):**

Mit verkauft und im oben ausgewiesenen Kaufpreis mit \*, – € mit enthalten sind die folgenden beweglichen Sachen:  
\*\*\*

Der Verkäufer schuldet auch insoweit lastenfremden Besitz und Eigentumsübergang. Alle Ansprüche und Rechte wegen Sachmängeln bezüglich dieser Sachen werden ausgeschlossen, außer für den Fall der Arglist oder Vorsatz. Garantien werden nicht abgegeben. Rückabwicklungen wegen des Kaufs beweglicher Sachen lassen den Grundstückskaufvertrag unberührt.

Die Beteiligten sind aufschiebend bedingt bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung über den Eigentumsübergang einig.

bb) Komplizierter liegen die Dinge beim Verbrauchsgüterkauf. Gemäß § 475 BGB n.F. sollten zunächst Vereinbarungen, die zum Nachteil des Verbrauchers von den §§ 433 bis 435, 437, 439 bis 443, 474 bis 479 BGB n.F. abweichen, unwirksam sein<sup>48</sup>. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens<sup>49</sup> ist die Rechtsfolge dahingehend abgeschwächt worden, dass nunmehr nur der Unternehmer sich nicht auf eine abweichende Vereinbarung berufen kann. Nach § 475 Abs. 1 Satz 2

BGB kann sich der Unternehmer auch auf Umgehungsgestaltungen zur Vermeidung der Regelungen der §§ 474 ff. BGB nicht berufen. Dies gilt nur dann nicht, wenn die vom Gesetz abweichende Vereinbarung **nach** der Mitteilung eines Mangels geschlossen wird.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Beurkundung eines Vertrages, der Bestimmungen enthält, auf die sich der Unternehmer nicht berufen kann, mit den Amtspflichten des Notars vereinbar ist, § 4 BeurkG. Für nach AGB-Recht unwirksame Klauseln ist dies zu verneinen<sup>50</sup>. Für Klauseln, die von anwendbaren Sonderregelungen des Verbrauchsgüterkaufes abweichen gilt dieses Verbot u.E. nicht, denn das „Berufungsverbot“ des § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB enthält weder das AGB-rechtliche Unwerturteil der „unangemessenen Benachteiligung“, noch hat es die Nichtigkeit der betreffenden Klausel zur Folge.

Ausdrücklich zulässig sind Modifikationen hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen, § 475 Abs. 3 BGB n.F., da diese von der EU-Richtlinie nicht vorgeschrieben sind. Allerdings sind insoweit ggfs. AGB-Klauselverbote der §§ 305 ff. BGB zu beachten. Außerhalb der AGB-Klauselkontrolle ist dagegen ein vollständiger Ausschluss von Schadensersatzansprüchen möglich.

Zulässig ist gemäß § 475 Abs. 2 BGB auch die Verkürzung der Verjährungsfristen des § 438 BGB auf bis zu zwei Jahre bei neuen und auf bis zu einem Jahr bei gebrauchten Sachen<sup>51</sup>.

Die Interessenlage ist hier grundsätzlich die Gleiche wie bei dem obigen Formulierungsvorschlag. Der Streit um Sachmängel an einzelnen beweglichen Sachen sollte aus Gründen der Rechtssicherheit soweit wie möglich ausgeschlossen werden. Bei der Vertragsgestaltung ist auch im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufes danach zu unterscheiden, ob die AGB-Klauselkontrolle der §§ 305 ff. BGB eingreift oder nicht.

#### **Mitverkauf beweglicher Sachen (Verbrauchsgüterkauf ohne AGB-Kontrolle):**

Mit verkauft und im oben ausgewiesenen Kaufpreis mit \*, – € mit enthalten sind die folgenden beweglichen Sachen:  
\*\*\*

Der Verkäufer schuldet auch insoweit lastenfremden Besitz und Eigentumsübergang. Der Verkauf erfolgt unter Ausschluss jeglicher Schadensersatzhaftung für Sachmängel, außer für den Fall der Arglist oder Vorsatz. Garantien werden nicht abgegeben. Die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rechte des Käufers wegen Mängeln beträgt hinsichtlich gebrauchter beweglicher Sachen ein Jahr, hinsichtlich neuer beweglicher Sachen zwei Jahre.

Vertragsstörungen wegen des Kaufs beweglicher Sachen lassen den Grundstückskaufvertrag unberührt.

Die Beteiligten sind aufschiebend bedingt bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung über den Eigentumsübergang einig.

Weitere Einschränkungen in der Gestaltungsfreiheit folgen aus den §§ 305 ff. BGB, soweit die AGB-Klauselkontrolle eingreift. Dies berücksichtigt der nachfolgende Formulierungsvorschlag:

<sup>46</sup> Vgl. das Kaufvertragsmuster von Wolf in: *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, Teil 2, Abschnitt 2, Muster 1 unter Abschnitt 2.

<sup>47</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen oben unter B V 2: Verbrauchsgüterkauf.

<sup>48</sup> Vgl. dazu die Vorgaben des Art. 7 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

<sup>49</sup> Vgl. BT-Drs. 14/7052 zu § 475 BGB.

<sup>50</sup> *Keidel/Winkler*, § 4 BeurkG, Rdnr. 17.

<sup>51</sup> Soweit das AGBG a.F., also die neuen §§ 305 ff. BGB gelten, sind jedoch insoweit wesentliche weitere Einschränkungen zu beachten, die erst unten erörtert werden.

### **Mitverkauf beweglicher Sachen (Verbrauchsgüterkauf bei AGB-Kontrolle):**

Mit verkauft und im oben ausgewiesenen Kaufpreis mit \*, – € mit enthalten sind die folgenden beweglichen Sachen:  
\*\*\*

Der Verkäufer schuldet auch insoweit lastenfreien Besitz- und Eigentumsübergang.

Der Verkauf erfolgt unter Ausschluss jeglicher Schadensersatzhaftung für Sachmängel, außer für den Fall der Arglist. Garantien werden nicht abgegeben. Die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rechte wegen Pflichtverletzungen beträgt hinsichtlich gebrauchter beweglicher Sachen ein Jahr, hinsichtlich neuer beweglicher Sachen zwei Jahre.

Hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen bleibt die Haftung für vorsätzliche oder grob fahrlässig verursachte Schäden und für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des anderen Vertragsteils beruhen, unberührt. Einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung des anderen Vertragsteils steht diejenige seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen gleich.

Vertragsstörungen wegen des Kaufs beweglicher Sachen lassen den Grundstückskaufvertrag unberührt.

Die Beteiligten sind aufschiebend bedingt bis zur vollständigen Bezahlung des **geschuldeten** Kaufpreises über den Eigentumsübergang einig.

### **e) Verkürzung/Verlängerung der Verjährung**

Im Hinblick auf die Möglichkeiten der Verkürzung der Verjährung sei auf die Ausführungen oben<sup>52</sup> verwiesen.

Die bisher gebräuchliche Vertragsgestaltung beim Grundstückskaufvertrag führt zu einem verjährungsrechtlichen Ungleichgewicht, das nach der Schuldrechtsreform durch entsprechende Regelungen wieder ausgeglichen werden kann. Der Käufer unterwirft sich üblicherweise mit seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Dies führt zu einer 30-jährigen Verjährung des vollstreckbaren Anspruchs gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB. Der Übereignungsanspruch unterliegt dagegen nur der zehnjährigen Verjährung des § 196 BGB. Dieses Ungleichgewicht lässt sich mit folgender Formulierung beseitigen:

### **Verjährung im Kaufvertrag, insbesondere beim Teilflächenkauf:**

Der Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Grundstücks unterliegt ebenso einer dreißigjährigen Verjährung wie der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises. Der gesetzliche Verjährungsbeginn bleibt unberührt. (Die Verjährung von Mängelansprüchen und -rechten wird hiervon nicht erfasst.)

Der letzte Satz des Formulierungsvorschlages dient der Vermeidung von Missverständnissen auf Grund der Erfüllungstheorie, § 433 Abs. 1 S. 2 BGB. Erfasst sein soll von der Vereinbarung nur der eigentliche Primäranspruch, nicht dagegen Mängelrechte nach Übergabe. Die vorstehende Regelung empfiehlt sich besonders für jeden **Teilflächenverkauf**, da hier (insbesondere bei Straßengrundverträgen) oft mit außerordentlich langwieriger Vertragsabwicklung gerechnet werden muss.

<sup>52</sup> Unter B III 4: Vereinbarungen zur Verkürzung der Verjährung.

Zur Abrundung der Problematik sei auf die bereits bisher geltende Rechtslage hingewiesen, dass eine im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung gemäß § 886 BGB nicht vor Verjährung schützt<sup>53</sup>.

### **f) Erschließungskosten/öffentliche Lasten**

Die in § 436 Abs. 1 BGB nun geregelte Beginnlösung für die Tragung der Erschließungs- und sonstige Anliegerbeiträge kann zu Überraschungen führen, da sie eine vollständige Kostentragungspflicht für den Verkäufer begründet, wenn auch nur ein Spatenstich für eine Gesamterschließungsmaßnahme gesetzt wurde, die auch das Vertragsgrundstück erfasst. Die Neuregelung erscheint zwar besser als die alte Rechtslage, befriedigt für die Vertragspraxis jedoch nach wie vor nicht<sup>54</sup>. Die gesetzliche Regelung sollte daher weiterhin – wie bisher – regelmäßig abbedungen werden.

**Fazit:** Die bisher verwendeten Muster<sup>55</sup> können und sollten daher weiterhin verwandt werden.

### **g) Vertragskosten**

Die Neuregelung der Vertragskosten eines Grundstückskaufvertrages in § 448 Abs. 2 BGB ist wesentlich besser als die bisher geltende Regelung. Dennoch überbringen sich auch in Zukunft nicht die bisher üblichen Vereinbarungen zur Kostentragung. Denn beispielsweise findet sich im Gesetz keine befriedigende Regelung für die Tragung der GrESt oder der Vermessungskosten. Auch die Sonderfälle der auf einer Vertragsseite erforderlichen Genehmigung sind im Gesetz nicht ausreichend geregelt. Nach dem Gesetz hätte der Käufer die Kosten der Nachgenehmigung eines Verkäuferteils zu tragen, wenn dieser nicht zum Beurkundungstermin erscheinen konnte oder wollte. Dies wird in den wenigsten Fällen von den Beteiligten gewollt sein.

**Fazit:** Die bisherigen Kostenklauseln sollten weiterhin verwendet werden.

### **h) Teilflächenverkauf / unbebautes Bauland**

Insoweit sei auf die Ausführungen oben zum Recht der Unmöglichkeit (mit Formulierungsvorschlag) und zu den Neuerungen bei den Rücktrittsrechten und dem Rückgewährschuldverhältnis nach den §§ 346 ff. BGB (ebenfalls mit Formulierungsvorschlag) verwiesen. Beim Teilflächenverkauf spielt ferner die Verlängerung der Verjährung des Primäranspruchs auf Übereignung eine wichtige Rolle, vgl. dazu bereits oben (unter B V 3 e: Verkürzung/Verlängerung der Verjährung).

### **i) Rücktrittsrechte**

Im Hinblick auf das Recht des Rücktritts sind zwei Aspekte zu berücksichtigen: Einerseits die Neuregelungen zu den Rücktrittsfolgen in den §§ 346 ff. BGB. Insoweit sei auf die obigen Ausführungen verwiesen. Andererseits muss § 454 a.F. BGB nicht mehr abbedungen werden<sup>56</sup>, da diese Norm im Rahmen der Reform ersatzlos entfallen ist.

<sup>53</sup> BGH NJW 1989, 220, 221; *Palandt/Bassenge*, § 886 BGB, Rdnr. 9.

<sup>54</sup> *Brambring*, DNotZ 2001, 590, 593; *Tiedtke/Wälzholz*, NotBZ Sonderheft Schuldrechtsmodernisierung 2001, 13, 23.

<sup>55</sup> Vgl. *Basty* in: *Kersten/Bühling*, 21. Auflage 2001, S. 453 ff., § 36 Rdnr. 133 ff.; *Grziwotz* in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage, A I, Rdnr. 152. Vgl. auch allgemein *Albrecht* in: *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage 2001, Rdnr. 517 ff.

<sup>56</sup> Vgl. *Wolf* in: *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, Teil 2 Rdnr. 344; BT-Drs. 14/6040, S. 204; *Tiedtke/Wälzholz*, NotBZ Sonderheft 2001, 13, 25.

#### j) Anpassungsbedarf bei Eingreifen der AGB-Klauselkontrolle

Die hier maßgeblichen Besonderheiten und Änderungen sind bereits bei den Grenzen der Vertragsgestaltung dargestellt<sup>57</sup>.

#### k) Verkauf vor Eigentumserwerb

Schon nach bisherigem Recht war der Verkauf eines Grundstücks, an dem der Verkäufer sich erst noch das Eigentum verschaffen musste, mit erheblichen Risiken behaftet. Scheiterte der Erwerbsvertrag des Zwischenverkäufers, so sah er sich nach der bisher h.M.<sup>58</sup> einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung wegen anfänglichem Unvermögen ausgesetzt.

Daran hat sich im Ergebnis auch nach der Schuldrechtsmodernisierung nichts geändert: Im Verkauf eines dem Verkäufer (noch) nicht gehörenden Grundstücks in Kenntnis des fehlenden Eigentums liegt grundsätzlich die Übernahme eines Beschaffungsrisikos im Sinne des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB. Dies führt zu einer verschuldensunabhängigen Haftung für die Eigentumsverschaffung. Dies wird im Regelfall jedoch nicht gewollt sein. In diesem Fall ist ggfs. ausdrücklich zu vereinbaren, dass der Verkäufer kein Beschaffungsrisiko gegenüber dem Käufer übernehmen will und bei Scheitern des Vorerwerbs der Verkäufer keinen Schadensersatz schuldet; gleichwohl wird er für diesen Fall zur Tragung aller Vertragskosten verpflichtet werden. Denkbar wäre auch eine Gestaltung als aufschiebend bedingter Vertrag oder die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts für den Fall, dass der Verkäufer das Grundstück nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt beschaffen kann. Insoweit sei auf die Formulierungsvorschläge oben zum Teilflächenkauf (unter B II 1) und zum Verkauf von Bauland (unter B II 3) verwiesen.

### 4. Rechtskauf

#### a) Überblick

Die bisher bestehenden Spezialregelungen<sup>59</sup> für den Rechtskauf in den § 437 ff. BGB a.F. sind mit der Schuldrechtsmodernisierung entfallen. Damit gilt auch nicht mehr die bisherige verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Verkäufers für den Bestand und die Einredefreiheit des verkauften Rechts<sup>60</sup>. Die Regelung des Rechtskaufs beschränkt sich nunmehr auf eine einzige Norm: § 453 BGB. Nach dessen Abs. 1 finden auf den Rechtskauf die Vorschriften über den Sachkauf entsprechende Anwendung. Und Abs. 2 bestimmt, dass entgegen der üblichen Vertragspraxis den Verkäufer die Kostentragungspflicht für die Begründung und Übertragung des Rechts trifft. Dies wird üblicherweise abzubedingen sein.

#### b) GmbH-Anteilsverkauf

Die Risiken des Verkaufs eines GmbH-Geschäftsanteils, dessen Existenz, rechtlichen Bestand und Lastenfreiheit der Käufer in keiner Weise überprüfen kann, resultieren ausschließlich aus der Sphäre des Verkäufers oder dessen Rechtsvorgängern. Der Käufer sollte daher u.E. verschuldensunabhängige

Mangelrechte erhalten<sup>61</sup>, wie § 437 BGB a.F. dies bisher vorsah. Dies lässt sich durch nachfolgende vertragliche Regelung erreichen:

#### GmbH-Anteilsverkauf – Garantiehaftung des Verkäufers:

Der Verkäufer garantiert dem Käufer den rechtlichen Bestand des verkauften Geschäftsanteils mit dem oben bezeichneten Inhalt sowie dessen Lasten- und Einredefreiheit. Bei einem Verstoß gegen die Garantie hat der Käufer die gesetzlichen Rechte und kann verschuldensunabhängig Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen.

Der Beginn der Verjährung wegen mangelbedingten Anspruchs und Rechten geht aus dem Gesetz nicht klar hervor. Das Gesetz regelt in § 438 BGB nur den Verjährungsbeginn bei Verkauf von Sachen. Das Gesetz stellt dabei auf die Ablieferung bzw. die Übergabe ab, § 438 Abs. 2 BGB. Welche Folgen dies bei einem Rechtskauf haben soll, ist ungeklärt. Der Gesetzgeber<sup>62</sup> hat dieses Problem nur flüchtig angeschnitten. Seines Erachtens ist bei Verkauf eines „Unternehmens“ auf den „Betriebsübergang“ abzustellen, bei Abtretung einer Forderung auf die dingliche Abtretung. Diese Rechtslage wirft erhebliche Unsicherheiten auf, wann bei Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen die Verjährung wegen Mängeln beginnt<sup>63</sup>. Diese Unsicherheiten lassen sich durch entsprechende Vereinbarungen beseitigen.

#### GmbH-Anteilsverkauf – Verjährung der Mängelrechte

Die gesetzliche Verjährungsfrist für Rechte und Ansprüche wegen Mängeln des verkauften Geschäftsanteils und wegen Mängeln von Sachen und Rechten des Betriebsvermögens der Gesellschaft beginnt: (*alternativ*)

- mit der dinglichen Übertragung des Geschäftsanteils,
- mit der vollständigen Kaufpreiszahlung,
- mit der Übergabe des Betriebs der Gesellschaft und aller wesentlichen dazugehörigen Unterlagen.

Die Verjährung endet spätestens dreißig Jahre nach dem gesetzlichen Beginn. Sie wird durch vorstehende Vereinbarung für den Fall einer Vorsatzhaftung nicht verkürzt.

#### c) Einräumung / Verkauf eines Erbbaurechts

Der Verkauf und die entgeltliche Einräumung eines Erbbaurechts, Nießbrauchs oder Wohnungsrechts sind ein Rechtskauf<sup>64</sup> gemäß § 453 BGB. Insofern gelten die vorstehenden Regelungen und Rechtsfragen entsprechend.

Bei Scheitern der Rangbeschaffung für die Einräumung des Erbbaurechts entstand nach bisherigem Recht ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch bei anfänglichem Unvermögen. Das Gleiche gilt nunmehr im Hinblick auf die Übernahme eines Beschaffungsrisikos gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 BGB. Diese Folge sollte bei Unsicherheiten im Hinblick auf die Rangbeschaffung ggfs. ausgeschlossen werden.

Geht es hingegen um den Verkauf eines bereits im Grundbuch eingetragenen Erbbaurechts, so galt bisher die Garantiehaf-

<sup>57</sup> Vgl. oben unter B. IV 2: Allgemeine Geschäftsbedingungen und bei den einzelnen Formulierungsvorschlägen.

<sup>58</sup> Vgl. Palandt/Putzo, BGB, § 440 Rdnr. 4 m.w.N.; Wolf in: Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, Teil 3 Rdnr. 410, 469.

<sup>59</sup> Vgl. Kurz in: Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage 2001, Rdnr. 1296 f.

<sup>60</sup> Vgl. Palandt/Putzo, § 437 BGB, Rdnr. 7 f.; Tiedtke/Wälzholz, NotBZ Sonderheft 2001, 13, 25.

<sup>61</sup> Ebenso Amann in: DAI-Skriptum „Schuldrechtsmodernisierung“, S. 292 ff.

<sup>62</sup> Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/6040, 227.

<sup>63</sup> Vgl. auch Amann in: DAI-Skriptum „Schuldrechtsmodernisierung“, S. 291 ff.

<sup>64</sup> Vgl. Trojan/Frenz in: Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, Teil 10, Rdnr. 122.



tung des § 437 BGB a.F. Dieses Haftungsregime ist mit der Schuldrechtsreform weggefallen. Die alte – und i.d.R. dem Willen der Beteiligten einzig entsprechende – Rechtslage lässt sich durch Verwendung des oben zum Geschäftsanteilsverkauf unterbreiteten Formulierungsvorschlags wieder herstellen.

Auch die Kostentragungsregel des § 453 Abs. 2 BGB (vgl. oben, Überblick) ist regelmäßig abzuändern.

Gemäß § 453 Abs. 3 BGB, der für den Verkauf und die erstmalige entgeltliche Einräumung eines Erbbaurechts gilt, haftet der „Rechts-Verkäufer“ für die Rechts- und Sachmangelfreiheit der dem Erbbaurecht unterliegenden Sache (Grund und Boden sowie Gebäude). Dies entspricht meist nicht der Interessenlage der Beteiligten. Daher sind die bisher auch üblichen Haftungsausschlüsse weiterhin zu verwenden.

Verjährungsprobleme bestehen hier, anders als beim Verkauf eines GmbH-Geschäftsanteils, nicht. Der Gesetzgeber<sup>65</sup> hat ausdrücklich im Gesetzgebungsverfahren geäußert und in § 453 Abs. 3 BGB zum Ausdruck gebracht, dass der Rechtskauf im Hinblick auf das Erbbaurecht auch verjährungsrechtlich in § 438 BGB wie der Verkauf der Sache selbst zu behandeln ist. Die Verjährung beginnt mit Übergabe des Grundstücks, § 438 Abs. 2 BGB.

## VI. Neuerungen im Werkvertragsrecht und Bauträgervertrag

### 1. Überblick

Wie im Kaufrecht ist in § 633 BGB für das Mängelrecht des Werkvertrages der subjektive Fehlerbegriff normiert. Dem gleichgestellt sind *aliud* und Minderleistung. Die Mangelfolgen sind wie im Kaufrecht durch Verweis auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht geregelt. Erstmals findet sich in § 633 Abs. 3 BGB eine Regelung des Rechtsmangels für den Werkvertrag. Ansprüche auf Schadensersatz bleiben grundsätzlich verschuldensabhängig. Das Minderungs-, Rücktritts- und Selbstvornahmerecht sind verzugs- und damit verschuldensunabhängig. Der vorrangige Mangelantrag ist wie im Kaufrecht auf Nacherfüllung gerichtet. Anders als im Kaufrecht hat allerdings der Unternehmer das Recht, zwischen Mangelbeseitigung und Neuherstellung zu wählen<sup>66</sup>. I.d.R. erst nach Fristsetzung bestehen die übrigen Ansprüche und Rechte. Neu geregelt ist die Verjährung der Mängelrechte, § 634a BGB. Nach § 651 BGB findet auf den Werklieferungsvertrag bei beweglichen Sachen weitgehend Kaufrecht Anwendung.

Durch die erfolgte Angleichung des kauf- und werkvertraglichen Mängelrechts ist die Anwendbarkeitsfrage beim Bauträgervertrag als typengemischtem Vertrag entschärft. Nicht selten allerdings werden beim Bauträgervertrag bewegliche Sachen, insbesondere Zubehör, mit verkauft. Neu ist, dass in diesem Fall die Sonderregelungen zum Verbrauchsgüterkauf einschlägig sind (vgl. die Ausführungen und Formulierungsvorschläge hierzu oben<sup>67</sup>). Neu ist auch, dass nach dem Willen des Gesetzgebers beim Verkauf bereits fertiggestellter Neu-

bauten<sup>68</sup> (also außerhalb des eigentlichen Bauträgervertrags) Kaufrecht gilt; der von der Rechtsprechung entwickelte Rückgriff auf das Werkvertragsrecht ist aufgrund Verlängerung der Verjährungsfrist für Mängel an Bauwerken auf fünf Jahre gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 2 a) BGB obsolet.

Die neue Erschließungskostenregelung des § 436 Abs. 1 BGB (Beginnlösung, siehe die Ausführung hierzu oben<sup>69</sup>) wird noch am ehesten für den Bauträgervertrag passen. I.d.R. dürfte es sich aber auch hier empfehlen, bei den bisher gebräuchlichen Klauseln zu bleiben.

## 2. Bauträgervertrag

### a) Neue Verzugsregelung

Die Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung über Abschlagszahlungen (§ 632a BGB) bei Bauträgerverträgen (die sog. Hausbauverordnung) findet sich nunmehr in Art. 244 EGBGB. Eine der Bestimmungen des § 3 Abs. 1 und 2 sowie § 7 MaBV entsprechende Fälligkeitsregelung hält also weiterhin der AGB-Kontrolle stand<sup>70</sup>.

Verzug tritt gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB nach Fälligkeit ohne Mahnung ein, wenn der Leistung ein Ereignis vorausgehen hat und eine nach dem Kalender bestimmbare und angemessene Zeit für die Leistung vereinbart ist<sup>71</sup>. Ereignis i.S.d. Vorschrift kann auch die Bautenstandsmitteilung des Bauträgers sein. Es kann daher zu den vor In-Kraft-Treten des aus notarieller Sicht missratenen Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000 gebräuchlichen Klauseln zurückgekehrt werden. Voraussetzung für die verzugsbegründende Wirkung der Bautenstandsmitteilung ist, dass die vereinbarte Zahlungsfrist angemessen ist. Insbesondere muss dem Käufer Zeit zur Überprüfung des Bautenstandes bleiben, so dass eine Frist von zehn bis vierzehn Tagen angemessen erscheint.

#### **Bauträgervertrag – Fälligkeit:**

Grundvoraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises ist die Absendung einer Bestätigung des Notars, dass ... (*folgen die allg. Fälligkeitsvoraussetzungen*).

Der Kaufpreis ist sodann wie folgt in Raten zu zahlen ... (*folgt der Ratenplan*).

Die vorgenannten Raten sind jeweils zur Zahlung fällig innerhalb von vierzehn Tagen nach Zugang einer schriftlichen Zahlungsaufforderung des Bauträgers unter Vorlage einer entsprechenden Baufortschrittsbestätigung des Bauleiters.

Zahlt der Käufer bei Fälligkeit nicht, so kommt er (ohne Mahnung) in Verzug. Ab diesem Zeitpunkt sind die ausstehenden Beträge mit einem Verzugszins für das Jahr von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (der derzeit 3,62% beträgt) zu verzinsen. Der Basiszinssatz wird gesetzlich zum 1.1. und 1.7. eines jeden Jahres angepasst und von der Deutschen Bundesbank bekannt gegeben.

<sup>65</sup> Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/6040, 227.

<sup>66</sup> Die abweichende Regelung beim Kaufvertrag entspricht den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, *Schmidt-Räntsch*, Das neue Schuldrecht, Rdnr. 1016.

<sup>67</sup> Unter B V II: Verbrauchsgüterkauf.

<sup>68</sup> BT-Drs. 14/6857, S. 59; vgl. die Ausführungen und Formulierungsvorschläge hierzu oben unter B V 3 b: Grundstückskauf-Mängelhaftung.

<sup>69</sup> Unter B V 3 f: Grundstückskauf-Erschließungskosten/Öffentliche Lasten.

<sup>70</sup> Zum gesamten Problemkomplex vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 18 ff.

<sup>71</sup> Vgl. zum neuen Verzugsrecht die Ausführungen oben unter B II 2.

## b) Bauträger-Mängelhaftung

Der Bauträger ist verpflichtet, den Vertragsbesitz frei von Rechten zu übertragen, die Dritte gegen den Käufer geltend machen können, soweit solche Rechte nicht im Vertrag übernommen werden. Auch nicht bestehende, aber im Grundbuch eingetragene Rechte hat er zu beseitigen. Mängelrechte des Käufers für dem Bauträger selbst nicht bekannte altrechtliche Dienstbarkeiten werden im Bauträgervertrag üblicherweise ausgeschlossen. Hier ist nach wie vor eine Erklärung des Bauträgers zweckmäßig, wonach er vom Bestehen solcher Rechtsmängel keine Kenntnis hat. Verschweigt der Bauträger in diesem Fall seine Kenntnis, so ist der Ausschluss der Mängelrechte des Käufers wegen Arglist des Bauträgers unwirksam, §§ 444, 633 Abs. 3 BGB.

Hinsichtlich des Grundstücks wird ferner i.d.R. ein weitreichender Ausschluss der Ansprüche und Rechte des Käufers wegen Sachmängeln gewollt sein. Hergebrachte Formulierungen wie „Gewährleistung“ oder „Haftung für Sachmängel“ entsprechen nicht mehr der Gesetzessprache. Da im Hinblick auf das Grundstück kein Verbrauchsgüterkauf vorliegt und das Grundstück keine neu hergestellte Sache ist (§ 309 Nr. 8 b BGB) findet über die Generalklausel des § 307 BGB (§ 9 AGBG a.F.) hinaus keine Klauselkontrolle statt. Insoweit hat sich die Rechtslage durch die Schuldrechtsreform nicht geändert.

Für Sachmängel am Gebäude gilt Werkvertragsrecht. Danach steht dem Erwerber zunächst ein Anspruch auf Nacherfüllung zu, § 635 BGB. Für den Fall des Fehlschlagens der Nacherfüllung muss dem Erwerber gemäß § 309 Nr. 8 b) bb) ausdrücklich das Minderungsrecht vorbehalten sein. Umstritten, aber u.E. zulässig ist ein Ausschluss des Rücktrittsrechts auch bei Fehlschlagens der Nacherfüllung, allerdings begrenzt auf den Fall, dass kein schwerer Sachmangel vorliegt, weil Gegenstand der Mängelhaftung im Hinblick auf das Gebäude eine Bauleistung ist (§ 308 Nr. 8 b) bb)) BGB<sup>72</sup>.

Die in den nachstehenden Sach- und Rechtsmängelklauseln vorgeschlagenen Einschränkungen der Erwerberrechte bedürfen ihrerseits der Beschränkung um den Anforderungen der §§ 276 Abs. 3 (kein Ausschluss der Haftung für Vorsatz), 444 (keine Beschränkung der Haftung bei Garantieübernahme oder Arglist), 309 Nr. 7 a) BGB (keine Beschränkung der Haftung für Schäden an Leben, Körper und Gesundheit) sowie 309 Nr. 7 a) und b) (Gleichstellung des Verschuldens von gesetzlichen Vertretern und Erfüllungsgehilfen) zu genügen.

### **Bauträgervertrag – Mängelrechte:**

#### Rechtsmängel

Der Verkäufer schuldet den lastenfreien Besitz- und Eigentumsübergang des Vertragsgegenstandes, soweit nicht Rechte ausdrücklich in diesem Vertrag übernommen werden; ausgeschlossen werden alle Rechte und Ansprüche des Käufers wegen altrechtlicher Dienstbarkeiten. Der Verkäufer erklärt, dass ihm von solchen nichts bekannt ist.

#### Sachmängel am Grundstück

Alle Ansprüche und Rechte des Käufers wegen Sachmängeln am Grundstück werden hiermit ausgeschlossen, es sei denn, das Gebäude kann auf dem Grundstück nicht errichtet oder bestimmungsgemäß genutzt werden oder die Beschaf-

fenheit des Grundstücks führt zu Sachmängeln am Bauwerk<sup>73</sup>. Der Verkäufer schuldet weder ein bestimmtes Flächenmaß, noch die Eignung des Grundstücks zur Erreichung steuerlicher Ziele des Käufers. Der Verkäufer erklärt, dass ihm nicht erkennbare Mängel, insbesondere auch Altlasten sowie Abstandsflächenübernahmen oder Baulasten, nicht bekannt sind.

#### Sachmängel am Gebäude

Hinsichtlich der vertragsgegenständlichen Bauleistungen gilt das werkvertragliche Leistungsstörungsrecht des BGB, über das der Notar belehrt hat. Abweichend hiervon kann der Erwerber jedoch zunächst nur Nacherfüllung verlangen. Bei Fehlschlagens der Nacherfüllung kann der Käufer mindern. Das Recht, wegen eines Sachmangels vom Vertrag zurückzutreten wird ausgeschlossen, außer bei schweren Sachmängeln, die den vertragsgemäßen Gebrauch ausschließen oder erheblich beeinträchtigen.

#### Schadensersatz

Alle Schadensersatzansprüche des Käufers wegen Sachmängeln werden ausgeschlossen, soweit nachfolgend nichts anderes bestimmt ist.

#### Allgemeine Regelungen

Von den vorstehenden Rechtsbeschränkungen ausgenommen ist eine Haftung für Vorsatz oder Arglist. Garantien werden nicht abgegeben.

*(folgt die Einschränkung des Haftungsausschlusses wie oben unter B IV 2: AGB<sup>74</sup>)*

## c) Mängel bei Sanierungsobjekten

Hinsichtlich der Regelungen zu Ansprüchen und Rechten wegen Rechtsmängeln und Sachmängeln am Grundstück sowie der Formulierungsvorschläge hierzu sei auf die Ausführungen zum Verkauf eines Neubaus<sup>75</sup> verwiesen.

Für Sachmängel der Altbausubstanz ist bei Sanierungsobjekten ein weitgehender Ausschluss der Ansprüche und Rechte des Erwerbers möglich, da weder ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt noch die Altbausubstanz eine neu hergestellte Sache ist.

### **Bauträgervertrag – Mängelrechte bei Sanierungsobjekten:**

*(Regelung zu Rechtsmängeln und Sachmängeln am Grundstück<sup>76</sup>)*

#### Sachmängel am Gebäude

Für die mit verkaufte und vom Bauträger nach der Baubeschreibung nicht zu verändernde Altbausubstanz werden alle Ansprüche und Rechte des Erwerbers wegen Mängeln ausgeschlossen. Der Verkäufer haftet jedoch für grob fahrlässig oder vorsätzlich pflichtwidrig unterlassene notwendige Renovierungs- und Modernisierungsarbeiten an der Altbausubstanz.

Hinsichtlich der Sanierungsleistungen und der neu eingefügten Teile der Gebäude gilt das werkvertragliche Leistungsstörungsrecht des BGB, über das der Notar belehrt hat. Der Erwerber kann jedoch zunächst nur Nacherfüllung verlangen. Bei Fehlschlagens der Nacherfüllung kann der Käufer

<sup>72</sup> Verneinend statt vieler *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 728, mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>73</sup> Diese Formulierung stammt von *Basty*, Der Bauträgervertrag, S. 396.

<sup>74</sup> §§ 309 Nr. 7 a), b), Nr. 8 b) BGB.

<sup>75</sup> Unter B V 3 b: Kaufrecht-Grundstückskaufvertrag-Mängelhaftung.

<sup>76</sup> Unter B V 3 b: Kaufrecht-Grundstückskaufvertrag-Mängelhaftung.

fer mindern. Das Recht, wegen eines Sachmangels vom Vertrag zurückzutreten wird ausgeschlossen, außer bei schweren Sachmängeln, die den vertragsgemäßen Gebrauch ausschließen oder erheblich beeinträchtigen. Alle Schadensersatzansprüche des Käufers wegen Sachmängeln am Gebäude werden ausgeschlossen, soweit nachfolgend nichts anderes bestimmt ist.

Soweit Maßnahmen oder Veränderungen durch Auflagen der Bauaufsichts- (oder Denkmalschutz-) Behörde erforderlich werden, ist eine entsprechende Bauausführung die vertragsgemäß geschuldete Leistung.

#### Schadensersatz

Alle Schadensersatzansprüche des Käufers wegen Sachmängeln werden ausgeschlossen, soweit nachfolgend nichts anderes bestimmt ist.

#### Allgemeine Regelungen

Von den vorstehenden Rechtsbeschränkungen ausgenommen ist eine Haftung für Vorsatz oder Arglist. Garantien werden nicht abgegeben.

*(folgt die Einschränkung des Haftungsausschlusses wie oben unter B IV 2: AGB<sup>77</sup>)*

### **d) ZVU beim Bauträgervertrag**

Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag hatte seit der Rechtsprechung des BGH<sup>78</sup> zum Nachweisverzicht nur noch eine Funktion: die Verlängerung der Verjährung des Kaufpreiszahlungsanspruchs. Diese Vorgehensweise ist nicht mehr erforderlich, da im Gegensatz zu § 225 BGB a.F. die Neuregelung des § 202 BGB eine Vereinbarung über die Verlängerung der Verjährung zulässt.

#### **Bauträgervertrag – Verjährung des Kaufpreisanspruchs:**

Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass die Verjährungsfrist für den Kaufpreisanspruch 30 Jahre vom gesetzlichen Beginn der Frist an beträgt. Das Gleiche gilt für den Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Vertragsgegenstandes.

### **e) Verjährung beim Bauträgervertrag**

Bisher war im Hinblick auf die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen beim Bauträgervertrag ein Hinweis auf die bestehende Rechtslage üblich. Angesichts der Änderungen der Rechtslage können diese Formulierungen nicht mehr wie bisher verwandt werden. Stattdessen könnte wie folgt auf die Rechtslage hingewiesen werden unter gleichzeitiger Verkürzung der Verjährung auf das AGB-rechtlich gerade noch zulässige (der Formulierungsvorschlag soll insoweit als Extremregelung die Grenzen der Gestaltungsfreiheit aufzeigen):

#### **Bauträgervertrag – Verjährung der Mängelrechte (Verkauf an Unternehmer):**

Die Verjährungsfrist beträgt für Mängel am Bauwerk sowie dazugehörige Planungs- und Überwachungsarbeiten fünf Jahre ab der Abnahme. Im Übrigen beträgt die Verjährungsfrist für mängelbedingte Ansprüche und Rechte bei neu hergestellten Sachen oder Werkleistungen ein Jahr und bei ge-

brauchten Sachen<sup>79</sup> sechs Monate. Die Verkürzung der Verjährung gilt nicht für eine Haftung bei Vorsatz oder Arglist. Hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen gilt die Verkürzung auch nicht<sup>80</sup> für eine Haftung für grob fahrlässig verursachte Schäden und nicht für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers beruhen. Einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers steht diejenige eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verkäufers gleich.

Bei einem Verkauf an einen Verbraucher kann die Regelung grundsätzlich identisch verwandt werden. Im Hinblick auf die Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf nach den § 474 ff. BGB ist jedoch die Verjährungsregelung des § 475 Abs. 2 BGB zusätzlich zu beachten:

#### **Bauträgervertrag – Verjährung der Mängelrechte (Verkauf an Verbraucher):**

Die Verjährungsfrist beträgt für Mängel am Bauwerk sowie dazugehörige Planungs- und Überwachungsarbeiten fünf Jahre ab der Abnahme. Im Übrigen beträgt die Verjährungsfrist für mängelbedingte Ansprüche und Rechte bei neu hergestellten Sachen oder Werkleistungen zwei Jahre, bei gebrauchten unbeweglichen Sachen, also dem Grundstück sechs Monate und bei gebrauchten beweglichen Sachen ein Jahr<sup>81</sup>. Die Verkürzung der Verjährung gilt nicht für eine Haftung bei Vorsatz oder Arglist. Hinsichtlich von Schadensersatzansprüchen gilt die Verkürzung auch nicht für eine Haftung für grob fahrlässig verursachte Schäden und nicht für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers beruhen. Einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers steht diejenige eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verkäufers gleich.

## **VII. Weitere Auswirkungen auf die Gestaltungspraxis**

### **1. Vollmachten, insbesondere General- und Vorsorgevollmachten**

Die Regelungen im Allgemeinen Teil des BGB über Stellvertretung und Vollmacht sind von der Schuldrechtsreform unberührt geblieben. Der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>82</sup> allerdings, wonach die Vollmacht zum Abschluss eines Verbraucherkreditvertrages nicht die Mindestangaben über die Kreditbedingungen nach dem VerbrKrG enthalten muss, hat der Gesetzgeber eine Absage erteilt. Gemäß § 492 Abs. 4 BGB gelten für die Vollmacht zum Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages die formalen und inhaltlichen Anforderungen, die gemäß § 492 Abs. 1 und Abs. 2 BGB für den Darlehensvertrag selbst gelten. Dies gilt jedoch nicht für eine Vollmacht, die notariell beurkundet ist. Die in der notariellen Praxis zunehmend an Bedeutung gewinnende Vorsorge- oder Generalvollmacht ist also nur noch dann um-

<sup>77</sup> §§ 309 Nr. 7 a), b), Nr. 8 b) BGB.

<sup>78</sup> BGH DNotZ 1999, 53 f.; vgl. dazu *Kutter* in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage 2000, A II Rdnr. 93.

<sup>79</sup> Das betrifft insbesondere das Grundstück. Dass im Übrigen gebrauchte Sachen mitverkauft werden ist sehr unwahrscheinlich, aber doch möglich, vgl. auch FN 23.

<sup>80</sup> § 309 Nr. 7, Nr. 8 b) BGB.

<sup>81</sup> Dies ist die Grenze des Zulässigen nach § 475 Abs. 2 BGB.

<sup>82</sup> BGH MittBayNot 2001, 392.

fassend, wenn sie gemäß §§ 8 ff. BeurkG notariell **beurkundet** ist<sup>83</sup>. Eine bloße Unterschriftsbeglaubigung genügt nicht. Nicht erforderlich ist freilich die ausdrückliche Nennung von Verbraucherdarlehensverträgen als von der Vollmacht umfasst, wie im nachfolgenden Formulierungsvorschlag:

Als **Niederschrift** beurkundete Vorsorgevollmacht  
(...)  
Die Vollmacht erstreckt sich auch auf den Abschluss von Verbraucherdarlehensverträgen.  
(...)

## 2. Erbrechtliche Auswirkungen

### a) Allgemein

Die erbrechtlichen Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung sind für die Vertragsgestaltung gering. Die Verjährung erbrechtlicher Ansprüche ist unverändert geblieben, § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Dies gilt auch für die nach Sondervorschriften verjährenden Ansprüche wie den Pflichtteilsanspruch.

Die Haftung für die Erfüllung eines Vermächtnisses richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften des neuen Schuldrechts<sup>84</sup>. Insofern ist bei der Beurkundung von Verträgen zur Erfüllung von Vermächtnissen die neue Terminologie zu berücksichtigen. Die kleineren Änderungen in den § 1944 Abs. 2 S. 3, § 1954 Abs. 2 S. 2, § 1997, § 2082 Abs. 2 S. 2, § 2171, § 2182 Abs. 1, § 2183 S. 2 und § 2283 Abs. 2 S. 2 BGB sind großteils rein redaktioneller Natur und bedürfen hier keiner weiteren Erläuterung.

### b) Erbteilskauf

Der Erbteilskauf, geregelt in den §§ 2371 ff. BGB hat nur an einer Stelle, nämlich in § 2376 Abs. 2 BGB eine unmittelbare Änderung erfahren. Der Begriff des Fehlers wurde durch den des Sachmangels ersetzt. Im Übrigen ist er dem Wortlaut nach unverändert geblieben.

Da es sich jedoch bei Verkauf eines Erbteils um einen Rechtskauf handelt, für den nach dem neuen Recht gemäß § 453 BGB das allgemeine Kauf- und Leistungsstörungenrecht gilt, hat der Erbteilsverkauf dennoch mittelbare Änderungen erfahren. Diese sind allerdings geringfügig, da für fast alle kaufrechtlichen Probleme spezielle Sondervorschriften in den §§ 2371 ff. BGB bestehen. Als wichtigste Änderung ist zu erwähnen, dass die Haftung für Rechtsmängel sich nicht mehr wie bisher nach den §§ 2376, 440, 323 ff. BGB a.F. richtet<sup>85</sup>, sondern gemäß §§ 2376, 437 BGB nach dem allgemeinen Kaufmängelrecht. Die gesetzlich nach § 2376 Abs. 1 BGB beschränkte Rechtsmängelhaftung des Erbteilsverkäufers ist im Übrigen unverändert geblieben und nur hinsichtlich der Rechtsfolgen angepasst. Für Sachmängel der im Nachlass befindlichen Gegenstände haftet der Erbteilsverkäufer nach wie vor nicht, § 2376 Abs. 2 BGB.

Bei einem Erbteilskauf unter fremden Dritten passen die die Haftung des Verkäufers sehr weitgehend einschränkende gesetzlichen Regelungen meist nicht<sup>86</sup>. Sie sind daher anzu-

passen. Möglich ist beispielsweise die Aufnahme folgender Garantien des Verkäufers, für der dieser dann verschuldens-unabhängig einzustehen hat:

### Erbteilskauf – Garantieübernahme des Verkäufers:

Der Erbteilsverkäufer übernimmt gegenüber dem Käufer die Garantie für

- die Existenz und Lastenfreiheit des Erbteils (keine Veräußerung, Pfändung, Verpfändung oder sonstige beeinträchtigende Verfügung darüber),
- die Nachlasszugehörigkeit folgender Nachlassgegenstände \*\*\*,
- die Nichtexistenz von anderen Verbindlichkeiten als den hier aufgeführten, nämlich \*\*\*,
- den Nichteintritt der unbeschränkten Erbenhaftung gegenüber Nachlassgläubigern,
- die Zahlung der Erbschaftsteuer und
- dass bisher keine Auseinandersetzungsvereinbarungen zwischen den Miterben getroffen wurden.

### c) Erbauseinandersetzung

Eine Erbauseinandersetzung ist ein kaufähnlicher Vertrag<sup>87</sup> im Sinne des § 493 BGB a.F. Daran hat sich für die Zukunft nichts geändert, auch wenn § 493 BGB a.F. im Rahmen der Reform entfallen ist. Üblicherweise wird eine Haftung für Rechts- und Sachmängel bezüglich der auseinandergesetzten Nachlassgegenstände vollständig ausgeschlossen. Daran hat sich durch die Schuldrechtsmodernisierung nichts geändert. Lediglich eine sprachliche Anpassung der bisherigen Mängelregelungen ist erforderlich. Die Anwendung der Regeln über allgemeine Geschäftsbedingungen oder über den Verbrauchsgüterkauf ist bei der Erbauseinandersetzung kaum vorstellbar.

### Erbauseinandersetzung – Ausschluss der Mängelrechte:

Alle Ansprüche und Rechte wegen (Rechts- und) Sachmängeln werden hiermit in jeder Hinsicht ausgeschlossen, es sei denn es läge Vorsatz, Arglist oder eine Garantie vor.

## 3. Übergaben/Überlassungen

Das Recht der Schenkung und Ausstattung ist von der Schuldrechtsmodernisierung nicht unmittelbar berührt. Es besteht daher kaum Anpassungsbedarf. Lediglich bei Verwendung von Rückfallklauseln in Form von Rücktrittsrechten sind die bereits oben erwähnten Neuregelungen im Rahmen der §§ 346 ff. BGB zu beachten<sup>88</sup>.

Neu ist, dass im Hinblick auf die kurze allgemeine Verjährungsfrist von neuerdings drei Jahren, § 195 BGB, in Zukunft bei Leibrenten<sup>89</sup> eine Vereinbarung über die Verlängerung der Verjährung erforderlich ist. Wird – was ohnehin zu empfehlen ist – die Zahlungsverpflichtung grundbuchmäßig gesichert, so unterliegt der Anspruch aus der eingetragenen Reallast gem. § 902 BGB nicht der Verjährung.

<sup>83</sup> Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht, S. 444.

<sup>84</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 135.

<sup>85</sup> Vgl. Bengel/Reimann, Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage 2000, C Rdnr. 246.

<sup>86</sup> Ebenso Bengel/Reimann, Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage 2000, C Rdnr. 248.

<sup>87</sup> Vgl. Palandt/Putzo § 493 BGB, Rdnr. 1.

<sup>88</sup> Vgl. die Ausführungen und Formulierungsvorschläge oben unter B II 3: Rücktrittsrecht.

<sup>89</sup> Vgl. dazu sehr instruktiv und ausführlich Amann in: DAI-Skriptum Schuldrechtsmodernisierung, S. 250.

### Übergaben/Überlassungen: Verjährung von Unternehmerleistungen

Die Beteiligten sind darüber einig, dass das schuldrechtliche Stammrecht auf die wiederkehrenden Leistungen erst in 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn verjähren. Die Verjährung der wiederkehrenden Leistungen bleibt davon unverändert.

Die Regelungen über den Ausschluss jeglicher Haftung für Sachmängel können inhaltlich wie bisher beibehalten werden.

## C. Zusammenfassung

Die Schuldrechtsmodernisierung hat für viele Vertragstypen wesentliche Auswirkungen auf die notarielle Vertragsgestaltung. Dennoch handelt es sich keineswegs um eine Revolution, sondern noch um eine Reform, die sich durchaus in den Griff bekommen lässt. Dieser Beitrag mit seinen Formulierungsvorschlägen trägt hoffentlich ein klein wenig dazu bei.

Das Gesetz hat bereits vor seinem In-Kraft-Treten eine Vielzahl von Unklarheiten und Streitfragen aufgeworfen. Diese wurden im Beitrag nicht näher erläutert. Insoweit bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung sie klären wird. Solange bleibt es dem *Vertragsgestalter*, also insbesondere dem Notar überlassen, unklare gesetzliche Regelungen durch klare vertragliche zu ersetzen. Der Notar ist somit nach der Schuldrechtsmodernisierung noch mehr als zuvor als Vertragsgestalter und damit als Friedenswahrer gefordert.

## D. Literaturhinweise

**Aus der gebundenen Literatur:** *Amann/Brambring/Hertel*, Die Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis, Verlag C.H. Beck, München, 2002; *Grundmann/Medicus/Rolland* (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht – Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2000; *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, Mohr Siebeck, Tübingen 2001; *Schmidt-Räntsch*, Das neue Schuldrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002; *Schulze/Schulte-Nölke* (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.

**Aus der ungebundenen Literatur:** *Altmeyden*, Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, 1399 ff.; *Altmeyden*, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – Ein Beispiel für die Überhastung der

Schuldrechtsreform, DB 2001, 1131 ff.; *Amann*, Schuldrechtsreform und notarielle Vertragsgestaltung, DNotZ 1993, 83 ff.; *Brambring*, Schuldrechtsreform und Grundstückskaufvertrag, DNotZ 2001, 590 ff.; *Brambring*, Der Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, NotBZ 2001, 41 ff.; *Brambring*, Die Vorschläge der Schuldrechtskommission zur Reform des BGB, DNotZ 1992, 691 ff.; *Brambring*, Schuldrechtsreform und notarielle Vertragsgestaltung, DNotZ 1993, 77 ff.; *Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499 ff.; *Brüggeleier/Reich*, Europäisierung des BGB durch große Schuldrechtsreform? Stellungnahme zum Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, 213 ff.; *Däubler-Gmelin*, Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform, NJW 2001, 2281 ff.; *Dauner-Lieb*, Die Schuldrechtsreform – Das große juristische Abenteuer, DStR 2001, 1572 ff.; *Ernst*, Zum Kommissionsentwurf für eine Schuldrechtsreform, NJW 1994, 2177 ff.; *Grunewald*, Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens, JZ 2001, 433 ff.; *Grziwotz*, Erschließungskosten im Grundstückskauf nach der Schuldrechtsmodernisierung, NotBZ 2001, 383 ff.; *Haas*, Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Kauf- und Werkvertragsrecht, BB 2001, 1313 ff.; *Heinrichs*, Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Neuregelung des Verjährungsrechts, BB 2001, 1417 ff.; *Hertel*, Vorwirkungen des neuen Schuldrechts auf notarielle Angebote, DNotZ 2001, 742 ff.; *Krebs*, Die große Schuldrechtsreform, DB 2000, Beilage 14; *Kohler*, Das Rücktrittsrecht in der Reform, JZ 2001, 325 ff.; *Leenen*, Die Neuregelung der Verjährung, JZ 2001, 552 ff.; *Lorenz*, Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 742 ff.; *Medicus*, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen, NJW 1992, 2384 ff.; *Pick*, Zum Stand der Schuldrechtsmodernisierung, ZIP 2001, 1173 ff.; *Rieger*, Die Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vor dem Hintergrund des geltenden Rechts, VuR 1999, 287 ff.; *Roloff*, Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf Vertragsgestaltung und Allgemeine Geschäftsbedingungen im Kaufrecht, NotBZ, Beilage zu Heft 9/2001, 3 ff.; *Roth*, Die Reform des Werkvertragsrechts, JZ 2001, 543 ff.; *Teichmann*, Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, 1485 ff.; *Tiedtke/Wälzholz*, Die Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis – Mit ersten Formulierungsvorschlägen, NotBZ, Beilage zu Heft 9/2001, S. 13 ff.; *Ulmer*, Das AGB-Gesetz – ein eigenständiges Kodifikationswerk, JZ 2001, 491 ff.; *Westermann*, Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs, JZ 2001, 530 ff.; *von Westphalen*, Die Neuregelungen des Entwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes für das Kauf- und Werkvertragsrecht, DB 2001, 799 ff.; *Wilhelm*, Schuldrechtsreform 2001, JZ 2001, 861 ff.; *Zimmermann*, Schuldrechtsmodernisierung?, JZ 2001, 171 ff.; *Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst*, Finis Litem? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684 ff.

# Die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten in der Rechtsprechung des BayObLG

Von Notarassessorin Dr. Andrea Schmucker, München

Die Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente hat der Notar nicht nur bei deren Formulierung zu berücksichtigen. In den meisten Fällen, in denen der Notar mit einem gemeinschaftlichen Testament befasst wird, geht es um die Vorbereitung einer neuen letztwilligen Verfügung nach Eintritt des ersten Erbfalles. Die Verfasserin stellt die Rechtslage im Lichte der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts dar.

## A. Einleitung

Das gemeinschaftliche Testament nimmt in der Rspr. einen bedeutenden Platz ein. Pfeiffer<sup>1</sup> spricht plastisch von einem Rechtsinstitut mit hoher pathologischer Anfälligkeit. Die Ursache hierfür liegt wohl nicht zuletzt darin, dass seine Errichtung eben auch privatschriftlich und damit ohne rechtliche Beratung – insbesondere über die in der Bindungswirkung liegende Beschränkung der Testierfreiheit – möglich ist. So stand denn auch nur in knapp einem Sechstel der mehr als 30 Verfahren, die den für das Erbrecht zuständigen 1. Senat des BayObLG von Beginn 1991 bis September 2001 zum Thema „Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten“ im weitesten Sinne erreichten, die Bindungswirkung aus *notariell* beurkundeten gemeinschaftlichen Testamenten auf dem Prüfstand. Weit häufiger wurde der Notar jedoch mit der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen beauftragt, nachdem einer der zuvor testierenden Ehegatten verstorben war. Da aber eine solche Verfügung in analoger Anwendung von § 2289 I 2 BGB u. U., nämlich wenn sie das Recht des bindend Bedachten *beeinträchtigen* würde, unwirksam ist, musste sich der Notar dann ebenso wie der Richter<sup>2</sup> im Nachlassverfahren Einblick über das Ob und die Reichweite der Bindung aus früheren gemeinschaftlichen Testamenten verschaffen. Dazu sind nicht nur eine Befragung der Beteiligten<sup>3</sup>, sondern vor allem eine detaillierte Kenntnis der höchstrichterlichen Rspr. unerlässlich.

## B. Existenz früherer Verfügungen

Die ersten Schwierigkeiten können sich hierbei nicht nur aus der mit dem Alter zunehmenden Vergesslichkeit, sondern vielmehr aus dem fehlenden Bewusstsein juristischer Laien über das Bestehen einer möglichen Bindungswirkung ergeben. Die Fülle der Entscheidungen verdeutlicht nämlich, dass der Überlebende regelmäßig überrascht ist, wenn er von einer über den Tod des verstorbenen Ehepartners hinaus wirkenden

Beschränkung erfährt<sup>4</sup>. Aufschluss über die Existenz eines früheren Ehegattentestamentes kann insoweit die Frage nach der Erbfolge nach dem vorverstorbenen Ehegatten liefern. Liegt der Tod des Ehepartners noch nicht allzu lang zurück, kann, soweit Grundbesitz vorhanden ist, hierzu u. U. auch ein Blick in das Grundbuch helfen. Da das Gesetz den überlebenden Ehepartner nur selten allein erben lässt, nämlich wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind, der Verstorbene Einzelkind war und seine Eltern und Großeltern allesamt vorverstorben waren, deutet das Vorliegen von Alleinerbschaft auf eine vom Gesetz abweichende testamentarische Verfügung hin<sup>5</sup>.

## C. Prüfungsschema

Wenn sich aus dem Vorgespräch bzw. bei der Beurkundung herausstellt, dass frühere Verfügungen von Todes wegen existieren, muss deren Inhalt auf eine mögliche Auswirkung auf die Testierfreiheit untersucht werden. Die folgenden Prüfungsschritte orientieren sich hierzu weitgehend an dem vom BayObLG zur Prüfung einer Bindungswirkung verwendeten Schema.

### I. Gemeinschaftliches Testament

Wie sich bereits aus dem Wortlaut von § 2270 I BGB, aber auch aus der systematischen Einordnung in den 8. Titel des 5. Buches über das gemeinschaftliche Testament sowie dem Sinn und Zweck der Vorschrift, nämlich die Erbfolge der Ehegatten untereinander abzustimmen, ergibt, können Fragen im Zusammenhang mit einer Wechselbezüglichkeit immer nur im Rahmen eines von Ehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testamentes entstehen. Die Entscheidung vom 27.3.2001 bestätigt das mit den Worten „Mit der Feststellung, dass kein gemeinschaftliches Testament vorliegt, kommt eine Wechselbezüglichkeit der getroffenen Verfügungen von vornherein nicht in Betracht.“<sup>6</sup> Zwar verdeutlicht die Literatur völlig zu Recht, dass auch außerhalb gemeinschaftlicher Testamente abhängige Verfügungen vorkommen können<sup>7</sup> – insbesondere wenn Ehegatten in anderer Weise *getrennt* verfügen<sup>8</sup>. Der Klarheit halber sollte man m. E. gleichwohl mit dem Gesetz den Begriff der *Wechselbezüglichkeit* nur im Sinne von §§ 2270 ff. BGB gebrauchen, weil nur hiermit die eigens normierten Folgen verknüpft werden, und ansonsten schlicht von korrespondierenden oder eben abhängigen Anordnungen sprechen.

Im Übrigen kann auf die Schwierigkeit, ob tatsächlich eine gemeinschaftliche Verfügung vorliegt, hier nur am Rande ver-

<sup>1</sup> FamRZ 1993, 1266.

<sup>2</sup> Gemäß §§ 3 Nr. 2c, 16 I Nr. 7 RPfleger ist grundsätzlich dem Richter die Erteilung von Erbscheinen im Zusammenhang mit testamentarischer Erbfolge vorbehalten.

<sup>3</sup> Das gilt aufgrund der Belehrungspflicht in § 17 BeurkG m. E. umso mehr, wenn der Notar nur zur Beurkundung, nicht aber zur vorhergehenden Beratung und Ausarbeitung eines Entwurfes herangezogen wird.

<sup>4</sup> So insbesondere auch *Nieder* ZErB 2001, 120 (123) und andeutungsweise BayObLGZ 19 A 143 (145).

<sup>5</sup> Was die Bindung aus einem *Erbvertrag* betrifft, kann insoweit auch das frühere Bestehen einer Gütergemeinschaft einen Hinweis bieten. Dann kann nämlich regelmäßig von einer Verknüpfung des Ehevertrages mit einem entsprechenden Erbvertrag ausgegangen werden.

<sup>6</sup> So schon BayObLG FamRZ 1991, 1485 (1486).

<sup>7</sup> Statt vieler *MünchKommMusielak* § 2270 Rdnr. 2.

<sup>8</sup> Dazu *Dittmann/Reimann/Bengel (Mayer)* § 2270 Rdnr. 5.

wiesen werden. Hervorgehoben werden soll lediglich das Bedürfnis nach einem gemeinschaftlichen Testierwillen, der in der Urkunde selbst Anklang gefunden haben muss<sup>9</sup>. Dafür reicht natürlich die bloße Mitunterzeichnung allein nicht aus, weil die Wahl der Formerleichterung des § 2267 BGB allenfalls ein Indiz sein kann<sup>10</sup>. Ebenso wenig genügt die bloße gemeinsame Aufbewahrung, da insoweit i.d.R. die Andeutung im Testament fehlen wird<sup>11</sup>. Vielmehr impliziert schon der Begriff *gemeinschaftliches* Testament, dass jeder Ehegatte eigene Verfügungen treffen muss<sup>12</sup>. Erneut bestätigt hat der Senat demgegenüber, dass selbstverständlich auch in äußerlich getrennten Urkunden ein gemeinschaftliches Testament gesehen werden kann<sup>13</sup>. So zustimmungswürdig die letztgenannte Ansicht ist – die zusätzlichen Hürden, die sich damit gerade für den Notar stellen, sind offensichtlich, zumal ihm gegenüber freilich keine § 2259 BGB entsprechende Ablieferungspflicht von Testamenten besteht.

## II. Wechselbezügliche Verfügungen

Hat man hiernach das Vorliegen eines gemeinschaftlichen Testamentes bejaht, geht es nunmehr um die Feststellung, ob und inwieweit darin wechselbezügliche Verfügungen getroffen wurden. Denn – wie schon § 2270 I BGB mit der Bezugnahme auf die Verfügungen der jeweiligen Ehegatten verdeutlicht – kann niemals *das* gemeinschaftliche Testament als solches, sondern allenfalls die einzelne Verfügung wechselbezüglich sein<sup>14</sup>. Natürlich kann dazu das bloße Vorliegen eines gemeinschaftlichen Testamentes alleine nicht genügen<sup>15</sup>. Es besteht auch kein allgemeiner Erfahrungssatz, dass Ehegatten ihre sämtlichen Verfügungen als insgesamt wechselseitig bindend ansehen. Andernfalls wäre die Zweifelsregelung in § 2270 II BGB überflüssig<sup>16</sup>. Vielmehr betont das BayObLG immer wieder<sup>17</sup>, dass Regelungen in einem Ehegattentestament sowohl wechselbezüglich als auch nicht wechselbezüglich sein können, wobei selbstverständlich nicht erforderlich ist, dass sich die Ehegatten gegenseitig zu Erben einsetzen oder sonst bedenken<sup>18</sup>.

### 1. Ausgangspunkt: Wortlaut

Ausgangspunkt ist insoweit der Wortlaut. Gleichwohl lässt sich der Rspr. entnehmen, dass das bloße Fehlen einer Klarstellung keinesfalls zwingend *gegen* eine Bindung spricht – sogar in einem notariellen Testament nicht<sup>19</sup> – und auch eine ausdrückliche Erklärung dafür oder dagegen regelmäßig nicht mehr als einen – wenn auch starken – Anhaltspunkt liefern

kann. Schon § 133 BGB bestimmt, dass „der *wirkliche* Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“ ist. Das BayObLG präzisiert das dahin, dass zu ermitteln sei, was der Erblasser *mit seinen Worten* sagen wollte<sup>20</sup>. Zwar setzt die Auslegung von Willenserklärungen immer voraus, dass überhaupt Auslegungsbedarf besteht, mithin die Erklärungen unklar und zweideutig sind<sup>21</sup>. Hierfür genügt dem BayObLG jedoch regelmäßig, dass die im Nachlassverfahren Beteiligten unterschiedliche Interpretationen des Testaments vortragen<sup>22</sup>.

Für die Auslegung kommt es sodann in erster Linie auf eine detaillierte Sachverhaltserforschung an<sup>23</sup>. Eine zusätzliche Schwierigkeit ergibt sich dabei daraus, dass es sich hier um eine innere Tatsache – den Erblasserwillen – handelt und so in aller Regel ein indirekter Schluss aus objektiven Indizien gezogen werden muss. Dazu muss der Inhalt der Erklärungen als Ganzes gewürdigt werden, einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher, die außerhalb der Testamentsurkunde liegen. Auch die allgemeine Lebenserfahrung spielt nach Ansicht des BayObLG stets – in die eine oder andere Richtung – eine wichtige Rolle.

### 2. Negative Abgrenzung gemäß § 2270 III BGB

Eine erste negative Abgrenzung beinhaltet § 2270 III BGB: Demnach können den in §§ 2270 I, 2271 BGB niedergelegten Folgen überhaupt nur Erbinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen unterliegen. Zwar wird hiervon u. U. auch die willentliche Einsetzung der gesetzlichen Erben erfasst<sup>24</sup>. Wilfen vor bleiben jedoch insbesondere die ausdrücklich angeordnete Enterbung<sup>25</sup>, der Verzicht auf jeden Erbspruch<sup>26</sup>, die Bestimmung eines Testamentsvollstreckers<sup>27</sup>, Teilungsanordnungen oder auch die Pflichtteilsentziehung<sup>28</sup>.

<sup>20</sup> BayObLG FamRZ 1997, 251 (252).

<sup>21</sup> Dieser entfällt auch nicht mit der Verwendung bestimmter – rechtstechnischer – Begrifflichkeiten, so BayObLG FamRZ 2001, 1327 (1329). Die Auslegungsregeln in §§ 2087, 2088 BGB bestätigen das.

<sup>22</sup> Bspw. BayObLG FamRZ 1998, 388 und MittRhNotK 1991, 217 (218). Eine einheitliche Interpretation der in Betracht kommenden Erben ist dagegen regelmäßig bedeutungslos, so BayObLG FamRZ 1993, 1126 (1127). Dieser Ansatz eröffnet letztlich nahezu immer den Weg der Auslegung, weil jeder potentielle Erbe sein Stück vom Nachlasskuchen bekommen wollen und deshalb seine eigene, abweichende Auffassung vortragen wird. Für den Notar, dessen Verfügungen ja vor einer gerichtlichen Überprüfung nicht gefeit sind (vgl. BayObLG MittBayNot 1997, 179 (180); demgegenüber jedoch BayObLG MittBayNot 1996 42 (43) zur Klarheit und Eindeutigkeit eines Erbvertrages), kann dadurch die Formulierung eines sauberen Testamentes – gerade bei einer größeren Anzahl möglicher Erben – u. U. zur Quadratur des Kreises werden.

<sup>23</sup> Da der Notar bei der Feststellung einer Bindung aus einem früheren Testament wie der Nachlassrichter agieren muss, sind etwaige Einschränkungen aus dem Umstand, dass das BayObLG lediglich eine Rechts-, nicht aber Tatsachenprüfung vornehmen kann, grundsätzlich bedeutungslos.

<sup>24</sup> BayObLG FamRZ 1997, 1241.

<sup>25</sup> BayObLG DNotZ 1993, 450 (451).

<sup>26</sup> BayObLG MittRhNotK 1991, 217 (218).

<sup>27</sup> Weshalb auch die nachträgliche Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers jederzeit – auch nach dem Tod des Erstversterbenden – einseitig möglich bleibt.

<sup>28</sup> Diese Beschränkung hatte das BayObLG veranlasst, eine Klausel in einem Erbvertrag über die gegenseitige Annahme der *vorstehenden* erbvertragsmäßigen Bestimmungen als insgesamt auslegungsbedürftig anzusehen, weil in den vorstehenden Bestimmungen auch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung sowie ein Pflichtteilsverzicht enthalten war, MittBayNot 1997, 179 (180).

<sup>9</sup> Dazu allgemein BayObLG FamRZ 1991, 1485 (1486).

<sup>10</sup> BayObLG NJWE-FER 2001, 181.

<sup>11</sup> BayObLG DNotZ 1993, 450 (451); ebenso FamRZ 1991, 1485 (1486). Pfeiffer FamRZ 1993, 1266 (1271) verkennt insoweit, dass das BayObLG hier nicht das Vorliegen eines Indizes verneint hat, sondern dessen Andeutung in der Urkunde selbst vermisst.

<sup>12</sup> BayObLG MittRhNotK 1999, 56 (57), ebenso Palandt/Edenhofer § 2270 Rdnr. 1; a.A. wohl Pfeiffer FamRZ 1993, 1266 (1271) mit Verweis auf BGH FamRZ 1991, 52 (54).

<sup>13</sup> BayObLG FamRZ 1995, 1447 (1448), ebenso schon in DNotZ 1993, 450 (451).

<sup>14</sup> BayObLG MittRhNotK 1999, 56 (57).

<sup>15</sup> BayObLG MittBayNot 1996, 216.

<sup>16</sup> BayObLG NJWE-FER 2001, 213 (214).

<sup>17</sup> Zuletzt BayObLG NJWE-FER 2001, 213 (214).

<sup>18</sup> BayObLG MittBayNot 1996, 216.

<sup>19</sup> BayObLG FamRZ 1999, 1388 (1389); MittBayNot 1992, 403 (405).

Da aber selbstverständlich auch in den letztgenannten Fällen eine Wirksamkeitsabhängigkeit von anderen Verfügungen gewollt sein kann, muss man hier mangels Eingreifen von §§ 2270, 2271 BGB nach anderen Lösungswegen suchen. Nachdem stattdessen u.a. § 2085 BGB gilt, der von einer grundsätzlichen Unabhängigkeit mehrerer Verfügungen ausgeht, ist insoweit konkreter Gestaltungsbedarf angezeigt<sup>29</sup>. In Betracht kommt entweder die Anordnung einer auflösenden Bedingung oder aber die schlichte Angabe eines entsprechenden Motives. Die Motivangabe hat den Vorteil, dass sie keinen Automatismus auslöst, sondern nur die Möglichkeit einer Anfechtung gemäß § 2078 II BGB eröffnet, sie aber nicht zwingend macht. Nicht übersehen werden darf natürlich, dass solche „Ersatzmaßnahmen“ sich allenfalls an die mit der Wechselbezüglichkeit verbundenen Folgen annähern können, mag durch sie auch ein gewisser Druck auf die Beteiligten mit dem Ziel einer indirekten Bindung erreicht werden. Entscheidender Unterscheid ist und bleibt jedoch, dass dieser Art von Bestandsabhängigkeit keinerlei Rückwirkung zukommt und deshalb konstruktiv nicht ein Ersatzerbe bzw. -vermächtnisnehmer eingesetzt, sondern Vor- und Nacherbschaft bzw. -vermächtnis angeordnet wird<sup>30</sup>.

### 3. Indirekte Definition in § 2270 I BGB

#### a) Bestands- oder Wirksamkeitsabhängigkeit

Nach dieser negativen Abgrenzung muss man sich weiter der indirekten Definition in § 2270 I 1. HS BGB zuwenden. Danach liegt Wechselbezüglichkeit vor, wenn anzunehmen<sup>31</sup> ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen werden wäre. Der eine Ehegatte muss sich also in der Weise dem Willen des anderen untergeordnet haben, dass seine testamentarische Anordnung mit dem unveränderten (Fort-)Bestand einer Verfügung seines Partners *stehen und fallen* soll<sup>32</sup>. Zwar wird dieser Definition oft vorgeworfen, sie vermische Tatbestand und Rechtsfolge. Ausschlaggebend sei allein das gemeinsame Motiv einer umfassenden Nachlassregelung. M. E. besteht jedoch gerade der Begriff der „Wechselbezüglichkeit“ im engeren Sinne, d.h. wie er vom Gesetzgeber gebraucht wird, nicht um seiner selbst willen, sondern weil an ihn verschiedene Konsequenzen anknüpfen<sup>33</sup>. Auch in die Entscheidungen des BayObLG fließt deshalb immer wieder die Bestands- oder Wirksamkeitsabhängigkeit, die der letzter HS von Abs. 1 anordnet, in die Betrachtung mit ein.

So wurde bspw. in der Entscheidung vom 4.3.1996<sup>34</sup> eine Wechselbezüglichkeit mit Blick auf die ersichtlich nicht gewollte Bestandsabhängigkeit verneint: Dort hatten beide Ehe-

gatten *sogleich* ihren einzigen Sohn als jeweiligen Erben eingesetzt mit dem erklärten Wunsch seiner Absicherung. Dieses Ziel – so das Gericht – könne aber nur erreicht werden, wenn die jeweilige Erbeinsetzung in jeden Fall und unabhängig von der Verfügung des anderen erfolgen sollte. Und schließlich spreche auch die allgemeine Lebenserfahrung dagegen, dass ein Elternteil das gemeinsame Kind nur deshalb bedenkt, weil auch der andere dies tut. Allenfalls bei Hinzutreten weiterer Umstände kann nach Ansicht des Senates in solchen Fällen, also bei beiderseits sofortiger Erbeinsetzung von Dritten, eine Wechselbezüglichkeit vorliegen. Erwogen wurde das bei einem gleichzeitigen ausdrücklichen Verzicht beider Ehegatten auf jeden Erbenspruch<sup>35</sup> oder aber bei der Einsetzung *mehrerer* gemeinsamer Kinder, wenn darin der Wunsch nach einer bestimmten Nachlassverteilung zum Ausdruck kommt<sup>36</sup>.

#### b) Gesonderte Prüfung für jede einzelne Verfügung

Im Übrigen betont das BayObLG immer wieder, dass die Wechselbezüglichkeit für *jede* Verfügung gesondert festgestellt werden muss<sup>37</sup> und zwar nicht nur bezogen auf die Verfügung, von der nachträglich abgewichen werden soll (= tragende Verfügung), sondern gerade auch hinsichtlich *jeder* Anordnung des anderen Ehepartners (= abhängige Verfügung)<sup>38</sup>. Die Konsequenzen hieraus werden besonders deutlich in der jüngsten Entscheidung des 1. Senates<sup>39</sup>: Dort wurde u.a. bemängelt, dass das LG nur die beiderseitige Schlusserbeinsetzung des gemeinsamen Sohnes auf eine wechselseitige Abhängigkeit untersucht hatte, nicht aber, nachdem es diese verneint hatte, ob der vorverstorbenen Ehefrau die Alleinerbeinsetzung seiner Frau auf den unveränderten Fortbestand ihrer Schlusserbeinsetzung stützen wollte.

Ferner wird hervorgehoben, dass auch die nur einseitige Bindung eines Ehegatten ohne korrespondierende Bindung des anderen anerkannt ist<sup>40</sup>. Aus dem systematischen Vorgehen des Senates bei der Ermittlung der Wechselbezüglichkeit<sup>41</sup> wird m. E. sogar ersichtlich, dass die einseitige Wechselbezüglichkeit<sup>42</sup> oftmals die Regel ist. So wird etwa in einem Berliner Testament mit Schlusserbeinsetzung der gemeinsamen Kinder die Zuwendung des einen Ehegatten an den anderen zwar unter der Bedingung stehen, dass der andere als Schlusserben die gemeinsamen Kinder bedenkt, nicht aber

<sup>29</sup> Zu allem *MünchKomm/Musielak* § 2270 Rdnr. 15.

<sup>30</sup> *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. München 2000, Rdnr. 725.

<sup>31</sup> Das beinhaltet nach *Pfeiffer* FamRZ 1993, 1266 (1268) eine materiell eingekleidete Absenkung der Substantiierungslast und des Beweismaßes, weil schon die „Annahme“, nicht das direkte „Vorliegen“ eines abhängigen Verhältnisses genügt. *Nieder*, Handbuch, Rdnr. 724, spricht sogar nur von einer Auslegungsregel.

<sup>32</sup> *Palandt/Edenhofer* § 2270 Rdnr. 1 a.E. m.w.N. Das ist der Fall, wenn der Testator bei seiner jeweiligen Verfügung sinngemäß etwa gedacht hat: „Ich verfüge so, weil auch Du in einer bestimmten Weise verfügst, d.h. wenn Du nicht in dieser Weise verfügst, so will auch ich nicht so verfügen“.

<sup>33</sup> Ebenso *Pfeiffer* FamRZ 1993, 1266 (1280); undeutlich *Nieder* ZErB 2001, 120 (121).

<sup>34</sup> MittBayNot 1996, 216/217.

<sup>35</sup> BayObLG MittRhNotK 1991217 (218).

<sup>36</sup> BayObLG MittBayNot 1996, 216 (217); ebenso FamRZ 1994, 193 (195).

<sup>37</sup> Std. Rspr. etwa BayObLG FamRZ 1993, 1370.

<sup>38</sup> Zu dem Begriffspaar tragende/abhängige Verfügung, vgl. auch *Pfeiffer* FamRZ 1993, 1266 (1276).

<sup>39</sup> Vorlagebeschluss des BayObLG vom 28.9.2001 – 1 Z BR 6/01 –.

<sup>40</sup> Entscheidung des BayObLG NJWE-FER 2001, 213 (214). Schon der Wortlaut von § 2270 BGB ist indifferent: Abs. 1 spricht davon, dass die eine Verfügung nicht ohne die andere getroffen sein muss, ohne ein Wort über das umgekehrte Verhältnis zu verlieren (so auch *Mayer* in *Dittmann/Reimann/Bengel*, § 2270 Rdnr. 16). Allerdings soll zumindest den Protokollen zur Gesetzesentstehung entnommen werden können, dass damit ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis gemeint gewesen war. Darauf deutet zwar auch der Begriff „zueinander“ in Abs. 2 a. E. hin. Gleichwohl handelt es sich hierbei wiederum nur um eine Auslegungsregel, die keine bindenden Aussagen für sonstige Fallgestaltungen enthalten kann.

<sup>41</sup> So BayObLG MittRhNotK 1999, 56 (57); anschaulich auch BayObLG NJWE-FER 2001, 213 (214/215) sowie der Vorlagebeschluss vom 28.9.2001 – 1 Z BR 6/01 –.

<sup>42</sup> Vgl. dazu *Pfeiffer* FamRZ 1993, 1266 (1273), der diesen Terminus wohl zu Recht zumindest begrifflich als *contradictio in adiecto* verfehlt bezeichnet.



umgekehrt jene Schlusserbeinsetzung davon abhängen, dass der andere Ehegatte zuvor von dem Vorverstorbenen bedacht wurde<sup>43</sup>.

Und noch eines wird hieraus deutlich, nämlich, dass für die Beurteilung entscheidend die *Richtung* einer möglichen Bindungswirkung ist. Will der verbleibende Ehepartner von der für sein Nachversterben angeordneten Bestimmung abweichen, ist lediglich zu prüfen, ob eine testamentarische Anordnung des vorverstorbenen Ehegatten aufgrund ihrer Bestandsabhängigkeit die uneingeschränkte Aufrechterhaltung der nunmehr in die Disposition gestellte Verfügung des Überlebenden gebietet. Das Bestehen eines umgekehrten und damit wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnisses ist dagegen bedeutungslos<sup>44</sup>. Das hätte ja allenfalls den anderen Ehegatten an einer nachträglichen einseitigen Änderung hindern können.

#### aa) Wille beider Ehegatten

Wenn die Rspr. schließlich für das Bestehen der Wechselbezüglichkeit auf den Wille *beider* Ehegatten abstellt<sup>45</sup>, ist das damit zu begründen, dass das gemeinschaftliche Testament wesentlich auf wechselseitigem Vertrauen basiert und Ausdruck eines auf gemeinsame Ziele gerichteten Wollens ist<sup>46</sup>: Ein nach dem Verhalten des einen Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis muss demnach auch dem Willen des anderen Teils entsprechen<sup>47</sup>. Nachdem das BayObLG es jedoch zulässt, dass der eine Ehegatte durch seine nachträgliche Verfügung den anderen aus einer ursprünglichen Abhängigkeit entlässt, ist insoweit eine gewisse Einschränkung geboten. Da nämlich regelmäßig schon die schlichte einseitige Wiederholung der eigenen Verfügung vermuten lässt, dass sie nun in jedem Fall und unabhängig von der Anordnung des anderen gelten soll<sup>48</sup>, kann es auf einen möglicherweise entgegenstehenden Willen des anderen nicht mehr ankommen.

#### bb) Maßgeblicher Zeitpunkt

Was den Zeitpunkt der Feststellung betrifft, ist grundsätzlich allein die Errichtung des Testaments maßgeblich. Jedoch können auch spätere Umstände Aufschluss über einen bereits im Errichtungszeitpunkt vorhandenen Erblasserwillen geben<sup>49</sup>. Gegen eine ursprünglich gewollte Wechselbezüglichkeit hat das BayObLG bspw. die lebzeitige Ausführung einer testamentarischen Zuwendung gewertet, weil ohne entsprechende Bindung eben nur die Übertragung zu Lebzeiten den Vermögensübergang sicherstellen konnte<sup>50</sup>. Indizien können sich auch aus Willensbekundungen des überlebenden Ehegatten im Nachlassverfahren des Erstversterbenden oder gegenüber sonstigen Beteiligten ergeben<sup>51</sup>. Ebenso sind nachträgliche Verfügungen des Überlebenden nicht von vornherein unbeachtlich<sup>52</sup> und zwar nicht nur, soweit sie eine bloße Ergänzung

darstellen<sup>53</sup>. So wurden bspw.<sup>54</sup> aus der in notariellen Verfügungen üblichen Klarstellung über das Fehlen von Beschränkungen durch frühere Erbverträge oder gemeinschaftliche Testamente schon Rückschlüsse auf den ursprünglichen Willen des Testierenden gezogen<sup>55</sup>. Bei abweichenden oder ändernden Verfügungen ist allerdings stets zur bewussten bzw. unbewussten Missachtung der gemeinsam abgestimmten Nachlassregelung abzugrenzen<sup>56</sup>. Denn sowohl ein nachträglicher Sinneswandel<sup>57</sup> als auch ein Rechtsirrtum über das Bestehen einer Bindung<sup>58</sup> müssen natürlich unbeachtlich bleiben<sup>59</sup>.

#### cc) Sonderproblem: Nachträgliche Verknüpfung zur Wechselbezüglichkeit

Wechselbezüglichkeit kann es zwar nur in gemeinschaftlichen Testamenten geben. Da jedoch schon allgemein zulässig ist, die zu einem gemeinschaftlichen Testament verknüpften Verfügungen nicht zeitgleich zu errichten, kann nichts anderes gelten, wenn solche nacheinander getroffenen Anordnungen in das von § 2270 I BGB genannte Abhängigkeitsverhältnis gestellt werden sollen<sup>60</sup>. Darüber hinaus ist es aber sogar möglich, Verfügungen in zwei nacheinander errichteten gemeinschaftlichen Testamenten<sup>61</sup> oder einem Erbvertrag und einem gemeinschaftlichen Testament<sup>62</sup> zur Wechselbezüglichkeit zu verknüpfen. In diesen Fällen sind jedoch an die Begründung einer Abhängigkeit regelmäßig hohe Anforderungen zu stellen<sup>63</sup>. Denn die Ehegatten müssen insoweit nicht nur einen entsprechenden Willen zur Zusammenfassung beider Testamente als Einheit bekunden, wofür etwa die Bezeichnung als Nachtrag spricht<sup>64</sup>. Vielmehr kann das nachträgliche Testieren nur dann logischerweise zur zeitlich vorgelagerten Verfügung in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, wenn die ursprünglich unabhängig gewollte Anordnung nunmehr eingeschränkt wird, nämlich nur noch bei Fortbestand der späteren gelten soll. Das ist abzulehnen, wenn das Ausgangstestament die freie Verfügbarkeit des Überlebenden betonte und das Ergänzungstestament ausdrücklich die Fortgeltung der ersten gemeinsamen Verfügung anordnet<sup>65</sup>. Indizien für oder gegen einen Willen zur nachträglichen Modifizierung können aber der Zeitabstand wie auch eine gemeinsame Verwahrung liefern<sup>66</sup>. Hierbei hat das BayObLG sogar

<sup>43</sup> Anschaulich BayObLG FamRZ 1999, 1388 (1390).

<sup>44</sup> Vgl. BayObLG FamRZ 1999, 1388 (1390).

<sup>45</sup> So BayObLG MittBayNot 1992, 403.

<sup>46</sup> Nach Ansicht von Pfeiffer FamRZ 1993, 1266 (1267) etwa das angemessene Bedenken sowohl von Angehörigen als auch des anderen Ehegatten oder bloß die gegenseitige Achtung.

<sup>47</sup> BayObLG FamRZ 1994, 1422.

<sup>48</sup> BayObLGZ 1966, 242 (245/246).

<sup>49</sup> BayObLG DNotZ 1996, 302 (304).

<sup>50</sup> BayObLG FamRZ 1991, 1232 (1234).

<sup>51</sup> BayObLG FamRZ 1997, 251 (253), wo die Überlebende nach Versterben ihres Mannes immer wieder betonte, sich an die Bestimmung im Testament gebunden zu fühlen.

<sup>52</sup> Hierzu eindrucksvoll BayObLG 1993, 1126 (1128).

<sup>53</sup> BayObLG FamRZ 1997, 1241, FamRZ 1995, 251 (253).

<sup>54</sup> Noch weiter sogar BayObLG Rpfleger 1982, 285 (286), wo insoweit sogar schon die schlichte Tatsache einer späteren Verfügung genügte; ablehnend jedoch BayObLGZ 19 A 143 (145); problematisch ist m.E. auch die Andeutung dieser Indizien im ursprünglichen, gemeinschaftlichen Testament.

<sup>55</sup> So BayObLG FamRZ 1993, 1126 (1128) und MittBayNot 1997, 179 (180).

<sup>56</sup> BayObLG FamRZ 1988, 879 (880).

<sup>57</sup> BayObLG FamRZ 1995, 251 (253).

<sup>58</sup> BayObLG FamRZ 1997, 1241.

<sup>59</sup> Mit besonderer Vorsicht ist deshalb auch einer „authentischen Interpretation“ zu begegnen, BayObLG DNotZ 1994, 791 (793/794).

<sup>60</sup> Gerade bei Gebrauch der Formerleichterung nach § 2267 BGB verfügt der nur mitunterzeichnende Ehegatte genau genommen etwas zeitlich versetzt.

<sup>61</sup> BayObLG DNotZ 1994, 791 (792).

<sup>62</sup> BayObLG FamRZ 2001, 1327 (1328).

<sup>63</sup> So BayObLG MittRhNotK 1999, 56 (58).

<sup>64</sup> BayObLG DNotZ 1994, 791 (792).

<sup>65</sup> BayObLG FamRZ 1993, 1126 (1128).

<sup>66</sup> So BayObLG MittRhNotK 1999, 56 (58); m.E. jedoch wegen der fehlenden Andeutung in der Urkunde selbst nicht unproblematisch.

einmal die Anwendung der Auslegungsregel in § 2270 II BGB zugelassen, wobei allerdings der Nachtrag nur zwei Tage nach Errichtung des Ausgangstestamentes erfolgte<sup>67</sup>. In einer späteren Entscheidung<sup>68</sup> hat er dem sodann aber zu Recht eine Absage erteilt<sup>69</sup>: Erst wenn der Wille zur nachträglichen Einschränkung feststehe, könne die Auslegungsregel zur Anwendung kommen. Da widersprechende Verfügungen nach § 2258 I BGB sowieso nicht nebeneinander Bestand haben könnten, helfe dabei auch die bloß sachliche Ergänzung selbstverständlich nicht weiter.

### c) Anhaltspunkte für oder gegen einen Bindungswillen:

Im Folgenden sollen nun die wichtigsten Indizien aufgelistet werden, die das BayObLG in den letzten zehn Jahren als nach der Lebenserfahrung für oder gegen die Annahme eines Bindungswillens hat sprechen lassen:

Als Anzeichen für einen Bindungswillen wurden etwa die Sicherstellung der Versorgung jüngerer Geschwister<sup>70</sup> oder die Belohnung jahrelang erbrachter Dienstleistungen gewertet<sup>71</sup>. Ebenso kann sich aus der Aufnahme einer sog. Wiederverheirathungsklausel, die ausdrücklich oder stillschweigend<sup>72</sup> bei einer neuen Heirat des überlebenden Ehegatten die Bindung an seine Verfügungen nachträglich entfallen lässt, im Umkehrschluss ergeben, dass *bis* zu einer eventuellen Wiederverheirathung gerade Unabänderlichkeit gewollt war<sup>73</sup>.

Genauso lässt die Bestimmung, dass der überlebende Ehegatte nur zu *Lebzeiten* frei verfügen darf, zumindest bei juristischen Laien ohne weiteres den Rückschluss zu, dass eine abweichende Verfügung *von Todes wegen* gerade nicht zulässig sein sollte<sup>74</sup>. Erst recht kann aus dem *Fehlen* einer Beschränkung der *lebzeitigen* Verfügungsfreiheit nicht auf einen fehlenden Bindungswillen geschlossen werden. Das BayObLG hat dies in der zugrunde liegenden Entscheidung zwar wesentlich mit dem Umstand begründet, dass die testierenden Ehegatten Geschäftsleute waren und deshalb aus ihrer unternehmerischen Tätigkeit häufig wirtschaftliche Dispositionen angezeigt sein könnten<sup>75</sup>. Das muss aber m. E. auch darüber hinaus gelten, denn schon bei dem weit stärker bindenden Erbvertrag stellt § 2286 BGB klar, dass das Verfügungsrecht zu Lebzeiten grundsätzlich nicht eingeschränkt wird. Vielmehr kommt dem m. E. allein für die Abgrenzung Einheits- oder Trennungslösung Bedeutung zu, da nur letztere eine gewisse Beschränkung zu Lebzeiten kennt. Andernfalls würde nämlich das Bestehen von Wechselbezüglichkeit zwingend die Anordnung von Vor- und Nacherbfolge voraussetzen.

Auch das jugendliche Alter der Ehegatten oder auch der Schlusserben kann nicht per se als Argument gegen einen

Bindungswillen dienen. Denn es bleibt den Ehegatten ja unbenommen, das Testament später gemeinsam etwa veränderten Verhältnissen anzupassen<sup>76</sup>. Vielmehr entspreche das Bedenken von minderjährigen Kindern als Schlusserben in der Regel einem besonderen Wunsch nach einer frühzeitigen Absicherung, zumal, wenn die Kinder zunächst aufgrund einer gegenseitigen Erbeinsetzung der Ehegatten von jeder Erbfolge ausgeschlossen seien<sup>77</sup>. Das gilt erst recht, wenn Stiefkinder bedacht werden, weil dann bei zunächst gegenseitiger Alleinerbeinsetzung und Vorversterben des leiblichen Eltern teils eine eigene Erbberechtigung beim zweiten Todesfall gerade fehlt<sup>78</sup>.

Besteht dagegen die Verwandtschaft nur zu dem Überlebenden<sup>79</sup> oder fehlen verwandtschaftliche Beziehungen völlig<sup>80</sup>, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass dem Überlebenden jederzeit das Recht zu einer Abänderung zustehen soll, insbesondere bei einer Verschlechterung der persönlichen Beziehungen zu dem Bedachten. Das Gleiche soll gelten, wenn die Ehegatten ihre Nachlässe von vornherein mit Bedacht unterschiedlich regeln<sup>81</sup>.

Bisher eher bedeckt hat sich der Senat dagegen bei der bloßen Zusammenfassung zu einer sprachlichen Einheit bzw. bei gleichlautenden Verfügungen gehalten<sup>82</sup>. Auch eine erhebliche Vermögensdiskrepanz gibt i. d. R. nur besonderen Anlass zur Prüfung, ob derjenige Ehegatte, der erheblich weniger zu erwarten hat, daran interessiert ist, seine eigene Verfügung von der des anderen abhängen zu lassen und sich damit binden will<sup>83</sup>, lässt Wechselbezüglichkeit aber nicht von vornherein und stets entfallen<sup>84</sup>. Gleiches gilt für eine stark differierende Lebenserwartung der Eheleute im Zeitpunkt der Testamentserrichtung<sup>85</sup>.

Ohne jede Aussagekraft ist schließlich die Verknüpfung der Verfügungen zu einem Berliner Testament gemäß § 2269 BGB<sup>86</sup>, der Grad der Verwandtschaft oder Schwägerschaft zu den Bedachten<sup>87</sup> oder auch das *Fehlen* einer Wiederverheirathungsklausel<sup>88</sup>.

<sup>76</sup> BayObLG FamRZ 1995, 251 (253).

<sup>77</sup> BayObLG MittBayNot 1992, 403 (405) und neuerdings Beschluss vom 28.9.2001 – 1 Z BR 6/01 –.

<sup>78</sup> BayObLG NJW-RR 1992, 1223 (1224).

<sup>79</sup> BayObLG FamRZ 1994, 1422 und DNotZ 1994, 791 (794).

<sup>80</sup> BayObLG FamRZ 1991, 1232 (1234).

<sup>81</sup> BayObLG NJWE-FER 2001, 213 (215), wo auch jeder Fehlgriff in der rechtlichen Bezeichnung allein deshalb ausgeschlossen wurde, weil die Erblasserin den Umfang der Vorerbschaft durch ihren Mann näher dahin bestimmt hätte, dass sie unbeschränkt sein soll. Das ist m. E. zu weitgehend, weil schon das Gesetz insoweit einen anderen Terminus, nämlich den Begriff der „Befreiung“ verwendet und die Fülle der Entscheidungen zu § 2269 BGB zeigt, dass unter der Bevölkerung „Vor- und Nacherbschaft“ häufig mit „Voll- und Schlusserbschaft“ gleichgesetzt wird.

<sup>82</sup> BayObLG MittBayNot 1996, 216 und FamRZ 1995, 1447 (1448) allerdings unter zusätzlicher Bezugnahme auf § 2270 II BGB. Vgl. jedoch neuerdings BayObLG NJWE-FER 2001, 213 (214).

<sup>83</sup> Vgl. bspw. BayObLG FamRZ 1995, 251 (253) für und FamRZ 1993, 1370 (1371) gegen eine Wechselbezüglichkeit.

<sup>84</sup> BayObLG DNotZ 1994, 791 (793) und in FamRZ 1988, 879 (880).

<sup>85</sup> BayObLG FamRZ 1997, 1241.

<sup>86</sup> BayObLG MittRhNotK 1999, 56 (58), std. Rspr. vgl. auch BayObLG FamRZ 1985, 1287 (1289).

<sup>87</sup> BayObLG NJWE-FER 2001, 213 (214) und NJW-RR 1992, 1223 (1224).

<sup>88</sup> BayObLG FamRZ 1996, 251 (253).

<sup>67</sup> BayObLG DNotZ 1994, 791 (794).

<sup>68</sup> So BayObLG MittRhNotK 1999, 56 (58).

<sup>69</sup> So schon DNotI-Report 1998, 133 (134).

<sup>70</sup> BayObLG DNotZ 1994, 791 (793/794).

<sup>71</sup> BayObLG FamRZ 2001, 1327 (1328) spricht insoweit von materiellem Dank für empfangene Wohltaten.

<sup>72</sup> Etwa, wenn mit Wiederverheirathung die ursprüngliche Zuwendung an den überlebenden Ehegatten beschränkt wird oder ganz wegfallen soll. Ablehnend gegenüber einer solchen Auslegung *Jünemann ZEV* 2000, 81 (85) mit Blick auf das regelmäßig gemeinschaftlich kundgetane Sicherungsinteresse zugunsten der Abkömmlinge.

<sup>73</sup> So BayObLG im Vorlagebeschluss vom 28.9.2001 – 1 Z BR 6/01 –.

<sup>74</sup> BayObLG FamRZ 1994, 1422.

<sup>75</sup> BayObLG MittBayNot 1992, 403 (405).

#### 4. Die Auslegungsregel in § 2270 II BGB

Erst wenn selbst mit diesen Indizien kein eindeutiges Ergebnis erzielt werden kann, also weder Abhängigkeit noch Unabhängigkeit feststeht<sup>89</sup>, und deshalb auf andere Weise zu lösende Zweifel verbleiben<sup>90</sup>, kommt als weiterer Schritt ein Rückgriff auf die Auslegungsregelung in § 2270 II BGB in Betracht<sup>91</sup>. Ihre innere Rechtfertigung beruht darauf, dass, wenn Ehegatten ihre jeweiligen Verfügungen in der dort genannten Weise in ein Verhältnis von Leistung- und Gegenleistung setzen, es regelmäßig ihrem Interesse entspricht, auch ohne explizite Anordnung von einem entsprechenden Bindungswillen auszugehen<sup>92</sup>.

##### a) „Nahestehende“ Person

Probleme ergaben sich insoweit bislang meist nur bei der Qualifizierung des Begriffes „nahestehende Person“: Um die Vermutung nicht zur gesetzlichen Regel werden zu lassen<sup>93</sup>, ist ein relativ strenger Maßstab anzulegen. Danach ist stets eine „enge persönliche und innere Bindung“ erforderlich, die mindestens dem *üblichen*<sup>94</sup> Verhältnis zu nahen Verwandten entsprechen muss. Bejaht hat das BayObLG dies in letzter Zeit bei langjährigen Angestellten<sup>95</sup>, abgelehnt dagegen, wenn nur gutes Einvernehmen besteht<sup>96</sup>, etwa ausgedrückt durch Briefe und Kartengrüße<sup>97</sup> oder bei gut nachbarlicher Beziehung<sup>98</sup>, weil sowieso nur solche Personen testamentarisch bedacht werden würden, zu denen ein spannungsfreies und ungetrübtes Verhältnis bestehe<sup>99</sup>. Auch eine gleichzeitige Ernennung als Testamentsvollstrecker kann hieran nichts ändern, vor allem, wenn insoweit die berufliche Qualifikation im Vordergrund steht<sup>100</sup>. Offengelassen wurde es schließlich bei der Einsetzung einer gemeinnützigen oder karitativen Or-

ganisation<sup>101</sup> sowie einer Person, die mit dem Vorverstorbenen nur verschwägert war<sup>102</sup>.

##### b) Kumulation von Auslegungsregeln

In seiner jüngsten Entscheidung zum Thema Wechselbezüglichkeit hat sich das BayObLG schließlich mit der Frage befasst, ob die Vermutung von § 2270 II BGB auch dann greifen kann, wenn die dort angesprochenen Verfügungen nicht ausdrücklich dem Testament zu entnehmen sind, sondern erst auf weitere Auslegungsregelungen zurückgegriffen werden muss<sup>103</sup>. In dem zugrunde liegenden Fall fehlte es insoweit an einer Ersatzerbenbestimmung und da auch die individuelle Auslegung nichts hergab, kam nur ein Rückgriff auf § 2069 BGB in Betracht. Bei einer solchen Kumulation von Auslegungsregelungen tendiert der Senat in Abkehr von einer früheren Entscheidung<sup>104</sup> nun dazu, dass die vorgenannte gemutmaßte Interessenlage der Ehegatten überspannt werde. Weder hindere § 2069 BGB für sich genommen den überlebenden Ehegatten abweichend zu testieren, noch könne hier von einer „getroffenen“ Verfügung gesprochen werden, die vom Wortlaut des § 2270 II BGB aber tatbestandsmäßig vorausgesetzt wird.

##### c) Gesamtwürdigung aller Umstände – Entscheidung nach materieller Beweislastverteilung

Liegt hiernach auch eine der von § 2270 II BGB erfassten Varianten nicht vor, kann nicht im Wege eines Umkehrschlusses auf das Fehlen von Wechselbezüglichkeit geschlossen werden<sup>105</sup>. Denn es handelt sich insoweit nur um eine *positive* Typisierung<sup>106</sup>. Vielmehr muss dann nach freiem richterlichen Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles entschieden werden<sup>107</sup>. Und nur dann und erst, wenn auch mit Hilfe der Auslegungsregel kein eindeutiges Ergebnis gefunden werden kann, kommt es u.U. auf die materielle Beweislastverteilung an<sup>108</sup>. Diese trägt grundsätzlich jeder Beteiligte für die ihn begünstigenden Tatsachen. Bedeutung erlangt das besonders, wenn es um das Eingreifen der eben erörterten 3. Variante von Abs. 2 geht: Dann muss nämlich derjenige, der die Auslegungsregel zu seinen Gunsten angewendet wissen will, für die Darlegung des Näheverhältnisses einstehen<sup>109</sup>.

<sup>89</sup> Palandt/Edenhofer § 2270 Rdnr. 7.

<sup>90</sup> BayObLG FamRZ 1993, 736 (738).

<sup>91</sup> Den Vorrang individueller Auslegung vor der Regel in Abs. 2 kritisiert Mayer (in Dittmann/Reimann/Bengel § 2270 Rdnr. 77) mit Blick auf das Grundbuchrecht. Das stellt jedoch erstens keine Besonderheit von § 2270 II BGB dar, sondern betrifft vielmehr alle Auslegungsregeln. Außerdem liegt es nicht fern, „im Zweifel“ als Teil des Tatbestandes zu begreifen, was vor Anwendung der Rechtsfolge eben positiv festgestellt werden muss. Und schließlich kann dies im Grundbuchverfahren nur für notariell beurkundete Verfügungen Bedeutung erlangen, die jedoch m. E. zumindest zum Ziel haben sollten, einer Auslegungsregel nicht zu bedürfen.

<sup>92</sup> BayObLG MittRhNotK 1999, 56 (58) und erneut Beschluss vom 28.9.2001 – 1 Z BR 6/01 –. Deshalb kann man auch in der Auslegungsregel einen Ansatz für einen im Wege des *do ut des* wirklichen Interessenausgleich sehen.

<sup>93</sup> Dittmann/Reimann/Bengel (Mayer) § 2270 Rdnr. 62 verweisen darüber hinaus auf den Normzweck von Abs. 2, wonach Ehegatten nur unter bestimmten Umständen an ihre Verfügungen gebunden sein sollen.

<sup>94</sup> Die Betonung liegt auf „üblich“, weil m. E. leider gerade der berufliche Alltag des Notars zeigt, dass Verwandte sich keinesfalls zwangsläufig gut verstehen müssen.

<sup>95</sup> Hierzu BayObLG DNotZ 1994, 791 (793). Daneben kommen in Betracht: Adoptiv-, Stief- und Pflegekinder, enge Freunde und bewährte Hausgenossen, vgl. dazu Palandt/Edenhofer § 2270 Rdnrn. 9 und 10.

<sup>96</sup> BayObLG NJWE-FER 2001, 213 (215).

<sup>97</sup> BayObLG FamRZ 1986, 392 (394), BayObLG FamRZ 1985, 1287 (1289).

<sup>98</sup> BayObLG FamRZ 1991, 1232 (1234).

<sup>99</sup> BayObLGZ 82, 474 (479).

<sup>100</sup> BayObLG FamRZ 1991, 1232 (1234).

<sup>101</sup> BayObLG FamRZ 1986, 604 (606).

<sup>102</sup> BayObLG DNotZ 1994, 791 (793). Es handelte sich um die Schwester der überlebenden Ehefrau. Die Schwägerschaft stellt in diesem Zusammenhang einen Sonderfall dar: Einerseits kann nicht allein daraus, dass § 2270 II 2. Alt. BGB nur Verwandte aufführt, geschlossen werden, die Einsetzung verschwägerter Personen sei stets und in jedem Fall jederzeit einseitig widerruflich. Andererseits laufen aber auch in anderen Bereichen Verwandtschaft und Schwägerschaft nicht parallel. Und schließlich darf natürlich nicht durch die stete Annahme eines Näheverhältnisses der Grundsatz unterlaufen werden, dass Verfügungen zugunsten eigener Verwandten, die mit dem anderen Ehegatten nur verschwägert sind, i. d. R. gerade nicht bindend sein sollen.

<sup>103</sup> Vorlagebeschluss des BayObLG vom 28.9.2001 – 1 Z BR 6/01 –.

<sup>104</sup> BayObLG FamRZ 1995, 251 (254).

<sup>105</sup> Indirekt BayObLG MittBayNot 1996, 216 (217).

<sup>106</sup> Pfeiffer FamRZ 1993, 1266 (1272).

<sup>107</sup> BayObLG MittBayNot 1996, 216 (217); FamRZ 1985, 1287 (1289).

<sup>108</sup> BayObLG NJW-RR 1992, 1223 (1224).

<sup>109</sup> Dazu BayObLG FamRZ 1997, 1241 (1242).

## 5. Nachträgliches Entfallen/Fehlen einer Bindungswirkung

Bei der Frage, ob und inwieweit die wechselbezügliche Bindung in einem gemeinschaftlichen Testament nachträglich entfallen ist, muss man sich zunächst vor Augen halten, dass die Verfügungen trotz aller Wechselbezüglichkeit in einem *Testament* und nicht etwa in einem Vertrag enthalten sind. Lediglich die Rechtssicherheit und die Bestandsabhängigkeit nach § 2270 I BGB gebieten einige Besonderheiten. Dem trägt das Gesetz in § 2271 BGB dahingehend Rechnung, dass, solange beide noch leben, grundsätzlich keine Bindung besteht und nur der *heimliche* Widerruf verboten ist (Abs. 1), damit der andere Ehegatte entsprechend reagieren kann, wohingegen nach dem Ableben eines Ehepartners die Bestandsabhängigkeit seiner Verfügungen von denen des Überlebenden den Fortbestand letzterer gebietet (Abs. 2). Zu den in diesem Zusammenhang kontrovers diskutierten Problemfeldern soll im Folgenden jedoch nur mehr auf die vereinzelt Stellungnahmen des BayObLG in den vergangenen Jahren eingegangen werden, zumal etwa Abänderungsvorbehalt und Anfechtung durch den überlebenden Ehegatten weniger dem gemeinschaftlichen Testament zuzuordnen als vielmehr weitestgehend dem Thema „Erbvertrag“ entlehnt sind.

### a) Scheidung

In der Entscheidung vom 8.6.1993 musste sich der Senat mit der Frage der Fortgeltung wechselbezüglicher Verfügungen trotz Eheauflösung auseinandersetzen<sup>110</sup>. Danach spreche zwar im Allgemeinen die Wechselbezüglichkeit gegen die Annahme, dass die Ehegatten derartige Verfügungen auch im Fall des Scheiterns ihrer Ehe aufrechterhalten wollten. Aus der Person der wechselbezüglich Bedachten könne sich jedoch etwas anderes ergeben, insbesondere, wenn es sich um gemeinsame Kinder handele. Hinzu kam m. E., dass hier einer der seltenen Fälle vorgelegen hatte, in denen ausnahmsweise schon die jeweils sofortige Erbeinsetzung Dritter wechselbezüglich sein soll, nämlich, weil es den Eheleuten auf eine bestimmte Nachlassverteilung unter mehreren gemeinsamen Kindern ankam. Gleichwohl bedeutet das für den Notar, dass er künftig auch bei geschiedenen Ehegatten nach gemeinschaftlichen Testamenten mit dem früheren Partner wird fragen müssen, um ggf. einen entsprechenden Widerruf gemäß §§ 2271 I 1, 2296 II 1 BGB anzuregen.

### b) Widerruf

Wollen beide Ehegatten übereinstimmend ihr gemeinschaftliches Testament widerrufen, können sie das natürlich jederzeit nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 2253 ff. BGB in der Form eines neuen gemeinschaftlichen Testamentes tun. Weil hierbei jedoch *beide* Ehegatten erneut verfügen, müssen sie auch beide weiterhin testierfähig sein<sup>111</sup> und beide einen entsprechenden Willen zum Widerruf haben. Insbesondere wenn ein Ehegatte allein den Widerruf nach § 2255 S. 1 BGB durch Veränderung oder Zerstörung der Urkunde vornimmt, braucht er hierzu das vorherige Einverständnis seines Ehepartners<sup>112</sup>. Soweit eine nachträgliche Verfügung das Ausgangstestament nur wiederholt, dabei aber auf einzelne Passagen verzichtet, kann darin ein Widerspruch zu der früheren Verfügung und damit ein Widerruf nach § 2258 I BGB nur dann angenom-

men werden, wenn die spätere Verfügung als abschließende Regelung angesehen werden muss, wobei wieder der Wille und das Interesse beider Ehegatten entscheidend ist<sup>113</sup>.

Einen Fall von einseitigem Teilwiderruf stellt nach Ansicht des BayObLG die nachträgliche Zurücksetzung des Bedachten durch Beschränkungen und Beschwerungen dar, wie etwa die nachträgliche Anordnung von Testamentvollstreckung<sup>114</sup>. Obwohl sich eine solche Anordnung oftmals nur als Ergänzung und nicht direkt begrifflich als Widerspruch i.S.d. § 2258 BGB darstellt, wird sie vom Schutzzweck des § 2271 BGB erfasst und setzt demnach einen förmlichen Widerruf voraus.

### c) Ausschlagung

Nach dem Vorversterben des einen Ehegatten hat der Überlebende u.a. mit der Ausschlagung des ihm Zugewendeten die Möglichkeit, seine Testierfreiheit wieder zu erlangen. Offen gelassen hat der Senat hierbei leider bislang, ob hierzu eine Ausschlagung des *testamentarisch* „Zugewendeten“ ausreicht oder aber über den Wortlaut von § 2271 II 1, 2. HS BGB hinaus und entgegen § 1948 I BGB auch auf die stattdessen eintretende gesetzliche Erbfolge verzichtet werden muss<sup>115</sup>.

### d) Änderungsvorbehalt

Der aus § 2271 I u. II BGB resultierenden eingeschränkten Widerruflichkeit bzw. Bindungswirkung kann nach Ansicht des BayObLG grundsätzlich mittels eines Änderungsvorbehaltes entgegengewirkt werden<sup>116</sup>. Er könne sogar beinhalten, nicht nur die *eigenen* Verfügungen aufzuheben oder zu ändern, sondern auch die des *anderen*, etwa, wenn sich die Ehegatten jeweils nur zu Vorerben eingesetzt haben, zugleich die Nacherbenbestimmung des vorverstorbenen Ehegatten nachträglich zu modifizieren. Um insoweit nicht in Konflikt mit § 2065 BGB zu geraten, sei hierbei regelmäßig von einer dadurch auflösend bedingten Vor- und Nacherbschaft auszugehen, dass der Überlebende anders von Todes wegen verfügt<sup>117</sup>. Umgekehrt kann die ausdrückliche Anordnung einer Änderungsermächtigung Rückschlüsse auf einen Bindungswillen zulassen: Bspw. wurde der Klausel, dass bestimmte Personen „ohne Rücksicht auf ein bestehendes Erbrecht vorab abgefunden werden“, entnommen, dass die Erbeinsetzung im Übrigen bindend erfolgte<sup>118</sup>.

Im Übrigen ist der Senat jedoch eher zurückhaltend bei der Auslegung und insbesondere auch bei der Annahme stillschweigender Änderungsermächtigungen. So wurde bspw. abgelehnt, aus der Überflüssigkeit einer Klausel, dass „Änderungen den *Eltern* vorbehalten bleiben“, zwangsläufig auf ein *einseitiges* Änderungsrecht zu schließen – insbesondere bei juristischen Laien<sup>119</sup>. Und selbst in einem notariell beurkun-

<sup>113</sup>BayObLG 1997, 1244 (1245).

<sup>114</sup>BayObLG FamRZ 1991, 111 (113).

<sup>115</sup>BayObLG FamRZ 1991, 1232 (1233).

<sup>116</sup>Bspw. BayObLG MittBayNot 1991, 262 (264). Vgl. dazu auch BayObLG MittBayNot 1989, 322, wo für einen Erbvertrag ein beschränkter Rücktrittsvorbehalt dahingehend angedacht wurde, dass es den Ehegatten zwar zu Lebzeiten auf das Offenheitsprinzip ankommt, nach dem Ableben eines von ihnen aber eine Abänderbarkeit uneingeschränkt zulässig sein soll.

<sup>117</sup>Um insoweit nicht in Konflikt mit § 2065 BGB zu geraten, sei hierbei regelmäßig von einer dadurch auflösend bedingten Vor- und Nacherbschaft auszugehen, dass der Überlebende anders von Todes wegen verfügt. BayObLG MittBayNot 1991, 262 (264).

<sup>118</sup>BayObLG FamRZ 1997, 251 (253).

<sup>119</sup>BayObLG NJW-RR 1989, 587 (588).

<sup>110</sup>BayObLG FamRZ 1994, 193 (195).

<sup>111</sup>BayObLG MittBayNot 1996, 42 (44).

<sup>112</sup>BayObLG 1997, 1244 (1245).

deten Testament, in dem sich die Ehegatten wechselseitig zu Vorerben und jeweils ausschließlich *eigene* Verwandte als Nacherben eingesetzt hatten, maß er einer Klausel, nach der „der Überlebende berechtigt bleiben sollte, vorstehende Nacherebeneinsetzung jederzeit abzuändern oder aufzuheben“ gerade nicht die vorstehend als möglich angedeutete weitreichende Bedeutung zu. Vielmehr sei jeder Ehegatte dadurch nur zur Abänderung seiner eigenen Verfügungen befugt<sup>120</sup>. Dabei wird jedoch m. E. übersehen, dass erstens mit dem Vorversterben des anderen Ehegatten die eigene Nacherbenregelung abgesehen von der Ersatzregelung in § 2102 BGB gegenstandslos geworden ist und zweitens das Bedenken eigener Verwandten von vornherein gegen eine Bindung und damit gegen die Notwendigkeit eines Änderungsvorbehaltes spricht.

Das offenbart m. E. plastisch die Tragweite und Schwierigkeit der Anordnung von Änderungsvorbehalten, zumal auch die Frage, ob bzw. wie sich die Ausnutzung eines Änderungsvorbehaltes auf die zu der geänderten Verfügung in wechselbezüglichem Verhältnis stehenden Bestimmungen auswirkt, heillos umstritten sind<sup>121</sup>. Eine klärende Entscheidung steht insoweit noch aus. M. E. tendiert die Rspr. jedoch dahin, dass dann, wenn eine Bestandsabhängigkeit gemäß § 2270 BGB gerade nicht gewollt ist, schlicht die Wechselbezüglichkeit abzulehnen und damit ein Änderungsvorbehalt überflüssig ist<sup>122</sup>. So wird zwar in der Lit. eine ältere Entscheidung des BayObLG<sup>123</sup> dahin interpretiert, dass u. U. aus der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine stillschweigende beschränkte Änderungsbefugnis des überlebenden Ehepartners hinsichtlich der Schlusserbeinsetzung geschlossen werden könne, wenn sich die bei der Testamentserrichtung vorhandenen Verhältnisse wesentlich verschlechtert hätten. Der Senat verneinte insoweit jedoch schlicht das Bestehen einer wechselbezüglichen Bindung, da die Schlusserbin ausschließlich mit der überlebenden Ehefrau verwandt war und in diesen Fällen eine Wechselbezüglichkeit die Ausnahme bildet. Das wird letztlich bestätigt durch die Entscheidung vom 12.8.1994, wo ausdrücklich die Verschlechterung der Verhältnisse zum Schlusserben nach Ableben eines Elternteil als unerheblich angesehen wurde<sup>124</sup>.

#### e) Anfechtung

Will der Längerlebende nach dem Ableben seines Ehegatten aufgrund einer von ihm neu eingegangenen Ehe seinem neuen Ehepartner etwas zuwenden, kann ihm hierbei die Anfechtung analog den Vorschriften aus dem Titel über den Erbvertrag helfen. Eine Hürde ergibt sich insoweit stets aus der einjährigen Anfechtungsfrist nach § 2283 BGB, die über § 2285 BGB auch für die Anfechtung Dritter Bedeutung erlangt<sup>125</sup>. Als frühester Zeitpunkt kommt hierfür nach §§ 2281 I 2. HS,

2079 BGB die Wiederverheiratung in Betracht<sup>126</sup>. Der Lauf der Anfechtungsfrist setzt jedoch darüber hinaus auch die Kenntnis über das Bestehen früherer Verfügungen, respektive eines gemeinschaftliches Testamentes mit dem Vorverstorbenen, voraus. Sie fehlt dann, wenn das Testament soweit aus der Erinnerung des Erblassers entschwunden ist, dass es selbst bei Befassung mit Fragen der Nachlassregelung nicht in dessen Bewusstsein zurückgerufen worden ist<sup>127</sup>. Demgegenüber ist ein Rechtsirrtum über die Bindungswirkung sowie über die Möglichkeit und Erforderlichkeit der Anfechtung für den Fristablauf regelmäßig unbeachtlich<sup>128</sup>.

Nicht übersehen werden darf weiter, dass durch die formgerechte Anfechtung nicht nur die eigene letztwillige Verfügung rückwirkend unwirksam wird (§ 142 I BGB), sondern über § 2270 I BGB vielmehr auch zur Unwirksamkeit der abhängigen Verfügungen des vorverstorbenen Ehepartners führt<sup>129</sup> – eine nicht zu vernachlässigende Folge, auf die der Notar bei Beurkundung der Anfechtungserklärung gemäß § 2282 III BGB regelmäßig gesondert hinweisen wird.

In notariellen Verfügungen wird dem Problem einer Anfechtung wegen übergangener Pflichtteilsberechtigter regelmäßig mit dem Ausschluss des Anfechtungsrechtes begegnet. In diesem Zusammenhang muss die Aufmerksamkeit jedoch noch auf die Entscheidung vom 9.6.2000<sup>130</sup> gelenkt werden: Da das Anfechtungsrecht ja immer erst dann erforderlich wird, wenn ein einseitiger Widerruf ausgeschlossen ist, hatte das BayObLG aus einem solchen Anfechtungsausschluss auf einen entsprechenden Bindungswillen der Ehegatten geschlossen. Der Fall war zwar durch die weitere Besonderheit gekennzeichnet, dass dem überlebenden Ehegatten zudem ein Testiervorbehalt eingeräumt worden war, falls die Schlusserbin nach dem Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangen würde<sup>131</sup>. Gleichwohl sollte m. E. unter diesem Blickwinkel jedenfalls eine „Rundumschlagsklausel“ eher mit Vorsicht genossen werden.

#### f) Gegenstandslosigkeit

Eine gewisse Sonderstellung nimmt schließlich die Gegenstandslosigkeit einer Verfügung ein, etwa durch den Wegfall einer hinzugefügten aufschiebenden<sup>132</sup> oder den Eintritt einer auflösenden Bedingung, durch den vorzeitigen Tod des Bedachten (§ 1923 BGB)<sup>133</sup> oder dessen Erbnunwürdigkeit<sup>134</sup>. Die Gegenstandslosigkeit wird grundsätzlich weder von § 2271 I oder II BGB erfasst, noch löst sie die Folgen des § 2270 I BGB aus. Allerdings lässt sie die Testierfreiheit nur in dem Umfang wieder aufleben, als keine Ersatzregelung besteht. So erstreckt sich nämlich bspw. der Zuwendungsver-

<sup>120</sup>BayObLG MittBayNot 1991, 262 (264).

<sup>121</sup>Nieder ZErB 2001, 120 (122).

<sup>122</sup>So andeutungsweise in BayObLG FamRZ 1993, 736 (738). Darauf, dass in § 2270 I BGB allein der Tatbestand, also der Willen zur Wechselbezüglichkeit, nicht aber deren Rechtsfolge (= Bestandsabhängigkeit) modifiziert werden kann, deutet m. E. auch das Fehlen einer § 2298 III BGB entsprechenden Regelung hin. A. A. wohl Nieder ZErB 2001, 120 (121), wonach es den Ehegatten freistünde, die Wirkungen, die das Gesetz an die Wechselbezüglichkeit knüpft, auszuschließen oder zu beschränken.

<sup>123</sup>FamRZ 1985, 1287 (1289).

<sup>124</sup>BayObLG FamRZ 1995, 251 (253).

<sup>125</sup>BayObLG NJW-RR 1992, 1223 (1224).

<sup>126</sup>BayObLG MittBayNot 1995, 145 (146).

<sup>127</sup>BayObLG MittBayNot 1995, 145 (146).

<sup>128</sup>BayObLG MittBayNot 1995, 145 (147).

<sup>129</sup>BayObLG MittBayNot 2000, 119/120.

<sup>130</sup>BayObLG MittBayNot 2000, 446 (447).

<sup>131</sup>Allgemein dazu, dass sich bei der Auslegung von sog. Pflichtteilsstrafklauseln ergeben kann, dass die Schlusserbenstellung des den Pflichtteil verlangenden Abkömmlings nicht automatisch wegfällt, sondern nur der überlebende Ehegatten insoweit von der Bindung an seine Schlusserbenbestimmung frei wird, vgl. BayObLG FamRZ 1999 1388 (1390).

<sup>132</sup>BayObLGZ – 19 A 143 – (145/146): Vermächtnis der vorverstorbenen Ehefrau nur für den Fall ihres Überlebens.

<sup>133</sup>Vgl. dazu den Vorlagebeschluss des BayObLG vom 28.9.2001 – 1 Z BR 6/01 –.

<sup>134</sup>BayObLGZ 32, 411 (420).

zucht des Dritten nach § 2352 S. 2 BGB<sup>135</sup> mangels Verweisung auf § 2349 BGB nicht auf dessen Abkömmlinge. Und auch die Ausschlagung durch den bedachten Dritten ist m. E. weniger ein Problem von § 2271 II 1 2. HS. BGB, sondern von der Ersatzberufung nach § 1953 II BGB.

Wenn es insoweit an einer ausdrücklichen Bestimmung fehlt, sie vielmehr erst durch ergänzende Auslegung gewonnen werden muss, kann das zwar in einer notariellen Verfügung darauf hindeuten, dass der Überlebende bei Vorversterben der Schlusserben in der ersatzweisen Bestimmung freie Hand haben soll<sup>136</sup>. Waren allerdings die Schlusserben bei Errichtung des Testamentes noch sehr jung, ist es wahrscheinlicher, dass die Notwendigkeit einer Ersatzbestimmung schlicht übersehen wurde. Vielmehr kann dann der Wunsch zur Erhaltung des Nachlasses im Familienverbund, insbesondere bei größeren Vermögensmassen<sup>137</sup>, dafür sprechen, dass anstelle der vorverstorbenen Kinder die nachfolgenden Abkömmlinge bindend als Ersatzerben zum Zuge kommen sollen. Hierbei darf jedoch die Frage, ob Ersatzerben überhaupt in Betracht zu ziehen sind, nicht damit vermengt werden, ob diese Ersatzregelung tatsächlich hinsichtlich aller Ersatzpersonen wechselbezüglich sein soll<sup>138</sup>. Wenn nämlich bei Errichtung des Testamentes an eine Ersatzerbenbestimmung gerade nicht gedacht worden ist, wird zumindest die Auswahl bzw. Aufteilung unter jenen regelmäßig nicht von einer Bindung erfasst sein<sup>139</sup>. Besondere Vorsicht ist schließlich nach der o. g. jüngsten Entscheidung angezeigt, wenn die Ersatzerbenregelung nicht individuell, sondern nur mit Hilfe einer Auslegungsregelung ermittelt werden kann und zugleich mit der Vermutung von § 2270 II BGB zusammenrifft<sup>140</sup>.

## D. Schluss

### I. Beurkundung nachträglicher einseitiger Verfügungen

Nach alledem kann sich bereits die Frage, ob ein beachtliches früheres gemeinsames Testament vorliegt, aber auch die Entscheidung für oder gegen eine Bindungswirkung, gerade für den nachträglich zur Beurkundung aufgerufenen Notar, als Gradwanderung darstellen. Da eine neue Verfügung von Todes wegen nicht von vornherein nichtig ist, sondern nur solange und soweit sie das Recht des wechselbezüglich Bedachten beeinträchtigt<sup>141</sup>, wird er einerseits im Zweifel selbst dann beurkunden, wenn das Bestehen einer Bindungswirkung möglich erscheint. Auf der anderen Seite darf er nicht die erwähnten, mit einer nachträglichen Verfügung u. U. verbundenen Rückschlüsse auf den ursprünglichen Bindungswillen aus den Augen verlieren. Auch das Risiko, dass bloß wiederholende oder bestätigende Verfügungen als einseitige Aufhebung der Bindung des anderen Ehegatten (miss-)verstanden werden können, muss er sich stets vergegenwärtigen. Darüber hinaus muss er abwägen, ob er eventuell versuchen möchte,

mit einer eigenen Interpretation über die Bindungswirkung eine künftige richterliche Entscheidung zu beeinflussen. Und schließlich muss er den Erblasser auch auf eine etwaige Unwirksamkeit seiner jetzigen Verfügung im Hinblick auf das frühere Testament hinweisen. Um insoweit im Interesse der Beteiligten nicht unnötig schlafende Hunde zu wecken, sollte er m. E. bei der Aufnahme eines entsprechenden Vermerkes in die notarielle Urkunde selbst Vorsicht walten lassen und vielleicht den Aktenvermerk vorziehen.

## II. Konsequenzen für die Beurkundung eines gemeinschaftlichen Testamentes

Um Streitpotential bereits von vornherein zu reduzieren, sollten die aus der Rspr. gewonnenen Erkenntnisse möglichst auch in das erstmalige Erstellen gerade eines notariellen gemeinschaftlichen Testamentes einfließen. Eine Pauschalformulierung etwa dahingehend, dass „alle in diesem Testament getroffenen Verfügungen (...) wechselbezüglich (sind), soweit gesetzlich zulässig“<sup>142</sup> wird im Regelfall zu undifferenziert sein, mag sie auch die Einschränkungen in § 2270 III BGB berücksichtigen. Vielmehr sind m. E. insbesondere drei Punkte zum Ausdruck zu bringen, nämlich:

- die Folgen, die das Gesetz mit der Wechselbezüglichkeit verknüpft, nämlich Bestandsabhängigkeit, Offenheitsprinzip und Bindungswirkung,
- die Richtung, in welche ein Abhängigkeitsverhältnis bestehen soll,
- die Reichweite, um die oben angedeuteten ungeklärten Auswirkungen von ausgeübten Änderungsvorbehalten zu vermeiden.

Um beispielhaft alle diese drei Aspekte in eine Formulierung einfließen zu lassen, wird dem folgenden Formulierungsvorschlag ein Testament mit gegenseitiger Erbeinsetzung der Ehegatten und Schlusserbeinsetzung der gemeinschaftlichen Kinder in der Weise zugrundegelegt, dass im Kreise jener noch nachträglich eine veränderte Aufteilung möglich sein soll.

Musterformulierung:

### „Wechselbezüglichkeit

Nach Belehrungen des Notars über die Bedeutung wechselbezüglicher Verfügungen und über die besondere Form ihres Widerrufs erklären wir, dass lediglich die gegenseitigen Erbeinsetzungen unter Ziff. XY untereinander in ihrem Bestand abhängig und nur beschränkt widerrufbar sein sollen. Ebenso sollen diese wechselseitigen Erbeinsetzungen in Ziff. XY jeweils von der Schlusserbeinsetzung der gemeinsamen Kinder in Ziff. YZ abhängig sein, nicht jedoch umgekehrt<sup>143</sup>. Diese Abhängigkeit gilt jedoch nur insoweit, als mögliche Schlusserben nur gemeinschaftliche Abkömmlinge von uns sein können. Alle anderen Verfügungen, insbesondere auch die Aufteilung unter den eingesetzten Schlusserben, gelten unabhängig<sup>144</sup>, sind jederzeit einseitig widerrufbar und bleiben auch bei Widerruf oder Nichtigkeit anderer Verfügungen in diesem Testament bestehen<sup>145</sup>.”

<sup>142</sup>Vgl. dazu *Nieder*, Handbuch, Rdnr. 724.

<sup>143</sup>Weitere Formulierungsvorschläge zur einseitigen Wechselbezüglichkeit bei *Nieder*, Handbuch, Rdnr. 739.

<sup>144</sup>Nicht einseitig, da die Unterscheidung „einseitig–gegenseitig“ nur der Erbvertrag kennt!

<sup>145</sup>Die Länge der Formulierung verdeutlicht einmal mehr die mit der Wechselbezüglichkeit verbundenen Schwierigkeiten – m. E. ein wichtiger Aspekt, der erneut die Diskussion „Erbvertrag oder Gemeinschaftliches Testament“ entfachen könnte.

<sup>135</sup>BayObLG MittBayNot 2000, 446 (447).

<sup>136</sup>BayObLG FamRZ 1999, 1388 (1390).

<sup>137</sup>Ablehnend dagegen BayObLG FamRZ 1999, 1388 (1390) bei nur DM 30.000.

<sup>138</sup>BayObLG FamRZ 1998, 388.

<sup>139</sup>BayObLG FamRZ 1998, 388. Das Gericht hat hier zusätzlich herangezogen, dass trotz der Sorge um den Erhalt des Familienbesitzes von der Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft abgesehen wurde. M. E. geht diese Argumentation zu weit, da dem Sachverhalt nichts über die juristischen Kenntnisse der Eheleute zu entnehmen ist.

<sup>140</sup>Vorlagebeschluss des BayObLG vom 28.9.2001 – 1 Z BR 6/01 –.

<sup>141</sup>BayObLG MittBayNot 2000, 446 (447).

## Bauträgervertrag und Bauabzugsbesteuerung

Von Notar *Dr. Gregor Basty*, Weilheim i. Obb.

Ab 1.1.2002 trifft den Erwerber vom Bauträger unter bestimmten Voraussetzungen die Verpflichtung, von den ab diesem Zeitpunkt zu bezahlenden Kaufpreistraten 15 % einzubehalten, dies dem Finanzamt anzumelden und den betreffenden Betrag an das Finanzamt abzuführen (Bauabzugsbesteuerung nach §§ 48 ff EStG n.F.). Der Beitrag erläutert die neuen Regelungen, ihre Anwendbarkeit auf notarielle Bauträgerverträge, die Auswirkungen der Bauabzugsbesteuerung auf die notarielle Praxis und gibt Hinweise zur Vertragsgestaltung im Bauträgerrecht.

Nach §§ 48 ff. EStG<sup>1</sup> trifft den Empfänger von Bauleistungen, sofern er Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes ist, ab dem 1.1.2002 eine Verpflichtung zum Steuerabzug. Er hat grundsätzlich 15 % des zu zahlenden Betrags einzubehalten, dies dem Finanzamt anzumelden und den betreffenden Betrag an das Finanzamt abzuführen. Der einbehaltene und angemeldete Betrag wird auf Lohnsteuer sowie auf Einkommen- oder Körperschaftsteuer des Bauunternehmens angerechnet. Das Verfahren soll sicherstellen, dass die Ertragssteuer- und Lohnsteuerpflichten des die Bauleistung erbringenden Unternehmens erfüllt werden. Bei Nichteinhaltung der entsprechenden Pflichten trifft den Verpflichteten nach § 48 a Abs. 3 EStG die *Haftung* für einen nicht oder zu niedrig abgeführten Abzugsbetrag.

Unterbleiben kann der Steuerabzug nach § 48 Abs. 2 EStG, wenn dem Empfänger der Bauleistung eine Freistellungsbescheinigung nach § 48 b EStG vorgelegt wird oder wenn die Gegenleistung für die Bauleistungen im Veranlagungszeitraum die Freigrenze von 15.000 Euro bzw. 5.000 Euro voraussichtlich nicht übersteigen wird.

Das Bundesministerium der Finanzen hat nunmehr durch Schreiben vom 1.11.2001<sup>2</sup> zu Einzelfragen der gesetzlichen Regelung Stellung genommen. Der Bauträgervertrag wird dort nicht besonders erwähnt. Das Schreiben kann freilich auch dort, wo eine dem Steuerpflichtigen günstige Auffassung vertreten wird, keine Rechtssicherheit schaffen; es wäre in einem finanzgerichtlichen Verfahren nicht bindend<sup>3</sup>.

### 1. Anwendbarkeit der §§ 48 ff. EStG auf Bauträgerverträge

a) Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 48 ff. EStG ist zunächst, dass **Bauleistungen** erbracht werden. Der Be-

griff der Bauleistungen ist in § 48 Abs. 1 Satz 2 EStG definiert. Er umfasst alle Leistungen, „die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen“.

Diese Regelung betrifft somit zunächst den Bauträger im Verhältnis zu den von ihm beauftragten Unternehmen. Hier ist der Bauträger zum Steuerabzug verpflichtet.

Man wird aber auch von der Anwendbarkeit der §§ 48 ff. EStG auf den **Bauträgervertrag** ausgehen müssen, da er eine Verpflichtung, Bauleistungen zu erbringen, enthält<sup>4</sup>. Davon geht dem Vernehmen nach auch das Bundesfinanzministerium aus. Nachdem das Gesetz in erster Linie auf den Begriff der Bauleistung abstellt und es nicht um Fragen des Umsatzsteuerrechts geht, scheint die Anwendbarkeit dieser Vorschriften nicht auf Fälle beschränkt, in denen die für die Bauleistung geschuldete Vergütung der Umsatzsteuer unterliegt (vgl. § 4 Nr. 9 a UStG)<sup>5</sup>. § 48 Abs. 3 EStG, wonach das „Entgelt zuzüglich Umsatzsteuer“ Bemessungsgrundlage für die Abzugsverpflichtung ist, beschreibt nicht den Anwendungsbereich des Gesetzes, sondern nur den Umfang der Abzugsverpflichtung.

Das Bundesministerium der Finanzen erläutert in dem Schreiben vom 1.11.2001<sup>6</sup>, eine Bauleistung müsse nicht die einzige Leistung sein, die aufgrund des Vertragsverhältnisses erbracht wird. Die Abzugsverpflichtung bestehe auch für den Werklieferungsvertrag und auch dann, wenn der Unternehmer die Bauleistungen nicht selbst erbringt, sondern sie sämtlich durch Dritte erbringen lässt.

Allerdings führt das Bundesfinanzministerium in dem Schreiben aus<sup>7</sup>, bei Verträgen, bei denen neben Bauleistungen auch andere Leistungen erbracht werden, komme es darauf an, welche Leistung im Vordergrund stehe, also der vertraglichen Beziehung das Gepräge gebe. Sei die Bauleistung als Hauptleistung anzusehen, gelte die Abzugsverpflichtung für die gesamte Vergütung. Danach könnte eine Abzugsverpflichtung beim Bauträgervertrag insbesondere dann ausgeschlossen sein, wenn der Wert des Grundstücks samt der bei Vertragsschluss bereits erbrachten Bauleistungen den Wert der noch geschuldeten Restarbeiten (deutlich) übersteigt.

Angesichts der Höhe der Vergütung, der auf noch zu erbringende Bauleistungen entfallen kann, und der Rechtsprechung, nach der der Bauträgervertrag unabhängig vom Bautenstand bei Vertragsschluss durch die Verpflichtung zur Erbringung

<sup>1</sup> Eingeführt durch das Gesetz zur Eindämmung der illegalen Beschäftigung im Baugewerbe vom 30.8.2001, BGBl. I 2267.

<sup>2</sup> Abgedruckt in *ZfIR* 2001, 946; im Internet zum Download unter <http://www.bundesfinanzministerium.de/Einkommensteuer-.479.htm>.

<sup>3</sup> Vgl. *Fischer ZfIR* 2001, 942, 944.

<sup>4</sup> Vgl. *Reich DNotZ* 2001, Heft 11; *Hertel ZNotP* 2001, 425, 427; *ders. ZNotP* 2001, 457; *Jebens NZBau* 2001, 533, 534; a.A. *Wagner ZNotP* 2001, 456.

<sup>5</sup> So aber *Wagner ZNotP* 2001, 456 f.

<sup>6</sup> *Rdnrn.* 11, 12, 19.

<sup>7</sup> *Rdnr.* 11.

von Werkleistungen geprägt ist<sup>8</sup>, möchte ich mich auf solche Überlegungen nicht verlassen. Ebenso wenig geben das Gesetz oder das Schreiben des Ministeriums eine Grundlage dafür, die Abzugsverpflichtung für die einheitliche Vergütung in der Weise aufzuspalten, dass sie nur den auf noch zu erbringende Bauleistungen entfallenden Teil der Vergütung betrifft, und damit den auf Grundstück und erbrachte Bauleistungen entfallenden Teil auszunehmen<sup>9</sup>. Schon im Interesse einer sicheren Vertragsgestaltung und zur Vermeidung von Haftungsrisiken des Erwerbers wird man davon ausgehen müssen, dass eine Abzugsverpflichtung für die *Gesamtvergütung* in allen Fällen besteht, in denen die in einem Kalenderjahr voraussichtlich zu leistenden Beträge die Freigrenzen des § 48 Abs. 2 EStG übersteigen.

Eine Abzugsverpflichtung kann auch dann bestehen, wenn die zu vergütenden Bauleistungen im Jahre 2001 und früher erbracht sind, die Zahlung aber erst nach dem 31.12.2001 erfolgt. Denn § 48 EStG stellt nicht auf den Zeitpunkt der Bauleistung, sondern auf den Zeitpunkt der Gegenleistung (Zahlung) ab (§ 52 Abs. 56 EStG). Denkbar ist dies nicht zuletzt auch für Beträge, die wegen Mängeln des Vertragsobjekts einbehalten wurden, sofern sie die in § 48 Abs. 2 EStG genannten Freigrenzen übersteigen.

Die Abzugsverpflichtung nach § 48 EStG ist schließlich auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Zahlung zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem tatsächlich noch keine Bauleistung erbracht ist (was beim Bauträgervertrag zumindest eine Bürgschaft nach § 7 MaBV voraussetzt<sup>10</sup>). Der Begriff *Gegenleistung* in § 48 EStG erfasst jede (Teil-)Zahlung auf die geschuldete Vergütung, also – in der Terminologie des Werkvertrags – sowohl Abschlagszahlungen als auch Vorauszahlungen<sup>11</sup>.

**b)** Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit der § 48 ff. EStG ist, dass der Leistungsempfänger – also im Bauträgervertrag der Erwerber – **Unternehmer** im Sinne der Definition des § 2 UStG oder Körperschaft des öffentlichen Rechts ist.

aa) Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss das erworbene Objekt nicht unbedingt einem Unternehmensvermögen zuzurechnen sein. Die Verpflichtungen nach §§ 48 ff. EStG können somit auch denjenigen treffen, der zwar ausschließlich zur **privaten Nutzung** erwirbt, aber aufgrund sonstiger Tätigkeiten Unternehmer ist, also etwa den Angestellten oder Beamten, der nebenberuflich Vorträge hält oder schriftstellerisch tätig ist.

Man wird jedoch den § 48 Abs. 1 Satz 1 EStG um das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal „für sein Unternehmen“ zu ergänzen haben<sup>12</sup>. Dies entspricht insbesondere auch den Ausführungen in dem Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 1.11.2001: Danach sind nur solche Bauleistungen betroffen, die der Unternehmer für sein Unternehmen bezieht. Hier-

für spricht auch die Begründung für den für „private“ Vermieter erhöhten Freibetrag in § 48 Abs. 2 EStG; diese sollten deshalb begünstigt werden, weil sie sich ihrer Unternehmereigenschaft oft nicht bewusst seien<sup>13</sup>; dies trifft erst recht für denjenigen zu, für den sich die Unternehmereigenschaft aus noch weniger nahe liegenden Umständen ergibt. Auch wenn insofern angesichts des weiter gehenden Gesetzeswortlauts eine gewisse Unsicherheit bleibt, darf man nach den vorliegenden Aussagen des Ministeriums wohl davon ausgehen, dass beim Erwerb von *ausschließlich* zur privaten Nutzung erworbenen Objekten keine Verpflichtungen aus §§ 48 ff. EStG zu Lasten des Erwerbers bestehen.

bb) In allen anderen Fällen ist aber wohl eine Unternehmereigenschaft des Erwerbers im Sinne des Gesetzes nicht auszuschließen.

Für die Unternehmereigenschaft im Sinne des § 2 UStG kommt es nicht darauf an, ob der Erwerber tatsächlich umsatzsteuerpflichtig ist oder aus dem Vertragsobjekt später umsatzsteuerpflichtige Umsätze erzielt. Die Steuerabzugsverpflichtung trifft auch Kleinunternehmer im Sinne des § 19 UStG oder Unternehmer, die ausschließlich steuerfreie Umsätze tätigen. Dies gilt insbesondere für Objekte, die zum Zwecke der **Vermietung** erworben werden (vgl. § 4 Nr. 12 UStG, § 48 a Abs. 2 Nr. 1 EStG); hieran ist auch zu denken, wenn während der Bauphase von der ursprünglichen Absicht, das Objekt ausschließlich selbst zu nutzen, Abstand genommen wird<sup>14</sup>.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes erscheint die Anwendbarkeit der §§ 48 ff. EStG in solchen Fällen nicht ausgeschlossen, in denen **teilweise** eine private Nutzung, teilweise eine unternehmerische Nutzung stattfindet oder stattfinden soll, also z. B. eine teilweise Vermietung des Objekts (einer Einliegerwohnung, einer Garage oder eines Zimmers) beabsichtigt ist oder ein Arbeitszimmer eingerichtet werden soll, wenn aus dessen Nutzung eine Unternehmerstellung abzuleiten ist. Das Bundesfinanzministerium vertritt insofern jedoch eine dem Steuerpflichtigen günstigere Auffassung<sup>15</sup>: Sofern die Bauleistungen nicht eindeutig dem unternehmerischen bzw. nichtunternehmerischen Teil des Bauwerks zugeordnet werden können, komme es darauf an, welcher Zweck überwiegt. Der überwiegende Zweck sei anhand des Wohn-/Nutzflächenverhältnisses oder anderer sachgerechter Maßstäbe festzustellen.

**c)** Die Steuerabzugsverpflichtung besteht nicht, wenn die in einem Kalenderjahr voraussichtlich zu leistenden Beträge die **Freigrenzen** des § 48 Abs. 2 EStG nicht übersteigen. Die Freigrenze beträgt 15.000 Euro, wenn der Leistungsempfänger (Erwerber) ausschließlich steuerfreie Umsätze nach § 4 Nr. 12 Satz 1 UStG ausführt, sonst 5.000 Euro.

**d)** Die Abzugsverpflichtung besteht auch dann nicht, wenn dem Leistungsempfänger (Erwerber) eine **Freistellungsbescheinigung** nach § 48 b EStG vorgelegt wird, auf deren Rechtmäßigkeit er vertrauen kann. Zu unterscheiden sind generelle und auftragsbezogene Freistellungsbescheinigungen. Sie werden gemäß § 48 b Abs. 1 EStG nur dann erteilt, wenn eine Gefährdung des zu sichernden Steueranspruchs nicht zu

<sup>8</sup> Vgl. BGH 28.9.2000 MittBayNot 2001, 91, 93; 21.11.1985 BGHZ 96, 275, 277 f.; 12.7.1984 BGHZ 92, 123, 126, *Basty*, Der Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2001, Rdnr. 3 m.w.N.

<sup>9</sup> So aber *Hertel* ZNotP 2001, 457, 459; *Jebens* NZBau 2001, 533, 535.

<sup>10</sup> Zu den Bedenken gegen Vorauszahlungsvereinbarungen allein gegen Bürgschaft nach § 7 MaBV vgl. OLG Karlsruhe 19.4.2001 BB 2001, 1325; *Basty* a.a.O. (Fn. 8) Rdnr. 45 ff.; *ders.* DNNotZ 1994, 15.

<sup>11</sup> *Schroen* NWB 2001, 2755, 2757.

<sup>12</sup> *Jebens* NZBau 2001, 533, 535; *Stickan/Martin* DB 2001, 1441, 1445, a.A. *Schroen* NWB 2001, 2755, 2757.

<sup>13</sup> Vgl. *Schroen* NWB 2001, 2755, 2762 f. m.w.N., der jedoch auf die Ungereimtheiten des Gesetzeswortlauts hinweist; insbesondere der Begriff „ausschließlich“ in § 48 Abs. 2 Nr. 1 EStG ist mit einer einschränkenden Auslegung nicht ohne weiteres zu vereinbaren.

<sup>14</sup> Vgl. *Stickan/Martin* DB 2001, 1441, 1445.

<sup>15</sup> Rdnr. 14.



befürchten ist. Neben der Erfüllung der Anzeige- und Mitwirkungspflichten nach §§ 90, 138 AO soll es insbesondere darauf ankommen, ob *nachhaltig* Steuerrückstände bestehen, ob unzutreffende Angaben in Steueranmeldungen bzw. Steuererklärungen festgestellt werden oder der Leistende diese *wiederholt* nicht oder nicht rechtzeitig abgibt<sup>16</sup>.

aa) Die „für bestimmte Bauleistungen“ erteilte **auftragsbezogene Freistellungsbescheinigung** würde für den einzelnen Bauträgervertrag erteilt. Sie muss nicht befristet sein. Sie gibt insbesondere auch den Leistungsempfänger (Erwerber) an (§ 48 b Abs. 3 Nr. 3 EStG). Deren Aufhebung ist nach § 48 b Abs. 3 EStG dem betroffenen Leistungsempfänger mitzuteilen. Auf sie kann ein Erwerber also vertrauen, bis ihm eine Aufhebung oder ein Widerruf bekannt gemacht ist. Diese Umstände machen die auftragsbezogene Freistellungsbescheinigung für die Vertragsgestaltung besonderes attraktiv<sup>17</sup>.

bb) Nach den Vorstellungen des Bundesfinanzministeriums ist die auftragsbezogene Freistellungsbescheinigung wohl eher für problematische Unternehmer gedacht<sup>18</sup>. Der Regelfall ist die generelle Freistellungsbescheinigung, die allerdings nur widerruflich und (auf höchstens drei Jahre) befristet erteilt wird. Eine Aufhebung oder ein Widerruf würde dem Erwerber nicht bekannt gemacht.

Nach der gesetzlichen Regelung des § 48 a Abs. 3 Satz 2 EStG wäre daran zu denken, dass der Erwerber im Falle einer generellen Freistellungsbescheinigung bei jeder einzelnen Zahlung deren Vorlage zu verlangen und deren Bestand zu überprüfen hat. Das Bundesfinanzministerium sieht dies wohl anders<sup>19</sup>. Danach besteht eine Prüfungspflicht wohl nur bei der (ersten) Vorlage der Bescheinigung. Sofern sie im Original vorgelegt wird, ist wohl nur zu prüfen, ob sie mit einem Dienstsiegel versehen ist und eine Sicherheitsnummer trägt. Bei Vorlage einer Kopie (was genügen soll) kann eine weitergehende Prüfungspflicht hinsichtlich deren Gültigkeit in Betracht kommen, z.B. über eine elektronische Abfrage beim Bundesamt für Finanzen<sup>20</sup> oder eine Rückfrage beim betreffenden Finanzamt. Im Übrigen komme „eine Haftungsanspruchnahme des Leistungsempfängers nur dann in Betracht, wenn ihm der Widerruf oder die Rücknahme bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt waren“.

## 2. Problematik der Bauabzugsbesteuerung

a) Ein Abzug von 15 % der Vergütung kollidiert mit den Rechten des den Bauträger typischerweise finanzierenden **Gläubigers**. An ihn ist regelmäßig die gesamte geschuldete Vergütung zu leisten, sei es aufgrund einer Abtretung oder im Hinblick auf die üblichen Regelungen im Rahmen von Freigabeversprechen nach § 3 MaBV<sup>21</sup> oder Bürgschaften nach § 7 MaBV. Ob angesichts der gebräuchlichen Formulierungen

von Freigabeversprechen der Gläubiger zur Lastenfreistellung auch dann verpflichtet wäre, wenn bei ihm nur 85 % der Vergütung eingegangen und die restlichen 15 % an das Finanzamt abgeführt wurden, erscheint mir fraglich<sup>22</sup>. Jedenfalls wird man ihn in solchen Fällen wohl kaum zur (Rück-)Zahlung von 100 % der geleisteten Vergütung verpflichtet sehen, wenn er von einem Rückzahlungsvorbehalt nach § 3 Abs. 1 Satz 3 MaBV Gebrauch macht oder aufgrund einer Bürgschaft nach § 7 MaBV auf Zahlung in Anspruch genommen wird<sup>23</sup>.

Wünschenswert wäre eine klarstellende Erklärung, nach der im Rahmen des Freigabeversprechens bzw. der Bürgschaft auch an das Finanzamt abgeführte Zahlungen als an den Gläubiger bzw. den Bürgen selbst geleistet anerkannt werden.

Es erscheint allerdings fraglich, ob Finanzierungsgläubiger des Bauträgers und Bürgen zu solchen Erklärungen bereit sein werden; diese Einschränkungen scheinen ihnen nicht ohne weiteres zumutbar.

b) Zu beachten ist weiter, dass §§ 48 ff. EStG keine Rückzahlung der an das Finanzamt abgeführten Beträge – z. B. in Fällen der Rückabwicklung des Vertrags – an den Erwerber vorsehen<sup>24</sup>. Ebenso wenig kann mit einer zeitnahen (Rück-)Zahlung der abgeführten Beträge gerechnet werden, wenn keine Steueransprüche in der Höhe der abgeführten Beträge bestehen, so dass auch eine entsprechende Abtretung (auf amtlichem Vordruck) an den Erwerber oder an den Gläubiger diesen wenig bringt.

c) Seitens der Erwerber wird man aus diesen Umständen wohl für die ab 1.1.2002 zu leistenden Beträge ein **Leistungsverweigerungsrecht** ableiten müssen, solange nicht entweder nach Vorlage einer Freistellungsbescheinigung die vollen Zahlungen an den Bauträger geleistet werden können oder durch entsprechende Erklärungen von Abtretungsempfängern und Grundpfandrechtsgläubigern (ergänzend zu bereits abgegebenen Freigabeversprechen) der lastenfreie Eigentumserwerb auch im Falle einer Abführung von Teilbeträgen an das Finanzamt sichergestellt ist. Bei Bürgschaften nach § 7 MaBV müsste die Verpflichtung des Bürgen sich auch auf die an das Finanzamt abgeführten Beträge erstrecken.

Ohne Freistellungsbescheinigung wird der Erwerber auch nicht verpflichtet sein, 85 % der geschuldeten Vergütung an den Bauträger bzw. dessen Finanzierungsgläubiger zu leisten und nur den Restbetrag einzubehalten. Denn mit dem entsprechenden Abzug korrespondieren die weiteren Pflichten nach §§ 48 ff. EStG.

Hinzu kommt, dass in Fällen, in denen eine Freistellungsbescheinigung nicht erteilt wird, die weitere Durchführung des Bauvorhabens gefährdet erscheinen kann<sup>25</sup>.

d) Die Regelungen in §§ 48 ff. EStG verdienen nicht nur unter rechtspolitischen<sup>26</sup> und europarechtlichen<sup>27</sup> Gesichtspunkten oder deshalb Kritik, weil sie die Gestaltung und Abwicklung von Bauträgerverträgen erschweren und möglicherweise

<sup>16</sup> BMF-Schreiben vom 1.11.2001 Rdnr. 27 (die Hervorhebungen sind im Rundschreiben enthalten).

<sup>17</sup> Sie hätte allerdings für die Finanzverwaltung eine erhebliche Belastung zur Folge. Für eine das Gesamtbauvorhaben betreffende Bescheinigung, die der Notar verwahren und an die Erwerber – ähnlich wie Freigabeversprechen (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 5 1. HS MaBV) – weitergeben könnte (verbunden mit einer Mitteilung an das zuständige Finanzamt), bietet das Gesetz wohl keine Grundlage.

<sup>18</sup> Vgl. BMF-Schreiben vom 1.11.2001 Rdnrn. 27, 31.

<sup>19</sup> Vgl. BMF-Schreiben vom 1.11.2001 Rdnrn. 51, 56.

<sup>20</sup> Internet [www.bff-online.de](http://www.bff-online.de)

<sup>21</sup> Vgl. *Basty* a.a.O. (Fn. 8) Rdnr. 328.

<sup>22</sup> So aber *Hertel* ZNotP 2001, 424, 427.

<sup>23</sup> A.A. *Hertel* ZNotP 2001, 424, 427.

<sup>24</sup> Vgl. BMF-Schreiben vom 1.11.2001 Rdnrn. 61, 63 f.

<sup>25</sup> Vgl. *Schroen* NWB 2001, 2755, 2762, der auch auf die Problematik der Amtshaftung für die zu Unrecht nicht erteilte Bescheinigung hinweist (vgl. auch *Fischer* ZfIR 2001, 942, 946).

<sup>26</sup> Vgl. *Hertel* ZNotP 2001, 424, 427.

<sup>27</sup> Vgl. *Jebens* NZBau 2001, 533, 537.

in einigen Fällen zu einem Steckenbleiben von Bauvorhaben führen werden. Kommt es zu einem Steuerabzug und einer Abführung der entsprechenden Beträge an das Finanzamt, kollidiert der Bauträger bzw. Bauunternehmer mit Pflichten, die sich aus anderen Vorschriften ergeben. Nach § 4 MaBV hat der Bauträger die vom Erwerber geleisteten Zahlungen objektbezogen zu verwenden; nach dem Gesetz für die Sicherung von Bauforderungen (GSB) ist der Empfänger von Baugeld verpflichtet, dieses zur Befriedigung solcher Personen zu verwenden, die an der Herstellung des Baus aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrags beteiligt sind. Mit diesen Vorschriften soll insbesondere die Befriedigung der am Bau beteiligten Handwerker gesichert werden. Die Verwendung solcher Mittel auf Ertrags- und Lohnsteuer ist von diesen Vorschriften nicht gedeckt. Angesichts des ungeklärten (und vom Gesetzgeber wohl nicht gesehenen) Spannungsverhältnisses der Bauabzugsbesteuerung zu diesen Vorschriften und des Risikos der persönlichen Haftung auch eines Geschäftsführers bei einer Verletzung der betreffenden Pflichten<sup>28</sup>, wird ein Bauträger bzw. Bauunternehmer sich kaum auf eine Vertragsabwicklung mit Steuerabzug einlassen können.

e) Vor allem aber um seine Liquidität sicherzustellen<sup>29</sup>, wird jeder Bauträger dringend darauf bedacht sein müssen, eine Freistellungsbescheinigung nach § 48 b EStG zu haben und seinen Verträgen zugrunde zu legen. Der Notar kann anregen, die Bescheinigung alsbald zu verschaffen. Der Antrag bedarf keiner Form<sup>30</sup>.

### 3. Gestaltung von Bauträgerverträgen

Man mag daran zweifeln, ob §§ 48 ff. EStG auf den Bauträgervertrag überhaupt anwendbar sind. Bejaht man diese Frage, bleibt die Unsicherheit, welche Fälle – sieht man von der vollständigen Nutzung zu eigenen Wohnzwecken ab – angesichts des Unternehmerbegriffs in § 48 EStG erfasst sind. Schließlich ist unklar (vor allem wenn schon ein erheblicher Baufortschritt erreicht ist), in welchem Umfang eine Abzugsverpflichtung eingreift.

Bei der Gestaltung von Bauträgerverträgen ist die sich aus §§ 48 ff. EStG ergebende Rechtslage (oder Rechtsunsicherheit) jedenfalls zu berücksichtigen. Es erscheint nicht sachgerecht, die Unsicherheiten zu Lasten des Erwerbers gehen zu lassen. Dies würde der Aufgabe des auch und gerade dem Schutz des Erwerbers verpflichteten Notars nicht gerecht. Den Beteiligten sollte ein sicherer Weg gewiesen werden, die Problematik zu lösen<sup>31</sup>.

a) Jedenfalls in den Fällen, in denen eine Abzugsverpflichtung nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, sollte dem Erwerber die gebotene Sicherheit dadurch verschafft werden, dass ihm **vertraglich**, also unabhängig von den gesetzlichen Vorschriften der §§ 48 ff. EStG, ein Recht zum Einbehalt und Abführung an das Finanzamt eingeräumt wird<sup>32</sup>.

Es kann erwogen werden, für die Fallgruppe, für die §§ 48 ff. EStG mit Sicherheit nicht anwendbar sind, auf Freistellungsbescheinigungen zu verzichten. Dabei handelt es sich – legt man das Schreiben des Bundesfinanzministeriums zugrunde –

um die Fälle, in denen der Erwerber das Objekt ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken nutzen will. Wer sich auf dessen jedenfalls für die Finanzgerichte nicht bindende Auslegung nicht verlassen will, muss darüber hinaus voraussetzen, dass der Erwerber keinerlei Tätigkeiten ausübt, die ihn (bei weiter Auslegung) als Unternehmer im Sinne des § 2 UStG erscheinen lassen.

Aus Sicht des Bauträgers erscheint ein Verzicht auf eine Gestaltung mit Freistellungsbescheinigung nicht unproblematisch, da schon bei Änderung der Nutzungsabsicht die Abzugspflicht eingreifen und zu unvorhergesehenen Verzögerungen bei der weiteren Vertragsabwicklung führen kann<sup>33</sup>, ohne dass dem Erwerber hieraus ein Vorwurf gemacht werden könnte. Aber auch aus Sicht des Erwerbers spricht einiges dafür, eine Freistellungsbescheinigung zu verlangen; denn dort, wo sie nicht erteilt wird, kann die Durchführung des Bauvorhabens durchaus gefährdet erscheinen<sup>34</sup>.

Sofern gleichwohl eine Vertragsabwicklung ohne Freistellungsbescheinigung gewünscht wird, wird der Notar den gebotenen Hinweis auf die Problematik im Vertrag dokumentieren:

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass den Erwerber, sofern er Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes ist, grundsätzlich die Verpflichtung trifft, wegen nach dem 31.12.2001 zu zahlenden Beträgen eine Anmeldung nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck gemäß § 48 a EStG vorzunehmen sowie 15 % des betreffenden Betrags einzubehalten und an das zuständige Finanzamt abzuführen. Die Beteiligten sind darüber einig, dass der Erwerber, sofern seine Unternehmereigenschaft im Sinne des Gesetzes nicht verneint werden kann, alle aufgrund dieses Vertrags geschuldeten Zahlungen solange einbehalten kann, bis ihm entweder eine Bescheinigung nach § 48 b EStG vorgelegt ist oder die in Abschnitt I genannte Gläubigerin ihm mitgeteilt hat, dass sie im Hinblick auf ihr Freigabeversprechen auch an das Finanzamt abgeführte Zahlungen als an sie selbst geleistet anerkennt.

b) Vorzugswürdig erscheint, die Fälligkeit von ab 1.1.2002 zu leistenden Zahlungen von einer Freistellungsbescheinigung nach § 48 b EStG abhängig zu machen.

aa) Eine *auftragsbezogene Freistellungsbescheinigung* kann nach der gesetzlichen Regelung bei Beurkundung noch nicht vorliegen. Sie setzt grundsätzlich voraus, dass dem Finanzamt der entsprechende Werkvertrag (Bauträgervertrag) vorgelegt wurde<sup>35</sup> und muss zu diesem konkreten Vertrag (Auftrag) unter Angabe des Namens des Erwerbers erteilt werden. Sie würde im allgemeinen dem Bauträger ausgehändigt und wäre von ihm an den Erwerber weiterzugeben<sup>36</sup>. Der Notar kann es übernehmen, diese Bescheinigung einzuholen, entgegenzunehmen und nach Prüfung der Wirksamkeit im Rahmen seiner Fälligkeitsmitteilung an den Erwerber weiterzugeben. Die Beteiligten müssen dem Notar bei dieser Gestaltung entsprechende Vollmacht für die Einholung der Bescheinigung erteilen.

<sup>28</sup> Vgl. OLG Celle 12.2.2001 ZfIR 2001, 412 mit Anm. Schmitz für einen Verstoß gegen § 4 MaBV und OLG Bamberg 15.2.2001 IBR 2001, 310 (Schulze-Hagen) für einen Verstoß gegen das GSB.

<sup>29</sup> Fischer ZfIR 2001, 942, 946.

<sup>30</sup> BMF-Schreiben vom 1.11.2001 Rdnr. 23.

<sup>31</sup> Vgl. Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 83 ff.

<sup>32</sup> Reich DNotZ 2001, Heft 11; Hertel ZNotP 2001, 425, 428.

<sup>33</sup> Ab dem Zeitpunkt der Änderung der Nutzungsabsicht wäre wohl der bis dahin zu Recht unterbliebene Steuerabzug für die Gesamtvergütung nachzuholen, soweit mit den weiter fällig werdenden Zahlungen noch möglich (vgl. zur entsprechenden Problematik in dem Fall, dass sich nachträglich herausstellt, dass die Bagatellgrenzen des § 48 Abs. 2 EStG überschritten werden, BMF-Schreiben vom 1.11.2001 Rdnr. 39).

<sup>34</sup> Vgl. Schroen NWB 2001, 2755, 2762.

<sup>35</sup> BMF-Schreiben vom 1.11.2001 Rdnr. 31.

<sup>36</sup> BMF-Schreiben vom 1.11.2001 Rdnr. 33.

Sofern der Notar die Prüfung der Bescheinigung nicht übernimmt, ist der Erwerber darauf hinzuweisen, dass er deren Wirksamkeit (insbesondere Siegel und Sicherheitsnummer) zu prüfen hat.

Weitere – vom Notar nicht zu bestätigende – Grundvoraussetzung für die Fälligkeit der Raten ist das Vorliegen einer auftragsbezogenen Freistellungsbescheinigung nach § 48 b EStG zu diesem Vertrag; diese Voraussetzung ist dem Erwerber durch den Verkäufer zu bestätigen. Der Erwerber wurde darauf hingewiesen, dass seine Haftung wegen der Bauabzugsteuer nur ausgeschlossen ist, wenn und solange er auf die Rechtmäßigkeit dieser Bescheinigung vertrauen darf und er deshalb insbesondere zu prüfen hat, dass sie mit einem Dienstsiegel des Finanzamts versehen ist und eine Sicherheitsnummer trägt. In Zweifelsfällen kann sich eine Rücksprache mit dem in der Bescheinigung angegebenen Finanzamt empfehlen.

bb) Es erscheint aber – insbesondere nach den Ausführungen in dem BMF-Schreiben vom 1.11.2001 zum Vertrauensschutz<sup>37</sup> – unbedenklich, für die Fälligkeit auf eine *generelle Freistellungsbescheinigung* abzustellen. Sofern sie bei Beurkundung vorliegt, wird man sie nach Prüfung ihrer Gültigkeit dem Vertrag in Kopie beifügen und den Erwerber auf seine Prüfungspflicht hinweisen. Einer etwaigen Befristung der Bescheinigung (§ 48 b Abs. 3 Nr. 2 EStG) wird man in der Weise Rechnung tragen, dass nach Ablauf der Frist zu erbringende Zahlungen nur fällig werden, wenn eine neue Bescheinigung vorgelegt wird.

Im Hinblick auf die heute vorliegende<sup>38</sup> und dieser Urkunde in Kopie beigelegte Freistellungsbescheinigung nach § 48 b EStG hat der Notar darauf hingewiesen, dass eine Haftung des Erwerbers wegen der Bauabzugsteuer aufgrund dieser Bescheinigung nur dann ausgeschlossen ist, solange er auf ihre Rechtmäßigkeit vertrauen darf. Dies ist jedenfalls dann nicht mehr der Fall, wenn eine in der Bescheinigung angegebene Frist abgelaufen ist oder ihm der Widerruf oder die Rücknahme bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht bekannt ist. In Zweifelsfällen kann sich eine Rücksprache mit dem in der Bescheinigung angegebenen Finanzamt empfehlen.

Ergänzend kann vorgesehen werden, dass der Bauträger bei der Anforderung der jeweiligen Raten einen aktuellen Ausdruck aus der o.g. Datei des Bundesfinanzministeriums beifügt, um dem Erwerber den damit verbundenen Aufwand zu ersparen.

Diese Raten sind zu zahlen innerhalb von zehn Tagen, nachdem der Verkäufer den Käufer zur Zahlung unter Vorlage einer Bestätigung des Bauleiters über den Baufortschritt aufgefordert hat. Dieser Aufforderung muss ein aktueller Ausdruck aus der Datei des Bundesfinanzministeriums beigelegt sein, aus der sich ergibt, dass die dem Bauträger erteilte Bescheinigung nach § 48 b EStG noch gilt bzw. nicht widerrufen ist.

c) Besondere Probleme entstehen aufgrund der §§ 48 ff. EStG bei *Tauschgestaltungen*<sup>39</sup> oder in Fällen, in denen die dem Bauträger zu zahlende Vergütung durch *Aufrechnung* mit

Geldforderungen des Erwerbers getilgt werden soll. Auch hier gilt die Abzugsverpflichtung<sup>40</sup>, so dass der entsprechende Betrag in bar an das Finanzamt abzuführen ist. In Tauschfällen muss möglicherweise geregelt werden, dass der Bauträger dem Erwerber den abzuführenden Betrag in bar zur Verfügung stellt<sup>41</sup>.

d) Zu erwägen ist, dem Erwerber ein Rücktrittsrecht für den Fall einzuräumen, dass eine Freistellungsbescheinigung nicht erteilt oder widerrufen wird<sup>42</sup>, da damit die (weitere) Durchführung des Bauvorhabens gefährdet erscheint.

#### 4. Behandlung bereits beurkundeter Verträge

Die Verpflichtungen aus §§ 48 ff. EStG bestehen auch dann, wenn Zahlungen nach dem 1.1.2002 aufgrund bereits früher abgeschlossener Verträge zu leisten sind. Dies gilt auch dann, wenn sie eine Abtretung des Vergütungsanspruchs enthalten<sup>43</sup>.

a) Auf vor dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Eindämmung illegaler Betätigung im Baugewerbe, also vor dem 7.9.2001 beurkundete Verträge, wird man eine nachträgliche Hinweispflicht auf die Änderung der Rechtslage und die sich daraus ergebenden Fragen und Probleme wohl nicht ohne weiteres annehmen können. Die Pflichten des Notars nach Beurkundungsgesetz und Bundesnotarordnung bestehen in erster Linie für die Beurkundung und die sich aus der Urkunde ergebenden Betreuungsaufträge. Die Gestaltung und die erforderlichen Hinweise sind in der Urkunde bzw. bei der Verhandlung zu geben. Hierfür kann allein die zu diesem Zeitpunkt gegebene Rechtslage maßgebend sein. Da der Notar nicht zu einer dauernden Beratung und Betreuung verpflichtet ist, können nach einer Beurkundung eintretende Änderungen der Rechtslage in der Regel keine Amtspflicht begründen, abgeschlossene Vorgänge wieder aufzugreifen. Anders mag dies dort sein, wo sich aus einem bereits abgeschlossenen Vertrag eine noch nicht vollständig erfüllte Betreuungsaufgabe ergibt. Hieran ist z. B. zu denken, wenn jetzt aufgrund eines vor dem 7.9.2001 abgeschlossenen Vertrags eine Fälligkeitsmitteilung des Notars erteilt wird.

b) Sofern Verträge nach dem 7.9.2001 abgeschlossen wurden und diese noch keine Hinweise oder Regelungen im Hinblick auf §§ 48 ff. EStG enthalten, wird wohl eine Verpflichtung des Notars bestehen, der neuen Gesetzeslage auch nachträglich Rechnung zu tragen. Andernfalls würde er dem Vertrauen, das in ihn mit der Beurkundung gesetzt wurde, nicht gerecht. Auch wenn die Bedeutung des Gesetzes für Bauträgerverträge nicht auf den ersten Blick deutlich wird, dürfen die Beteiligten sich darauf verlassen, dass bei jedem Vertrag die aktuelle Gesetzeslage berücksichtigt wird.

In erster Linie bietet es sich an, nachdem man in den allermeisten Fällen mit einer zügigen Erteilung der Freistellungsbescheinigung rechnen darf, zunächst die Bauträger zu veranlassen, Freistellungsbescheinigungen einzuholen, und diese den Erwerbern zu gegebener Zeit zukommen zu lassen. Eine unnötige Verunsicherung der Erwerber könnte damit vermieden werden. In den übrigen Fällen sollte der Notar die entsprechenden Hinweise nachholen, so dass die Beteiligten der (unsicheren) Rechtslage Rechnung tragen können.

<sup>37</sup> Rdnr. 56 a.E.

<sup>38</sup> Liegt die Bescheinigung bei der Beurkundung nicht im Original vor, wird der Notar wohl deren Gültigkeit durch Einsicht in das o.g. Register des Bundesfinanzministeriums zu verifizieren haben.

<sup>39</sup> Vgl. *Basty* a.a.O. (Fn. 8) Rdnr. 78 ff.

<sup>40</sup> Zur Aufrechnung BMF-Schreiben vom 1.11.2001 Rdnr. 41.

<sup>41</sup> Vgl. *Stickan/Martin* DB 2001, 1441, 1446.

<sup>42</sup> *Reich* DNotZ 2001, Heft 11; *Hertel* ZNotP 2001, 457, 460.

<sup>43</sup> BMF-Schreiben vom 1.11.2001 Rdnr. 35.

# Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Veräußerung von nicht sondereigentumsfähigen Stellplätzen

Von Oberinspektor i.N. *Helmut Reinold jr.*, Mühldorf a. Inn

Sondereigentum an Stellplätzen auf dem überdachten oder nicht überdachten Oberdeck einer Tiefgarage kann nur dann begründet werden, wenn dieses über das umgebende Gelände hinausragt und von innen her, durch eine abschließbare Zufahrt zu erreichen ist<sup>1</sup>. Bei Stellplätzen, die sich auf dem Dach einer Tiefgarage befinden und bei denen die genannten Voraussetzungen zur Sondereigentumsfähigkeit nicht gegeben sind, z. B. weil die Zufahrt ebenerdig direkt von der öffentlichen Straße erfolgt, und/oder weil sich das Tiefgaragengebäude nicht vom umgebenden Gelände abhebt, stellt sich das Problem, wie diese oberirdischen Stellplätze trotzdem an beliebige Käufer veräußert werden können. Der Verfasser erörtert und vergleicht verschiedene Lösungsansätze, wie dritte Personen außerhalb der Eigentümergemeinschaft an nicht sondereigentumsfähigen oberirdischen Stellplätzen dingliche Rechtspositionen erhalten können.

## I. Problematik

Die Bestellung einer Grunddienstbarkeit gemäß § 1018 BGB am gesamten, künftig in Teileigentum aufgeteilten Grundstück scheidet schon deswegen aus, da wohl kaum zum Zeitpunkt der Errichtung der Teilungserklärung zu sämtlichen oberirdischen Stellplätzen bereits berechnete Grundstücke bekannt sein dürften, zu deren Gunsten die Grunddienstbarkeit nur eingeräumt werden kann. Außerdem könnte ein Stellplatz nur unter der Voraussetzung „verkauft“ werden, dass der Käufer entweder bereits Eigentümer eines Grundstücks oder grundstücksgleiches Recht ist oder im Zuge des Erwerbs des Stellplatzes Eigentümer eines solchen wird. Die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1090 Abs. 1 BGB, welche sich von der Grunddienstbarkeit darin unterscheidet, dass Berechtigter eine bestimmte Person ist, ist zur Problemlösung ebenfalls nicht geeignet, da in der Regel zum Zeitpunkt der Errichtung der Teilungserklärung durch den Eigentümer der Berechtigte namentlich nicht bekannt ist. Ferner ist eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB weder vererblich noch übertragbar, lediglich die Befugnis zur Ausübung kann einem anderen gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB überlassen werden<sup>2</sup>. Eine solche Rechtsstellung wird dem Berechtigten regelmäßig nicht genügen. Zur späteren Eintragung einer Dienstbarkeit am Gesamtobjekt ist stets die Mitwirkung sämtlicher Teileigentumseigentümer erforderlich, wobei die Dienstbarkeit im Grundbuch zunächst nur an nächstfolgender Rangstelle, d. h. im Rang nach etwaigen, bereits eingetragenen Grundpfandrechten eingetragen werden kann. Deshalb ist die Einräumung nach Teilung und teilweiser Veräußerung von Teileigentumseinheiten nicht praktikabel.

<sup>1</sup> OLG Frankfurt, DNotZ 1977, 635.

<sup>2</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Auflage, Rdnr. 1215.

Gemäß § 13 Abs. 2, § 15 Abs. 1 WEG kann durch den nach § 8 WEG teilenden Eigentümer bestimmt werden, wie der Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums am Oberdeck der Tiefgarage – der Stellplätze – geregelt sein soll. Für derartige Bestimmungen hat sich der Begriff Sondernutzungsrecht durchgesetzt<sup>3</sup>, welches durch Grundbucheintragung Inhalt des Sondereigentums wird (§ 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG) sowie für und gegen Sonderrechtsnachfolger sämtlicher Sondereigentümer wirkt<sup>4</sup>. Das Sondernutzungsrecht regelt also das Verhältnis der Teileigentümer untereinander bezüglich der einzelnen oberirdischen Stellplätze. Ein mit Gebrauchsregelung geschaffenes Sondernutzungsrecht kann jedoch nur zugunsten eines Teileigentumseigentümers der Tiefgarage bestimmt werden und ist auch nur auf ein anderes Mitglied der Teileigentumsgemeinschaft, nicht jedoch an einen außenstehenden Dritten übertragbar<sup>5</sup>, da es von den Teileigentumseinheiten nicht getrennt werden kann.

Um die oberirdischen Stellplätze auch an Dritte veräußern zu können, ist daher eine andere Lösung zu suchen.

## II. Lösungsmöglichkeiten

### 1. Zuweisung von Sondernutzungsrechten zu Miteigentumsanteilen eines Sondereigentums

Folgender Problemlösungsansatz bietet sich an: Innerhalb der Tiefgarage wird ein vom Gemeinschaftseigentum aus zugänglicher und in sich gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG abgeschlossener Raum – nachfolgend als „Lageraum“ bezeichnet – in der Teilungserklärung zu Sondereigentum erklärt (eine entsprechende Abgeschlossenheitsbescheinigung samt Aufteilungsplänen der zuständigen Behörde vorausgesetzt). Aus diesem Sondereigentum können ideelle Miteigentumsanteile an beliebige Käufer auch außerhalb der Teileigentümergemeinschaft veräußert werden. Mit diesen ideellen Miteigentumsanteilen am Sondereigentum des Lagersaumes wird nun die Sondernutzung an bestimmten oberirdischen, **im Gemeinschaftseigentum** befindlichen Stellplätzen unter Ausschluss der übrigen Teileigentümer verbunden.

Bei Doppelparker-Teileigentumseinheiten ist es z. B. nach herrschender Meinung möglich, Stellplätze im Duplexparker, also **innerhalb des Sondereigentums**, in Form von Miteigentumsanteilen am Teileigentum mit einer Gebrauchsregelung gemäß § 15 Abs. 1 WEG zu verselbständigen<sup>6</sup>, da § 15 Abs. 1

<sup>3</sup> BGH, BGHZ 73, 145.

<sup>4</sup> BGH, DNotZ 1979, 168; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2910.

<sup>5</sup> LG Düsseldorf, OLG-Report Düsseldorf 1997, 187, 188.

<sup>6</sup> Am Beispiel von Doppelparkern: BayObLG, NJW-RR 1994, 1427; ebenso: LG München I, MittBayNot 1971, 83; LG München I, MittBayNot 1971, 242; LG München II, MittBayNot 1988, 78; *Frank*, MittBayNot 1994, 512; *von Heynitz*, DNotZ 1971, 645 ff.; *Ertl*, Rpfleger 1979, 81 ff. und DNotZ 1988, 4 ff.; *Schmidt*, MittBayNot 1995, 115; *Staudenmaier* BWNNotZ 1975, 170 (172); *Bärman-Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, 4. Auflage, Rdnr. 67; auch OLG Frankfurt, Rpfleger 2000, 212; OLG Jena, MittRhNotK 2000, 71.

WEG ausdrücklich Gebrauchsregelungen am Sondereigentum, welches echtes Eigentum ist und somit auch Bruchteilseigentum gemäß § 1008 BGB kennt, zulässt<sup>7</sup>. Die Regelung nach § 15 Abs. 1 WEG kann nach herrschender Meinung von den Miteigentümern der Doppelparker-Teileigentumseinheit, obwohl diese keine eigene Teileigentümergeinschaft bilden, allein und nur für dieses Teileigentum getroffen werden, da sie von dieser Regelung allein berührt werden<sup>8</sup>.

Der ablehnenden Meinung<sup>9</sup> hierzu kann nicht gefolgt werden, da diese rein systematisch argumentiert und letztlich kein zwingender Grund dafür ersichtlich ist, wieso § 15 Abs. 1 WEG hier nicht analog angewendet werden kann<sup>10</sup>. In § 15 Abs. 1 WEG, der der Eigentümergemeinschaft erhebliche Gestaltungsfreiräume für die Regelung des Gebrauchs als wichtigstem Ausfluss des Eigentumsrechts eröffnet, ist eine Regelungsmöglichkeit nicht nur für das gemeinschaftliche Eigentum, sondern auch für das Sondereigentum ausdrücklich vorgesehen.

Überträgt man die oben dargestellte herrschende Meinung auf das eingangs erläuterte Problem, ist es danach zulässig, die oberirdischen Stellplätze, welche sich im Gemeinschaftseigentum befinden, in Form von ideellen Miteigentumsanteilen am Lagerraum, mit welchen jeweils Sondernutzungsrechte an bestimmten Stellplätzen verbunden sind, zu ver selbstständigen.

Im Übrigen ist im vorliegenden Fall die gesamte zukünftige Teileigentümergeinschaft durch den teilenden Bauträger bei Begründung der Sondernutzungsrechte vertreten, sodass die Frage des Zustimmungserfordernisses sämtlicher Teileigentümer sowohl bei Einräumung als auch bei späterer Änderung der Sondernutzungsrechte offen gelassen werden kann. Der Gefahr der Teilungsversteigerung des gesamten Lagerraumes, welche durch § 11 WEG nicht ausgeschlossen ist, kann durch ein Teilungsverbot<sup>11</sup> entgegen gewirkt werden. Die gemäß § 1010 BGB getroffene Benutzungsregelung wird gegenstandslos, wenn die Bruchteilsgemeinschaft am Lageraum endet<sup>12</sup>. Dagegen kann die Sondernutzung am gesamten Oberdeck der Tiefgarage auch einem Alleineigentümer des Lagerraumes zustehen, wie dies ohnehin bei Begründung durch den teilenden Alleineigentümer der Fall ist<sup>13</sup>. Des Weiteren ist es bei der grundbuchmäßigen Belastung von ideellen Miteigentumsanteilen am Sondereigentum des Lagerraumes nicht von Bedeutung, ob mit diesen Sondernutzungsrechte verbunden sind, auch dann nicht, wenn diese belasteten Miteigentumsanteile sich im Alleineigentum eines einzigen Eigentümers vereinigen.

Die tatsächliche Größe des Lagerraumes ist, solange er zugänglich ist<sup>14</sup>, völlig unerheblich, ebenso bleibt nach dem

Gesetz die Höhe des Miteigentumsanteils am Gemeinschaftseigentum dem teilenden Eigentümer der freien Bestimmung überlassen<sup>15</sup>. Ein bestimmtes Verhältnis zwischen Sondereigentum und Miteigentum verlangt das Gesetz nicht<sup>16</sup>, ebenso keine Aufteilung nach Wertanteil<sup>17</sup>. Das Grundbuchamt muss das Bestimmungsrecht des teilenden Eigentümers unberührt lassen, es hat nur zu prüfen, ob die Summe der Miteigentumsanteile sämtlicher Teileigentumseinheiten am Gemeinschaftseigentum ein Ganzes ergibt (z. B. 100/100)<sup>18</sup>. Jedoch ist im vorliegenden Fall die Bruchteilshöhe des Lagerraumes insbesondere für die Lastentragung gemäß § 16 WEG von praktischer Bedeutung, da sie das Verhältnis der Stellplatznutzer zu den sonstigen Teileigentümern regelt, wenn nicht in der Teilungserklärung eine hiervon abweichende Regelung getroffen wird<sup>19</sup>.

Die Bruchteilshöhe der ideellen Miteigentumsanteile am Lagerraum ergibt sich aus der Anzahl der oberirdischen Stellplätze (z. B. 17 Stellplätze = je  $\frac{1}{17}$  Miteigentumsanteil am Lagerraum). Eingetragen wird diese Zuordnung bei Eigentumsumschreibung auf einen Käufer im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs, hier also im Teileigentumsgrundbuch des Lagerraumes, und zwar in der Weise, dass z. B. dem ideellen Miteigentumsanteil zu  $\frac{1}{x}$ -tel des Käufers, welcher in Abteilung I Nr. 2 gebucht ist, das Sondernutzungsrecht am oberirdischen Stellplatz Nr. 1 zugeordnet ist<sup>20</sup>. In gleicher Weise kann die Sondernutzung mehrerer oberirdischer Stellplätze mit einem entsprechend der Anzahl der Stellplätze höheren Bruchteil des ideellen Miteigentumsanteils am Lagerraum verbunden werden, z. B.  $\frac{3}{x}$ -tel Miteigentumsanteil des Käufers, mit welchem die Sondernutzung der oberirdischen Stellplätze Nrn. 1, 2 und 3 verbunden ist. Hierdurch wird aus dem Grundbuch eindeutig die Zuordnung sowie eine etwaige Belastung im Interesse von Rechtsnachfolgern erkennbar; die Hauptinteressen der Praxis werden somit erfüllt.

## 2. Lösung über Benutzungsregelung

Durch den teilenden Eigentümer könnte zur Lösung des in Ziffer I. beschriebenen Problems die Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums am Oberdeck der Tiefgarage – der Stellplätze – gemäß § 1010 BGB geregelt werden. Hierbei sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden, nämlich die Benutzungsregelung, die als solche gemäß § 1010 Abs. 1 i. V. m. § 746 BGB in das Grundbuch eingetragen wird, und die Benutzungsregelung hinsichtlich der Ausübung einer Grunddienstbarkeit<sup>21</sup>.

### a) Benutzungsregelung gemäß § 1010 Abs. 1 i. V. m. § 746 BGB:

Hierzu wird ebenfalls ein Lagerraum – wie in Ziffer II. 1. dargestellt – innerhalb der Tiefgarage als eigenständiges Sondereigentum gebildet, mit dem wiederum die Sondernutzung des gesamten Oberdeckes der Tiefgarage, also der Stellplätze samt den Flächen, die Zufahrt gewähren, verbunden wird. Die Erklärung des Lagerraumes zu Sondereigentum sowie die Zuweisung der Sondernutzung am gesamten Oberdeck zu-

<sup>7</sup> Vgl. Fn. 6.

<sup>8</sup> BayObLG NJW-RR 1994, 1427.

<sup>9</sup> *Stumpp*, MittBayNot 1971, 10, 12; *Schöner*, Rpfleger 1997, 416; LG Düsseldorf, MittRhNotK 1987, 163; BayObLG, BayObLGZ 1974, 466 in einem obiter dictum; *Basty*, Rpfleger 2001, 169.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu OLG Frankfurt, Rpfleger 2000, 212; *Haegeler/Schöner/Stöber*, 10. Auflage, Rdnr. 2836; nunmehr a. A. *Schöner/Stöber*, 12. Auflage, Rdnr. 2836, seit 11. Auflage.

<sup>11</sup> Vgl. unten Ziffer IV. 1.

<sup>12</sup> Vgl. unten Ziffer III.

<sup>13</sup> Deshalb bestehen m. E. die nach *Schöner/Stöber*, 12. Auflage, Rdnr. 2836, insbesondere Fn. 130, „unlösbaren“ materiellen und formellen Schwierigkeiten nicht.

<sup>14</sup> OLG Hamm, DNotZ 1977, 308, 311.

<sup>15</sup> BGH, DNotZ 1976, 741.

<sup>16</sup> Vgl. Fn. 15.

<sup>17</sup> *Bauer/von Oefele*, GBO, Abschnitt V, Rdnr. 16.

<sup>18</sup> Vgl. Fn. 17.

<sup>19</sup> Vgl. unten Ziffer IV. 2.

<sup>20</sup> *Bauer/von Oefele*, GBO, Abschnitt V, Rdnr. 91.

<sup>21</sup> BayObLG, Rpfleger 1990, 354.

gunsten dieses Lagerraumes erfolgt, um die Veräußerung von oberirdischen Stellplätzen auch an beliebige Dritte zu ermöglichen, aber auch, um die Mitbenützung dieser Flächen durch die übrigen Eigentümer auszuschließen. Freilich wäre auch die Regelung der Benutzung der oberirdischen Stellplätze ohne einen mit Sondernutzungsrecht verbundenen Lagerraum möglich, in diesem Fall jedoch wegen der Unveräußerbarkeit der Stellplätze an Dritte nicht zielführend. Weiter muss in der Teilungserklärung bestimmt werden, dass die Benutzung je eines sich innerhalb der – wie vorstehend – festgelegten Sondernutzungsrechtsfläche befindlichen oberirdischen Stellplatzes (ohne die Flächen, die Zufahrt gewähren), ausschließlich einem Miteigentümer am Lagerraum zusteht. Die Verdinglichung dieser Bestimmung erfolgt mit Wirkung für und gegen Sonderrechtsnachfolger am Miteigentumsanteil durch die Eintragung in Abteilung II des Grundbuches, also im Teileigentumsgrundbuch des Lagerraumes gemäß § 10 GBVfg als Benutzungsregelung gemäß § 1010 Abs. 1 i.V.m. § 746 BGB.

Bei Veräußerung eines ideellen Miteigentumsanteils am Lagerraum (Bruchteilshöhe entsprechend der Anzahl der vorhandenen oberirdischen Stellplätze) kann nun in der jeweiligen Kaufvertragsurkunde die Nutzung an einem bestimmten Stellplatz zugewiesen werden, z. B. ideeller Miteigentumsanteil zu 1/x-tel an dem Lagerraum, mit welchem das alleinige und ausschließliche Nutzungsrecht am oberirdischen Stellplatz Nr. 1 verbunden ist.

#### **b) Benutzungsregelung hinsichtlich der Ausübung einer Grunddienstbarkeit (Benutzungsdienstbarkeit)**

Auch für diese Lösungsmöglichkeit muss ein Lagerraum – wie in Ziffer II. 1. dargestellt – innerhalb der Tiefgarage als eigenständige Sondereigentumseinheit wegen der in vorstehender Ziffer II. 2. a) erläuterten Veräußerbarkeit gebildet werden. Der teilende Eigentümer bestellt an den übrigen, in der Teilungserklärung neu gebildeten Teileigentumseinheiten eine Grunddienstbarkeit (Benutzungsdienstbarkeit) gemäß § 1018 BGB zugunsten der jeweiligen Eigentümer des zu Sondereigentum erklärten Lagerraumes des Inhalts, dass diese zum Abstellen von Personenkraftwagen und Kraftfahrzeugen auf den sich auf dem Oberdeck der Tiefgarage befindlichen Stellplätzen sowie zum Gehen und zum Fahren mit Personenkraftwagen und Kraftfahrzeugen auf den sich auf dem Oberdeck befindlichen Flächen, welche Zufahrt zu den Stellplätzen gewähren, berechtigt sind. Zur Verdinglichung dieser Rechte mit Wirkung für und gegen Sonderrechtsnachfolger ist die Eintragung einer Grunddienstbarkeit in das Grundbuch an den vorstehend genannten Einheiten zugunsten der jeweiligen Eigentümer des Lagerraumes erforderlich.

Bei Veräußerung eines bestimmten ideellen Miteigentumsanteils am Lagerraum (Bruchteilshöhe auch hier entsprechend der Anzahl der vorhandenen oberirdischen Stellplätze) kann nun in der jeweiligen Kaufvertragsurkunde die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf einem bestimmten Stellplatz samt Geh- und Fahrrecht an den Zufahrtsflächen mit dem veräußerten ideellen Miteigentumsanteil verbunden werden, z. B. ideeller Miteigentumsanteil zu 1/x-tel an dem Lagerraum, mit welchem das alleinige und ausschließliche Parkrecht am oberirdischen Stellplatz Nr. 1 samt Geh- und Fahrrecht an den oberirdischen Zufahrtsflächen verbunden ist.

Nicht unzweckmäßig erscheint hier die Eintragung eines entsprechenden Herrsch- oder Aktivvermerkes gemäß § 9 Abs. 1 GBO am berechtigten Lagerraum. Dieser Vermerk hat lediglich kundmachende Bedeutung für die Miteigentümer des La-

geraumes, vor allem aber für die Gläubiger von Grundpfandrechten an Miteigentumsanteilen des Lagerraumes, die sich hiermit gegen Übergehung bei Löschung der Grunddienstbarkeit aus dem Grundbuch, welche für den Wert der mit dem berechtigten Lagerraum verbundenen Stellplätze von wesentlicher Bedeutung ist, absichern. Zur Löschung der vorgenannten Grunddienstbarkeit aus den dienenden Teileigentumsgrundbüchern sind aufgrund des Herrsch- bzw. Aktivvermerks neben den jeweiligen Eigentümern des Lagerraumes auch die Einwilligungen der Grundpfandrechtsgläubiger am Lagerraum je in der Form des § 29 GBO erforderlich<sup>22</sup>.

### **III. Vergleich der dargestellten Lösungsmöglichkeiten**

Die Sondernutzungsrechte an bestimmten Stellplätzen, welche mit den ideellen Miteigentumsanteilen am Lagerraum verbunden sind, werden durch Grundbucheintragung als abweichende Vereinbarung über das Verhältnis der Teileigentumseigentümer untereinander mit Wirkung für und gegen Sonderrechtsnachfolger sämtlicher Sondereigentümer der Tiefgarage Inhalt (jedoch nicht Gegenstand) des Sondereigentums (§ 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG)<sup>23</sup>. Das Sondernutzungsrecht erlischt somit erst mit Auflösung der Teileigentümergemeinschaft, wobei diese gemäß § 11 Abs. 1 WEG grundsätzlich unauflöslich ist<sup>24</sup>. Ein Verzicht auf das Sondernutzungsrecht durch den einzelnen Stellplatzberechtigten ist nicht möglich, sondern nur die Abänderung der dinglichen Inhaltsvereinbarungen gemäß §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 WEG<sup>25</sup> durch die Miteigentümer am Lagerraum und sämtlicher sonstiger Eigentümer.

Bei den in vorstehenden Ziffern II. 2. a) und b) dargestellten Lösungsmöglichkeiten erfolgt die dingliche Sicherung der Vereinbarungen betreffend die oberirdischen Stellplätze mit Wirkung für und gegen Rechtsnachfolger jeweils in Abteilung II des Grundbuches, entweder durch Eintragung einer Benutzungsregelung am Lagerraum oder durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit an den dienenden Teileigentumseinheiten zugunsten des Lagerraumes, evtl. samt Herrsch- bzw. Aktivvermerk am Lagerraum selbst. Die schlichte Miteigentümergeinschaftvereinbarung (Benutzungsregelung), die gemäß § 1010 BGB ein verdinglichtes Rechtsverhältnis, jedoch kein dingliches Recht darstellt<sup>26</sup>, kann durch Teilungsversteigerung aufgelöst werden (vgl. § 751 S. 2 BGB) und behält ihr schuldrechtliches Wesen ebenso wie das Sondernutzungsrecht, welches zwar den Inhalt des Sondereigentums (mit-)bestimmt, aber nicht selbst zum Gegenstand des Sondereigentums wird<sup>27</sup>. Die im Grundbuch eingetragene Miteigentümergeinschaftvereinbarung steht als Anteilsbelastung in einem Rangverhältnis zu anderen Belastungen<sup>28</sup>, und kann somit im Fall der Zwangsversteigerung verloren gehen<sup>29</sup>. Im Gegensatz zum Sondernutzungsrecht werden die Vereinbarungen der Miteigentümer – also die Zu-

<sup>22</sup> *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1150.

<sup>23</sup> Vgl. Fn. 4.

<sup>24</sup> *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2994.

<sup>25</sup> OLG Düsseldorf, DNotZ 1996, 674 m. Anm. *Lüke und Becker*; a. A. LG Augsburg, MittBayNot 1990, 175.

<sup>26</sup> Vgl. BayObLG, WuM 1997, 386, 387.

<sup>27</sup> Vgl. Fn. 25.

<sup>28</sup> *Bauch*, Rpfleger 1983, 421 (424) m. w. N.; nicht richtig LG Augsburg, Rpfleger 1983, 435.

<sup>29</sup> BayObLG, Rpfleger 1976, 304.

ordnung der einzelnen Stellplätze – gegenstandslos, wenn die Bruchteilsgemeinschaft am Lagerraum endet, insbesondere mit Veräußerung aller Miteigentumsanteile am Lagerraum an einen Dritten (auch an mehrere Dritte, welche in Bruchteilsgemeinschaft Eigentümer werden) oder an einen Miteigentümer, weil Sondernachfolge mit Erwerb des Bruchteils eines bisherigen Miteigentümers nicht mehr stattfinden kann<sup>30</sup>. Die Miteigentümergeinschaft besteht also nicht als Regelung eines Alleineigentümers fort und kann durch Grundbuchberichtigung (Bewilligung gemäß § 19 GBO oder nachgewiesene Grundbuchunrichtigkeit gemäß § 22 Abs. 1 GBO) aus dem Grundbuch gelöscht werden. Sie wird jedoch nicht gegenstandslos, wenn Dritte einzeln als Sondernachfolger je eines bisherigen Miteigentümers Miteigentumsanteile am Lagerraum erwerben und ferner dann nicht, wenn (und solange) nur einer der Miteigentumsanteile am Lagerraum mit einem Grundpfandrecht oder einer Reallast belastet ist, da hier wegen des dinglichen Anspruchs des Gläubigers das Weiterbestehen dieses belasteten ideellen (vormaligen) Miteigentumsanteils für die Zwangsvollstreckung fingiert wird (§ 864 Abs. 2 ZPO).

Dagegen besteht die Grunddienstbarkeit solange fort, bis eine rechtsgeschäftliche Aufhebung erfolgt<sup>31</sup>. Diese erfordert die Aufgabenerklärung aller Miteigentümer des Lagerraumes sowie evtl. die Bewilligung sämtlicher Grundpfandrechtsgläubiger am Lagerraum wegen des Herrsch- bzw. Aktivvermerks je in der Form des § 29 GBO samt Löschung aus den dienenden Teileigentumsgrundbüchern – ohne Zustimmung dieser Eigentümer. Andere Gründe für das Erlöschen dieser Grunddienstbarkeit wären etwa Untergang der dienenden Teileigentumseinheiten, Veränderung des betroffenen Oberdecks der Tiefgarage, wodurch die Ausübung dauernd ausgeschlossen ist oder dauerhafter Wegfall des Vorteils für den herrschenden Lagerraum infolge grundlegender Änderung der tatsächlichen Verhältnisse oder der rechtlichen Grundlagen<sup>32</sup>. Für den Fall, dass die Grunddienstbarkeit bei Zwangsversteigerung einer dienenden Teileigentumseinheit – wenn sie nicht nach den Versteigerungsbedingungen gemäß § 91 Abs. 1 ZVG bestehen bleibt – an dieser mit Zuschlag erlischt, ist die Grunddienstbarkeit an den übrigen dienenden Teileigentumseinheiten als inhaltlich unzulässig ebenfalls zu löschen.<sup>33</sup> Es erfolgt hier lediglich der Ersatz des Wertes der Grunddienstbarkeit aus dem Versteigerungserlös mit Zahlung eines Kapitalbetrages gemäß § 92 Abs. 1 ZVG.<sup>34</sup>

Vergleicht man die dargestellten Lösungsmöglichkeiten, so führt eindeutig die Vereinbarung von Sondernutzungsrechten an den oberirdischen Stellplätzen und deren Zuweisung zu ideellen Miteigentumsanteilen an einem Lagerraum zur größtmöglichen Sicherheit der Stellplatznutzungsberechtigten, insbesondere im Falle einer Zwangsversteigerung. Diese Lösung stellt sich auch als die praktikabelste dar.

<sup>30</sup> *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1472.

<sup>31</sup> *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1187.

<sup>32</sup> *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1188.

<sup>33</sup> KG, DNotZ 1975, 105; OLG Frankfurt, Rpfleger 1979, 149.

<sup>34</sup> Dazu *Schiffhauer*, Rpfleger 1975, 187.

## IV. Hinweise für die Praxis

Unabhängig davon, für welche der oben beschriebenen Lösungsmöglichkeit sich der Leser in der Praxis aus den unterschiedlichsten Begründungen entscheiden mag, sollten in jedem Fall nachfolgende Punkte beachtet werden:

### 1. Teilungsverbot am Lagerraum

Da der Lagerraum künftig im Miteigentum von verschiedenen Eigentümern steht, sollte, aufschiebend bedingt für diesen Fall, vom teilenden Bauträger in der Teilungserklärung gemäß §§ 1010 Abs. 1 i.V.m. 746 BGB das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer ausgeschlossen und dies mit Wirkung für und gegen Sondernachfolger am Miteigentumsanteil im Grundbuch eingetragen werden. Dies bewirkt, was analog § 1010 BGB i.V.m. § 6 WEG hier zugelassen werden sollte<sup>35</sup>, dass kein Miteigentümer des Lagerraumes die Teilungsversteigerung beantragen kann. Das Teilungsverbot wirkt jedoch bei der Zwangsversteigerung gemäß § 751 Abs. 2 BGB und in der Insolvenz gemäß § 84 Abs. 2 InsO nicht.

### 2. Regelungen zur Kostentragung

Wie bereits in Ziffer II. 1. erwähnt, sollte die Bruchteilshöhe des Lagerraumes in der Teilungserklärung so festgesetzt werden, dass sie im Verhältnis zu den übrigen Teileigentumseinheiten so hoch ist, dass das Verhältnis der Zahl der oberirdischen Stellplätze zur Zahl der Tiefgaragenstellplätze richtig ist. Grundsätzlich obliegt sämtlichen Eigentümern die Lastentragung gemäß § 16 Abs. 2 WEG entsprechend der Bruchteilshöhe der Teileigentumseinheiten. Hiervon abweichende Bestimmungen sollten in der Teilungserklärung getroffen werden, wenn eine tatsächliche Nutzung in der Natur nicht durch sämtliche Eigentümer erfolgt, so z. B. bezüglich der Rampe samt Garagentor (Benutzung ohne Berechtigte der oberirdischen Stellplätze) oder bezüglich der oberirdischen Stellplätze samt Zufahrtsflächen (Benutzung ohne Eigentümer der Tiefgaragenstellplätze).

### 3. Belastung mit Grundpfandrechten

Gemäß § 1114 BGB i.V.m. § 3 Abs. 6 GBO kann ein ideeller Miteigentumsanteil am Lagerraum in der Hand des Alleineigentümers nicht mit einem Grundpfandrecht belastet werden. Erst mit Eigentumsumschreibung auf einen Käufer gelangt das Grundpfandrecht am ideellen Miteigentumsanteil im Grundbuch zur Eintragung. Ein etwa schon vorher bestelltes Grundpfandrecht kann daher nur teilweise eingetragen werden. Daher empfiehlt es sich, entweder nicht auch den ideellen Miteigentumsanteil am Lagerraum, sondern nur ein etwa mitverkauftes Wohnungseigentum zu belasten oder zunächst Teilvollzug des Grundpfandrechtes im Grundbuch nur am (etwa mitverkauften) Wohnungseigentum zu beantragen und das Grundpfandrecht bei endgültiger Eigentumsumschreibung auch am ideellen Miteigentumsanteil am Lagerraum einzutragen.

<sup>35</sup> A. A. *Schöner*, Rpfleger 1997, 416.

# Das Mietrechtsreformgesetz – einzelne Auswirkungen bei Übertragung von vermietetem Grundbesitz

Von Notar *Martin Wachter*, Günzburg

Am 1.9.2001 ist das Mietrechtsreformgesetz<sup>1</sup> in Kraft getreten, das bis auf wenige Ausnahmen auch auf alle bereits zu diesem Zeitpunkt bestehenden Mietverhältnisse Anwendung findet. Der vorliegende Beitrag beleuchtet einige wesentliche Neuerungen und Änderungen, die sich durch das Mietrechtsreformgesetz bei der Übertragung eines vermieteten Objektes ergeben.

## A. Ziele des Mietrechtsreformgesetzes

Ziel des Mietrechtsreformgesetzes war und ist es, das sprachlich und inhaltlich teilweise veraltete und durch zahlreiche Gesetzesänderungen unübersichtlich und unverständlich gewordene Mietrecht einer grundlegenden Reform zuzuführen<sup>2</sup>.

Durch die Reform soll das Mietrecht übersichtlicher, verständlicher und transparenter werden, mehr Raum für eine eigenverantwortliche Vertragsgestaltung zwischen den Mietvertragsparteien gewähren und für einen ausgewogenen Interessenausgleich zwischen Mietern und Vermietern sorgen. Zugleich sollen die Bedürfnisse älterer Mitbürger und behinderter Menschen berücksichtigt werden und Energiesparreize gefördert werden.<sup>3</sup>

Das Gesetz wurde neu gegliedert. Nach einem allgemeinen Teil für alle Mietverhältnisse (§§ 535 bis 548 BGB n.F.) regelt der größte Teil der neuen Paragraphenfolge (§§ 549 bis 577 a BGB n.F.) das Mietverhältnis über Wohnraum und ist untergliedert nach dem typischen Ablauf eines Mietverhältnisses. Der 3. Teil (§§ 578 bis 580 a BGB n.F.) enthält die Regelungen zu den Mietverhältnissen über andere Sachen und verweist dabei weitgehend, jedoch in unterschiedlichem Umfang, auf die Regelungen zum Wohnraummietrecht.

## B. Einzelne Neuregelungen und Änderungen

### I. „Kauf bricht nicht Miete“

Die Regelungen der §§ 571 ff. BGB a.F. finden sich nunmehr weitgehend wieder in den §§ 566 ff. BGB n.F., wobei der Wortlaut der meisten dieser Regelungen unverändert gelassen

wurde.<sup>4</sup> Für vermietete Grundstücke und vermietete andere Räume als Wohnraum gelten diese Regelungen über die Verweisungen in § 578 BGB n.F.

Wie bisher gilt daher, dass der Erwerber erst durch seine Eintragung im Grundbuch in das Mietverhältnis hinsichtlich aller während der Dauer seines Eigentums sich ergebenden Rechte und Pflichten eintritt, so dass ihn nur die ab der Eintragung daraus entstehenden Rechte und Pflichten betreffen. Auch die subsidiäre, einem Bürgen gleiche Haftung des Veräußerers für die Erfüllung der Pflichten aus dem Mietvertrag bis zur Kenntniserlangung des Mieters über den Eigentumsübergang gemäß dem bisherigen § 571 II BGB (nunmehr § 566 BGB n.F.) ist inhaltsgleich geblieben.

Nicht ganz unproblematisch für die zweifelsfreie Anwendbarkeit des § 566 BGB n.F. auch auf andere Veräußerungen als Verkäufe, ist die nunmehr eingeführte amtliche Überschrift des § 566 BGB n.F. Das Gesetz verwendet hierbei die allgemeine Redewendung „Kauf bricht nicht Miete“<sup>5</sup>, spricht jedoch weiterhin im Gesetzestext von der Veräußerung des vermieteten Grundstückes. Bei einer Veräußerung handelt es sich jedoch nach dem juristischen Sprachgebrauch um die durch Übertragung eines Rechts vorgenommene Verfügung<sup>6</sup>, so dass es hierbei um das dingliche Rechtsgeschäft geht. Durch die Wahl der Überschrift könnte nunmehr unterstellt werden, dass § 566 BGB n.F., nur noch bei einer aufgrund eines Kaufvertrages vorgenommenen Veräußerung zur Anwendung kommt. Dies würde jedoch die bisherige Rechtspraxis und auch den Vorstellungen und der Zielrichtung des Mietrechtsreformgesetzes widersprechen. Daher wird auch zukünftig bei jeder Art von rechtsgeschäftlicher Eigentumsübertragung, einschließlich der Übertragung von Gesellschaftsanteilen einer GbR<sup>7</sup>, der Erwerber des vermieteten Objektes kraft Gesetzes unmittelbar mit dem dinglichen Eigentumsübergang und ohne Rücksicht auf seine Kenntnis vom Mietverhältnis in die in diesem Zeitpunkt bestehenden Rechte und Pflichten des Mietverhältnisses eintreten.

### II. Änderungen bei Mietsicherheiten

Neben der allgemeinen Mietsicherheit durch Kautionszahlung nach § 551 BGB n.F. tritt nunmehr auch die besondere Mietkaution nach § 554a II BGB n.F. zur Sicherung der Wie-

<sup>1</sup> Bundesgesetzblatt 2000, 1149 ff.

<sup>2</sup> Bereits 1974 ersuchte der Bundestag in einer Entschließung die Bundesregierung einen Gesetzentwurf vorzulegen, der das derzeit geltende, in zahlreichen Vorschriften zersplitterte Recht über die soziale Sicherung des Wohnens bereinigt und diese Vorschriften einheitlich und für die Betroffenen verständlich und übersichtlich zusammenfasst. Dabei sollten auch die mietrechtlichen Vorschriften an die künftige Situation auf dem Wohnungsmarkt angepasst werden.

<sup>3</sup> Begründung der Gesetzesvorlage BT-Drucksache 14/4553 vom 8.11.2000; An der Erreichung dieser Ziele wurden von den Grundstückseigentümern und Vermieterverbänden erhebliche Zweifel geäußert; kritisch etwa *H. R. Horst*, MDR 2001, 721.

<sup>4</sup> Siehe „Synopsis der durch das Mietrechtsreformgesetz geänderten Vorschriften und ihrer zuvor geltenden Fassung“ in der Beilage zu *Schönfelder* Deutsche Gesetze bzw. der Sonderbeilage zu NJW Heft 25/2001; leider ist diese nicht ganz fehlerfrei: in § 573 II Nr. 2 BGB n.F. hinsichtlich der ordentlichen Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters fehlt, dass wie bisher, die Eigenbedarfskündigung nicht nur bei Bedarf des Vermieters für sich oder seine Familienangehörigen, sondern auch für „die Angehörige seines Haushalt“ ausgeübt werden kann.

<sup>5</sup> Zur Ungenauigkeit dieses Schlagworts siehe auch *MünchKomm/Voelskow*, 3. Aufl. § 571, Rdnr. 12.

<sup>6</sup> *Creifelds* Rechtswörterbuch, Stichwort: Verfügung.

<sup>7</sup> BGH MittBayNot 1998, 249.



derherstellung des ursprünglichen Zustandes der Mietsache im Zusammenhang mit behindertengerechten Ein- und Umbauten des Mieters. Der Vermieter kann diese in Höhe der geschätzten Rückbaukosten vor Erteilung seiner Zustimmung zu den baulichen Maßnahmen des Mieters verlangen. Außerdem gewährt § 563 b III BGB n.F., aufgrund des durch das Mietrechtsreformgesetz erweiterten Einrittsrechtes von nahestehenden Personen, beim Tod des Mieters dem Vermieter das Recht, zum Schutz seiner Interessen vom Eintretenden eine allgemeine Mietsicherung gemäß § 551 BGB n.F. zu verlangen, wenn vom verstorbenen Mieter noch keine derartige geleistet wurde.<sup>8</sup>

### 1. Änderungen bei den allgemeinen Mietsicherheiten

Nach der Gesetzesbegründung soll die Umformulierung des Wortlautes von § 550 b I BGB a.F., wie sie in § 551 I BGB n.F. Gesetz geworden ist, lediglich klarstellen, dass es sich beim Dreifachen der Monatsnettomiete um einen Höchstbetrag handelt. Wie bisher ist der Mieter zur Zahlung in drei Raten berechtigt und ist ein vereinbarter Geldbetrag getrennt vom Vermietervermögen bei einem Kreditinstitut zu den für Spareinlagen mit dreimonatiger Kündigungsfrist üblichen Zinssatz anzulegen.

Neu ist jedoch die Regelung, dass die Vertragsparteien auch eine andere Anlageform vereinbaren können. Das Gesetz will den Parteien im Sinne einer größeren Vertragsfreiheit ermöglichen, das Geld mit höheren Erträgen anzulegen. Dabei tragen jedoch beide Parteien in gleicher Weise ein mögliches Verlustrisiko, so dass keiner der Mietvertragsbeteiligten eventuelle durch die gewählte Anlageform eingetretene Verluste ausgleichen muss.<sup>9</sup> Hinsichtlich der zu treffenden Vereinbarung schreibt das Gesetz keine Form vor und schließt auch nicht aus, dass während der Vertragsdauer eine entsprechende Vereinbarung getroffen wird. Im Übrigen übernimmt die Neuregelung im § 551 BGB n.F. weitgehend den Wortlaut des § 550 b BGB a.F.<sup>10</sup>

### 2. Erweiterung der Rückzahlungshaftung

Nicht nur sprachlich, sondern auch inhaltlich wurde die bisherige Regelung des § 572 BGB a.F. hinsichtlich der Rückgewähr der Mietsicherheit nach Beendigung des Mietverhältnisses und nach eingetretenem Vermieterwechsel in § 566 a BGB n.F. neu geregelt.

#### a) Haftung des Veräußerers

Bis zur Entscheidung des BGH vom 23.3.1999<sup>11</sup> war es strittig, ob der Veräußerer auch dann noch dem Mieter gegenüber auf Rückzahlung der Mietkaution bei Beendigung des Mietverhältnisses haftet, wenn er den Kautionsbetrag auf den Erwerber übertragen hat. Hierzu hat der BGH in dieser Entscheidung klar gestellt, dass der Übergang der Rechte und Pflichten gemäß § 571 BGB a.F. auf den Erwerber nicht die Verpflichtung zur Rückgabe der vom Mieter geleisteten Sicherheit umfasst, da sich die Gewährung der Sicherheit aus einer zum Mietverhältnis ergänzend getroffenen Sicherheitsabrede ergibt. Der Mieter bedürfe des Schutzes vor der Gefahr, seinen ursprünglichen Vertragspartner, dem er insbeson-

dere bei Hingabe einer Barkaution zur freien Verwendung persönliches Vertrauen geschenkt hat, zu verlieren und stattdessen an einen nicht zahlungskräftigen oder zahlungsunwilligen Schuldner zu geraten.

Diese subsidiäre Haftung des Veräußerers ist nunmehr in § 566 a S. 2 BGB n.F. normiert worden. Sie besteht nach der Gesetzesformulierung unabhängig davon, ob der Erwerber die Mietsicherheit erhalten hat oder sich zur Rückzahlung bei Mietvertragsbeendigung dem Veräußerer gegenüber verpflichtet hat. Es liegt daher am Veräußerer, durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen mit dem Erwerber sein Rückzahlungsrisiko auszuschalten, z. B. durch Vereinbarung einer Bankbürgschaft zu seinen Gunsten<sup>12</sup> oder sich vom Mieter von der Rückzahlungshaftung durch eine entsprechende Vereinbarung freistellen zu lassen.

#### b) Haftung des Erwerbers

Nach der bisherigen Regelung des § 572 BGB a.F. trat der Erwerber nur in die Rechte aus der Mietsicherheit ein und war zur Rückgewähr bei Vertragsbeendigung nur verpflichtet, wenn ihm die Sicherheit ausgehändigt wurde oder er dem Veräußerer gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernommen hatte.

Demgegenüber regelt nunmehr § 566 a S. 1 BGB n.F.: *Hat der Mieter des veräußerten Wohnraumes dem Vermieter für die Erfüllung seiner Pflichten Sicherheit geleistet, so tritt der Erwerber in die dadurch begründeten Rechte und Pflichten ein.*

Der Gesetzgeber hielt es für sinnvoll, dass der Mieter bei Mietende die geleistete Sicherheit in jedem Fall vom Erwerber zurückverlangen kann und zwar anders als nach der bisherigen Rechtslage unabhängig davon, ob der Erwerber die Sicherheit seinerzeit beim Eigentumswechsel tatsächlich erhalten und/oder eine Pflicht zur Rückgewähr übernommen hat. Es soll insoweit vermieden werden, dass der Mieter, gerade wenn der Eigentumswechsel bereits lange Zeit zurückliegt und der Mieter den aktuellen Aufenthaltsort des früheren Vermieters nicht mehr kennt, von ihm ggf. nur noch unter erheblichen praktischen Schwierigkeiten die Sicherheit zurück-erhalten kann.<sup>13</sup> Durch die nunmehrige Formulierung des Gesetzes soll klargestellt werden, dass der Erwerber auch in alle Pflichten aus der Sicherheitsabrede, insbesondere auch in die Verzinsungspflicht und die Pflicht zur Rückzahlung der angefallenen Zinsen eintritt.<sup>14</sup>

Damit haftet der Erwerber bei Beendigung des Mietverhältnisses unmittelbar dem Mieter gegenüber auf Rückgewähr der Mietsicherheit, unabhängig davon, ob sie ihm übertragen wurde oder ob er überhaupt von deren Gewährung Kenntnis erlangt hat. Das Gesetz verpflichtet den Erwerber zu einer gesetzlichen Schuldübernahme. Ein Regressanspruch gegen den Veräußerer wird nicht normiert. Da jedoch der Erwerber Kraft Gesetzes in die Rechte aus der gewährten Mietsicherheit eintritt, steht ihm daraus auch ein Anspruch auf Aushändigung der Sicherheiten zu.<sup>15</sup>

<sup>8</sup> Dies gilt auch bei Altverträgen, die bereits am 1.9.2001 bestanden.

<sup>9</sup> BT-Drucksache 14/4553, S.48; Grundmann, NJW 2001, 2497/2500.

<sup>10</sup> Das ursprünglich im Gesetzesentwurf vorgesehene Wahlrecht des Mieters auf Stellung einer Bürgschaft ist ebensowenig Gesetz geworden, wie die vom Bundesrat geforderten Regelungen über die Verpflichtung zur Zurückzahlung der Mietkaution innerhalb einer gesetzlichen Höchstfrist.

<sup>11</sup> MittBayNot 1999, 467.

<sup>12</sup> Regierungsbegründung BT-Drucksache 14/4553 S. 63.

<sup>13</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucksache 14/5663 S. 81.

<sup>14</sup> Rechtsausschuss a.a.O.

<sup>15</sup> MünchKomm. 3. Aufl., Voelskow, § 572 Rdnr. 5; nach OLG Karlsruhe NJW-RR 89, 267, hat der Mieter sogar einen Anspruch gegen den Vermieter darauf, dass der Kautionsbetrag dem Erwerber ausbezahlt wird, soweit und sofern nicht dem Vermieter gegen den Mieter noch Ansprüche zustehen, die durch die Kaution gesichert werden oder soweit nicht die Übertragung zwischen Veräußerer und Erwerber ausgeschlossen wurde.

### 3. Folgen für die Belehrungspflicht des Notars und die notarielle Vertragsgestaltung

Im Rahmen der Beurkundung einer Grundstücksveräußerung hat der Notar die Vertragsparteien nicht nur auf das Bestehen bleiben des Mietverhältnisses und den Zeitpunkt und die Art des Übergangs von Rechten und Pflichten aus dem Mietverhältnis auf den Erwerber zu belehren, sondern auch auf die für jede Seite bestehende Haftungsverpflichtung hinsichtlich der Rückzahlung der Mietkaution hinzuweisen. Er wird dabei auch darauf hinwirken müssen, dass der Veräußerer eindeutige Angaben gegenüber dem Erwerber zu machen hat, ob und in welcher Art Mietsicherheiten geleistet wurden. Er hat den Vertragsbeteiligten Regelungen anzubieten, wie diese ihre Haftungsrisiken minimieren oder ausschließen können. Es bleibt jedoch den Vertragsbeteiligten freigestellt, entsprechende Sicherungsvereinbarungen zu treffen.

#### a) Absicherungsmöglichkeit des Veräußerers:

Aus der unmittelbaren Haftung wegen der Pflichten aus dem Mietverhältnis, insbesondere auf Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs (§ 535 I 1 BGB n.F.), Erhaltung der Mietsache (535 I 2 BGB n.F., bisher § 536 a.F.), Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel (§§ 536–536 b BGB n.F., bisher §§ 537–541 a.F.), Tragung von Lasten der Mietsache (§ 535 I 3 BGB n.F., bisher § 546 a.F.), Ersatz von Verwendungen des Mieters (§ 536 II 2, 539 I BGB n.F., bisher § 547 a.F.) sowie Duldung der Wegnahme von Einrichtungen des Mieters (§§ 539 II, 552 BGB n.F., bisher § 547 a BGB a.F.), wird der Vermieter wie bisher bereits frei, wenn der Mieter von dem Übergang des Eigentums durch Mitteilung des Vermieters Kenntnis erlangt (§ 566 II Nr. 2 BGB n.F.). Diese Freistellung von der subsidiären, bürgengleichen Haftung tritt jedoch erst zu dem Zeitpunkt ein, zu dem nach Zugang der Mitteilung des Vermieters die Kündigung des Mieters erstmals zulässig gewesen wäre<sup>16</sup>. Eine Mitteilung des Vermieters an den Mieter vor Eigentumsumschreibung kann daher den Veräußerer noch nicht von der subsidiären, bürgengleichen Haftung befreien, es sei denn, der Mieter stimmt dem Wechsel des Vermieters ausdrücklich zu diesem Zeitpunkt schon zu und entlässt ihn aus seiner Haftung.

Der Ausschluss dieser Haftung sollte, soweit wie möglich, bereits durch Individualvereinbarung zwischen Vermieter und Mieter im Mietvertrag erfolgen.<sup>17</sup> Eine Absicherung des subsidiären Haftungsrisikos im Veräußerungsvertrag wird sich meist nur schwierig gestalten lassen. In Betracht kommen die üblichen Sicherungsmittel wie Bürgschaft oder Grundpfandrecht an geeigneter Rangstelle.<sup>18</sup> Frenz empfiehlt hierzu folgende Formulierung:

„Der Notar hat darüber belehrt, dass der Veräußerer für die Erfüllung der bei Eigentumswechsel bestehenden Pflichten aus dem Mietverhältnis durch den Erwerber und dessen Rechtsnachfolger haftet und eine Haftungsbefreiung nur im beschränkten Umfang gemäß § 566 II 2 BGB ohne Zustimmung des Mieters möglich ist. Er hat ferner darauf hingewiesen, dass eine Absicherung des Verkäufers gegen dieses Risiko etwa durch ein Grundpfandrecht an einer geeigneten Rangstelle oder durch eine Bürgschaft eines Kreditinstitutes erreicht werden kann.“

<sup>16</sup> MünchKomm/Voelskow, § 571 Rdnr. 20; bei einem Zeitmietvertrag bleibt die Haftung bis zum Ende der Vertragszeit bestehen.

<sup>17</sup> Frenz, MittRhNotK 1991, 165/199; eine formularmäßige Befreiung ist im Mietvertrag jedoch unzulässig, MünchKomm/Voelskow a.a.O.

<sup>18</sup> Frenz, MittRhNotK 1991, 165/199.

#### b) Haftungsrisiken wegen Mietkautionsrückzahlung:

Der Veräußerer sollte eine eindeutige, haftungsbegründende Erklärung hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens einer Mietsicherheit abgeben. Der Notar hat in diesem Zusammenhang auf die gesetzlichen Rückzahlungshaftungen von Erwerber und Veräußerer hinzuweisen. Denkbar wäre dazu folgende Formulierung:

Der Erwerber wurde auch auf seine Haftung für Rückgabe der Sicherheiten hingewiesen, die der Mieter für die Erfüllung seiner Pflichten aus dem Mietvertrag geleistet hat (z.B. Rückzahlung einer geleisteten Kautions nebst gesetzlich geschuldetem Zins). Der Veräußerer versichert hierzu, dass

– der Mieter keine solchen Sicherheiten geleistet hat.

oder alternativ:

– der Mieter nur die im Mietvertrag bezeichneten Kautions, die dem Erwerber bekannt sind, geleistet hat, die der Veräußerer dem Erwerber bei Besitzübergabe mit allen aufgelaufenen Zinsen auszuhändigen hat.

Dem Veräußerer ist bekannt, dass er bei Beendigung des Mietverhältnisses vom Mieter auf Rückgewähr der Sicherheit in Anspruch genommen werden kann, wenn dieser sie von einem zukünftigen Erwerber nicht erlangen kann. Der Erwerber verpflichtet sich, den Veräußerer von dieser Haftung freizustellen. Auf Absicherung der Freistellung wird verzichtet; der Notar hat die Sicherungsmöglichkeiten (u.a. Bürgschaft, Grundpfandrecht) erläutert.

oder:

Der Veräußerer wird selbst sich von dieser Haftung durch Erklärung des Mieters freistellen lassen.

Die Absicherung der Freistellungsverpflichtung des Erwerbers gegenüber dem Veräußerer im Falle, dass der Mieter den Veräußerer nicht aus der Haftung entlässt, ist nicht unproblematisch. Für eine Bankbürgschaft würden wegen der unbestimmten Dauer des Mietverhältnisses erhebliche Kosten anfallen. Die Eintragung eines Grundpfandrechtes würde die Beleihbarkeit des Vertragsobjektes beeinträchtigen. Auch kann unter Umständen die spätere Löschung durch den zwischenzeitlich unbekanntem Aufenthalt des Gläubigers erschwert sein.

Der Erwerber kann sich nur dadurch absichern, dass er vor Vertragsabschluss bzw. Zahlung des Kaufpreises eine schriftliche Bestätigung des Mieters besorgt, worin dieser erklärt, dass keine Sicherheiten an den Veräußerer geleistet wurden oder, falls Sicherheiten geleistet sind, dass er sich die Höhe dieser Sicherheiten bestätigen lässt und er die Zahlung des vollen Kaufpreises von der Übergabe der Sicherheitsbeträge einschließlich aufgelaufener Zinsen abhängig macht bzw. berechtigt ist, in Höhe dieser Beträge mit dem zu zahlenden Kaufpreis aufzurechnen.

### III. Veräußerung bei befristetem Mietvertrag

Seit 1.9.2001 kann nur noch ein echter Zeitmietvertrag abgeschlossen werden, dessen Ablauf tatsächlich zur Beendigung des Mietverhältnisses führt. Für die zuvor abgeschlossenen Zeitmietverträge bleibt es jedoch beim alten Recht (Art. 229 § 3 III EGBGB).

Nach altem Recht gab es neben dem qualifizierten Zeitmietvertrag gemäß § 564 c II BGB a.F., dem das neue Recht des

§ 575 n.F. weitgehend nachgebildet ist, auch den einfachen Zeitmietvertrag gemäß § 564 c I BGB a.F., bei dem sich der Mieter auf die Sozialklausel und den Räumungsschutz berufen konnte. Beim Zeitmietvertrag nach neuem Recht entfällt nunmehr die Möglichkeit des Mieters, sich auf die Sozialklausel und den Räumungsschutz zu berufen und auch die gesetzliche Begrenzung der zulässigen Laufzeit.<sup>19</sup> Daher kann ein Zeitmietvertrag nach neuem Recht nur noch unter bestimmten Befristungsgründen abgeschlossen werden, die den Gründen des bisherigen qualifizierten Mietvertrages nach § 564 c II BGB a.F. entsprechen. Zulässig ist daher nur Befristung wegen

- späteren Eigenbedarfs
- vorgesehener wesentlicher Veränderung oder
- weil die Räume an einen zur Dienstleistung Verpflichteten vermietet werden sollen.

Bei Abschluss eines Veräußerungsvertrages über ein befristet vermietetes Objekt sollte der Erwerber des vermieteten Grundbesitzes über den Befristungsgrund Kenntnis haben. Problematisch kann werden, ob der Erwerber in seiner Person den Eintritt des Befristungsgrundes herbeiführen kann. Fällt nämlich der Befristungsgrund bis zum vereinbarten Ablauftermin weg, kann der Mieter die Verlängerung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit verlangen (§ 575 III 2 BGB n.F.). Auch ist es unzulässig, den Befristungsgrund während des Mietverhältnisses auszuwechseln. Nach Ansicht des Gesetzgebers<sup>20</sup> lässt die Veränderung des Sachverhalts bei ansonsten gleichbleibendem Befristungsgrund die Befristung bestehen, etwa wenn anstelle der Tochter nun der Sohn des Vermieters die Wohnung nutzen will.

Schon zum bisherigen qualifizierten Mietvertrag gemäß § 564 c II BGB a.F. war anerkannt, dass der Beendigungsgrund auf den Erwerber übergeht; jedoch müsse bei der Befristung wegen Eigenbedarf die Nutzung nach Beendigung des Mietverhältnisses durch den ursprünglichen Vermieter erfolgen<sup>21</sup>. Der Erwerber eines wegen zukünftig vorgesehener Eigennutzung befristet vermieteten Grundstückes kann daher die Beendigung des Zeitmietvertrages nach neuem Recht nur durchsetzen, wenn der neue Nutzer aus dem Personenkreis stammt, hinsichtlich dessen der ursprüngliche Vermieter den Eigenbedarf geltend machen dürfte, es sich also um den ursprünglichen Vermieter, dessen Familienangehörigen, sowie die Angehörigen seines Haushalts (z.B. Pflegekinder, Lebenspartner und/oder dessen Kinder) handelt.

#### IV. Verkauf nach Umwandlung in Wohnungseigentum

Die Regelungen der bisherigen §§ 570 b, 564 b II Nr. 2 S. 2 u. 3 BGB a.F. finden sich im Wesentlichen wieder in den §§ 577 und 577 a BGB n.F., wobei die allgemeine Regelung des Vorkaufrechtes nach § 577 BGB n.F. (bisher § 570 b) inhaltlich im Wesentlichen unverändert geblieben ist. Das neue Gesetz bringt daher auch keine weitere Klarstellung dahingehend, welche Fälle es sind, bei denen eine Ausübung des Mietvorkaufrechtes erfolgen kann, weil nach Verkauf

des Mietobjektes erst Wohnungseigentum begründet werden soll<sup>22</sup>.

Wie aus Notarkreisen gefordert, hat der Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren darum gebeten, hinsichtlich der Ausübung des Vorkaufrechtes des Mieters die notarielle Beurkundung vorzuschreiben und dies vor allem damit begründet, dass zum Schutz des Mieters dieser durch die Beurkundung vor übereilten Verpflichtungen geschützt und die sachgemäße Beratung sichergestellt werden solle<sup>23</sup>. Die Bundesregierung hat in ihrer Antwort erklärt, dass das neu eingeführte Schriftformerfordernis bei der Ausübung des Vorkaufrechtes als ausreichend angesehen wird und durch die Einführung einer Beurkundungspflicht eine weitere formale Hürde für die Ausübung des Vorkaufrechtes aufgebaut würde, die den Mieter möglicherweise von der Ausübung seines Rechtes abhalten könnte<sup>24</sup>.

Auch die Kündigungssperrfrist von drei Jahren ab Eigentumserwerb durch den Erwerber wegen Eigenbedarf ist geblieben (§ 577 a I BGB n.F.). Neu hinzugekommen ist, dass diese Sperrfrist für eine Kündigung wegen „Hinderung angemessener wirtschaftlicher Verwertung“ nunmehr auch gilt.

Neu geregelt wird die Rechtsgrundlage, aufgrund derer die Landesregierungen durch Rechtsordnung vorschreiben können, dass statt der dreijährigen Kündigungssperrfrist eine bis zu zehnjährige Frist gilt. § 577 a II BGB n.F. ersetzt nunmehr die beiden unterschiedlichen Ermächtigungsgrundlagen und Sperrfristen in § 564 b II BGB a.F., sowie im Gesetz über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnungsverversorgung.

Es gibt daher keine starre Verlängerungsfrist mehr, sondern die Landesregierung hat, nach ihrem freien Ermessen vor Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Eigentumsrechte des Erwerbers sorgfältig deren Bedarf zu prüfen und die Verlängerung der Kündigungssperrfrist auf das notwendige Maß zu beschränken<sup>25</sup>.

Auf vermieteten Wohnraum, der sich in einem Gebiet befindet, in dem eine landesrechtliche Verlängerungsregelung gilt, gelten die bisherigen gesetzlichen Bestimmungen über die Beschränkung des Kündigungsrechtes noch bis zum 31.8.2004 weiter (Art. 229 § 3 VI EGBGB).

Bis zum Ablauf dieser Übergangszeit haben die Landesregierungen neue Rechtsverordnungen auf der Grundlage des § 577 a BGB n.F. zu prüfen und bei Bedarf zu erlassen.<sup>26</sup> Die Kündigungsbeschränkung für den Fall einer Kündigung wegen Hinderung angemessener wirtschaftlicher Verwertung des Grundstückes im Sinne von § 573 II Nr. 3 BGB n.F. gilt soweit nicht, wenn die Veräußerung vor dem 1.9.2001 erfolgt ist und sich die veräußerte Wohnung nicht in einem der landesrechtlich bezeichneten Gebiete mit Verlängerung der Kündigungsfrist befindet (Art. 229 § 3 VI 3 EGBGB), d.h. der Erwerber kann, falls zum Zeitpunkt der Veräußerung keine Sperrfrist bestand, auch nach dem 1.9.2001 ohne Sperrfrist nach § 573 II Nr. 3 BGB n.F. kündigen.

<sup>19</sup> Durch die Aufhebung der Laufzeitbegrenzung soll nach Ansicht des Gesetzgebers die Vertragsfreiheit gestärkt werden; Regierungsbegründung BT-Drucksache 14/4553 S. 69.

<sup>20</sup> Regierungsbegründung BT-Drucksache 14/4553 S. 71.

<sup>21</sup> LG Berlin ZMR 99, 30; MünchKomm/Voelskow, § 564 c Rdnr. 40.

<sup>22</sup> Siehe hierzu F. Schmidt, MittBayNot 1994, 285/290 ff. sowie Langhein, DNotZ 93, 650/654 ff.; sowie die Kommentierungen zu § 570 b BGB a.F.

<sup>23</sup> BT-Drucksache 14/4553 S. 92 f.

<sup>24</sup> BT-Drucksache 14/4553 S. 101.

<sup>25</sup> BT-Drucksache 14/4553 S. 102.

<sup>26</sup> BT-Drucksache 14/4553 S. 76.

## C. Schlussbemerkungen

Das Mietrechtsreformgesetz enthält, wie dargestellt, einige Änderungen, die sich bei der Veräußerung von vermietetem Grundbesitz auswirken. Insbesondere normiert es nunmehr die subsidiäre Haftung des Veräußerers hinsichtlich der Rückzahlung von Mietkautionen, unabhängig davon, ob der Veräußerer die Mietkaution behalten oder an den Erwerber übergeben hat. Außerdem haftet der Erwerber immer für die Rückzahlung einer geleisteten Kautions, auch wenn er von

der Leistung bei Erwerb des Mietobjektes keine Kenntnis erlangt hat.

Im notariellen Übertragungsvertrag sind die Vertragsbeteiligten auf diese Haftungsregelungen hinzuweisen. Dabei hat der Notar ihnen Regelungen zur Einschränkung des Haftungsrisikos vorzuschlagen. Der sicherste Weg ist, dass der Erwerber sich vom Mieter das Bestehen bzw. nicht Bestehen einer Sicherheitsleistung und der Veräußerer sich vom Vermieter seine Freistellung aus der Rückzahlungsverpflichtung jeweils schriftlich bestätigen lässt.

## Mit dem Notarnetz sicher ins Internet

Von Notar a.D. *Alexander Benesch*, Würzburg

Nach dem Abschluss des Testbetriebs steht das Notarnetz inzwischen allen Notarinnen und Notaren zum Anschluss offen. Die Teilnahme von Notaren und deren Angestellten am derzeit laufenden Pilotbetrieb ist jederzeit möglich. Das Notarnetz bietet höchste Sicherheit und Vertraulichkeit im E-Mail-Verkehr sowie beim Zugriff auf das World Wide Web (www). Die Gutachtendatenbank des DNotI ermöglicht exklusiv für Notarnetz-Teilnehmer die Online-Recherche unabhängig von Geschäftszeiten. Der Verfasser gibt einen Einblick in die Probleme der Internetnutzung im Notariat und die Lösungen, die das Notarnetz bietet.

### I. Viren, Würmer und andere Schädlinge sind bereits unterwegs in deutschen Notariaten

Das Internet stellt mit seinen mehreren Millionen Nutzern und seiner weltweiten Verfügbarkeit eine große Quelle für mögliche Angriffe auf die Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Integrität der angeschlossenen Rechner dar. Spektakuläre Meldungen über Sicherheitslücken in der elektronischen Kommunikation sind mittlerweile an der Tagesordnung. Die Bedrohung ist auch für Notare real.

Kürzlich erhielt ich von einem Kollegen eine E-Mail, an die – neben einem Virus – auch ein Vertragsentwurf angehängt war. Die E-Mail wurde nicht willentlich versandt. Das Notariat hatte sich selbstständig gemacht. Ursächlich hierfür war (wohl) eine Variante des Love-Letter-Virus. Der Love Letter ist ein so genannter Wurm. Er verbreitet sich über E-Mail und nutzt dabei das Programm Microsoft Outlook für seine Verbreitung. Eine infizierte E-Mail wird an alle Adressen, die im Outlook-Adressbuch gespeichert sind, versandt. Die bei mir eingetroffene Variante hatte aber nicht nur auf das Adressbuch zugegriffen, sondern auch gleich noch eine Datei von der Festplatte angehängt. Der zentrale Virensch scanner im Notarnetz-Rechenzentrum hat den Wurm erkannt, herausgefiltert und mich alarmiert. Der Virenschutz des Kollegen muss wohl älteren Datums gewesen sein, da der Love Letter das erste Mal am 4.5.2000 gemeldet wurde.

Aus unserem Notarnetz-Rechenzentrum habe ich vor kurzem folgenden Ausdruck aus dem Überwachungsprotokoll der lokalen Notarnetz-Firewall eines neu angeschlossenen Teilnehmers erhalten:

```
„Subject: *** Alert from SonicWall *** [004010012345]
Date: 17.10.2001 12:34:56 12/10/2001 12:34:56.789 – Sub
Seven Attack Dropped – Source: 192.168.123.123, 36370,
WAN – Destination: 192.168.10.12, 1243, WAN –“.
```

Die Warnmeldung „Sub Seven Attack Dropped“ an die Administratoren der Notarnetz-Firewall weist darauf hin, dass das neu an das Notarnetz angeschlossene Notariatsnetzwerk bereits mit einem so genannten Trojaner namens Sub Seven befallen war. Sub Seven öffnet eine Art Hintertür in das verseuchte Netzwerk, mit der der Angreifer Kontrolle über die Zielrechner erhält. Diese können beliebig ferngesteuert und kontrolliert werden. Ein Zugriff auf alle gespeicherten Daten war möglich. Der (aktuelle) Angriff von Sub Seven wurde von der Notarnetz-Firewall erfolgreich abgewehrt. Möglicher Schaden vom Notariat abgewendet.

### II. Notarnetz als Versicherung gegen Angriffe und vieles mehr

Das Notarnetz ist das Schweizer Messer des Notariats im Internet. Es verschafft höchste Sicherheit und ist außerdem multifunktional. Wie beim Schweizer Messer selbst kommen laufend neue Funktionen hinzu. Einmal verwendet und man will es nicht mehr missen. Absolute Sicherheit kann es freilich nicht geben. Die wäre nämlich unbezahlbar. Das Notarnetz kann und soll sich jeder leisten.

Das Notarnetz bietet höchste Sicherheit und Vertraulichkeit im E-Mail-Verkehr. Im Internet werden alle Informationen grundsätzlich offen übertragen, so dass diese von jedem, der Zugang zum Internet hat, mitgelesen werden können. Dies gilt insbesondere für eine E-Mail, die deshalb mit einer nicht unterschriebenen Postkarte verglichen werden kann. Die Notare können im Notarnetz einfach und zuverlässig die Verschlüsselung ihrer E-Mail bewirken. Eine Entschlüsselung und ein Abhören der Inhalte durch unbefugte Dritte ist nach derzeitigem Stand der Technik praktisch nicht möglich. Die Verschlüsselung gewährleistet die Vertraulichkeit.

Im Internet werden alle Daten ohne einen Schutz gegen Veränderung übertragen, so dass jeder, der Zugang zum Internet hat, die Daten manipulieren kann. Da es keine wirksamen Authentisierungsmechanismen zwischen den am Internet angeschlossenen Rechnern gibt, ist es leicht möglich, eine

falsche Identität zu verwenden. Deshalb können Notarnetz-Teilnehmer ihre E-Mail elektronisch signieren. Damit kann der Urheber einer E-Mail zuverlässig erkannt werden. Der Einsatz der qualifizierten elektronischen Signatur im Notarnetz gewährleistet weiter, dass es feststellbar ist, wenn eine E-Mail von unbefugten Dritten oder durch technische Fehler verfälscht wurde. Eingehende E-Mails sind bekanntermaßen das größte Einfallstor für Viren. Deshalb wird (unverschlüsselter) E-Mail-Verkehr mittels eines zentralen, stets aktuellen Virenschanners im Notarnetz-Rechenzentrum auf Virenbefall geprüft. Dadurch wird das Eindringen von Viren erheblich erschwert.

Mit Rücksicht auf die zunehmende Bedeutung des Internet als unerschöpfliche Quelle von Informationen ist ein durch eine zentrale, laufend administrierte Firewall gesicherter Übergang vom Notarnetz in das freie Internet vorgesehen. Das unbefugte Eindringen durch Angreifer von außen in das Notarnetz und die daran angeschlossenen Notariate wird damit nahezu ausgeschlossen. Geht ein Notarnetz-Teilnehmer über das Notarnetz in das freie Internet, wird außerdem seine Identität anonymisiert. Er bekommt also eine Art Tarnkappe übergestülpt, um Angreifern keine Angriffsfläche zu bieten. Die Sicherheitseinstellungen von Web-Browsern werden gegenüber der Standardeinstellung des Herstellers heraufgesetzt. Unter Beachtung einiger weniger Sicherheitsregeln ist es damit jedem Notar (und seinen Mitarbeitern) möglich, sich von seinem Notarnetz-Computer aus sowohl im Notarnetz als auch im Internet frei zu bewegen, ohne befürchten zu müssen, dass Unbefugte Inhalte auf seinem Computer ausspähen oder dort Schaden anrichten.

Das Notarnetz ist damit Sicherheitsgurt und Airbag für das Internet zugleich. Privat werden Sie es ja auch schätzen, in einem Auto zu sitzen, das Ihnen Sicherheit bietet. Wie beim

Autofahren kann aber Sicherheit nicht alles sein. Autofahren muss auch Spaß machen. Hierfür zuständig sind die Anwendungen. Die Mutter aller Anwendungen ist die Gutachtdatenbank des Deutschen Notarinstituts. Mit der Möglichkeit zur Online-Recherche rund um die Uhr an 365 Tagen im Jahr in einem Gutachtenbestand von vielen tausend Gutachten wird ein exklusives Angebot nur im Notarnetz zur Verfügung gestellt. In Papierform existiert nichts Vergleichbares. Die Landesnotarkammer Bayern hat ihre Rundschreibendatenbank beigesteuert. Was die Notarnetz-Teilnehmer schätzen, ist der Zugriff mittels Chipkarte auf die Datenbank. Die Eingabe einer – im Zweifel wieder vergessenen – Benutzerkennung und eines Passwortes entfällt. Zwischenzeitlich hat der Sparkassenverlag auch ein erstes elektronisches Grundschuldformular eingestellt; weitere (Formulare und Banken) werden folgen. Das Formular kann über das Notarnetz heruntergeladen, in die eigene EDV eingespielt und dort weiterverarbeitet werden. Das Online-Medium des Notarnetzes gewährleistet, dass das Formular – anders als manch verwendeter Papiervordruck – stets aktuell ist.

### III. Schluss damit

Das Notarnetz darf nicht als reiner Kostenfaktor missverstanden werden. Der Einsatz modernster Techniken im Notarnetz ist neben mittelfristigen Möglichkeiten zur Kostenersparnis (Porto und Archivierung) ein echter Wettbewerbsvorteil für die angeschlossenen Notare. Diese können mit Fug und Recht behaupten, dass sie es im Internet besser machen als viele sorglose und vielleicht auch ahnungslose Angehörige anderer beratender Berufe. Das steht den Notaren gut zu Gesicht. Nähere Informationen sind im Internet unter [www.notarnet.de](http://www.notarnet.de) oder per Telefon unter 0 18 05/66 06 60 zu erhalten.

## Tagung der ERA Trier (27.–28.9.2001): „Europäisches Vertragsrecht in EG-Richtlinien“

Von Notar *Dr. Stefan Bandel*, Deggendorf, Notar *Falko Bode*, Fürth  
und Notarassessor *Dr. Till Schemmann*, Köln

Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ändert eine große Zahl von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es fordert auch von den Notaren wesentliche Änderungen von Vertragsbestimmungen, die sich unter Geltung des bisherigen Rechts bewährt haben<sup>1</sup>. Diese Änderungen dürften jedoch gering sein im Vergleich zu Veränderungen, die mit der Schaffung eines einheitlichen europäischen Schuldvertragsrechts einhergehen werden. Hieran wird bereits gearbeitet. Auch wenn es sich derzeit noch um Vorarbeiten handelt, so ist angesichts des Elans, mit dem sich zahlreiche Juristen diesem Projekt widmen, eine Verwirklichung auf mittlere Sicht nicht mehr unwahrscheinlich.

So trafen sich Juristen der Wissenschaft und der Praxis aus acht Ländern der EU sowie aus Rumänien und Polen bei der Europäischen Rechtsakademie in Trier, um die Perspektiven eines Europäischen Vertragsrechts zu diskutieren. Insgesamt vierzehn Vorträge befassten sich unter der gemeinsamen Leitung von *Dr. Ludovic Bernadeau* (ERA), *Dr. Dr. h.c. Reiner Schulze*, Professor an der Universität Münster und *Dr. Hans Schulte-Nölke*, Professor an der Universität Bielefeld, in den Sprachen Deutsch, Englisch und Französisch mit den Bestimmungen des EG-Rechts zum Vertrag, zum Vertragsabschluss, zu den Leistungspflichten und zu Folgen von Leistungsstörungen.

### 1. Kommissionsmitteilung zum Europäischen Vertragsrecht

Die diesjährige Veranstaltung erhielt ihre besondere Dynamik durch die jüngste Mitteilung der Europäischen Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht vom 11.7.2001, KOM (2001) 398<sup>2</sup>. Mit ihrer Mitteilung möchte die Kommission herausfinden, wo im Binnenmarkt das Bedürfnis für eine Vereinheitlichung der Vertragsrechte besteht und wie stark es ausgeprägt ist. Die interessierten Kreise wurden bis 15.10.2001 um Stellungnahme hierzu gebeten (vgl. auch die Stellungnahme der BNotK<sup>3</sup>). In der Mitteilung wird der bisher erreichte Stand der Rechtssetzung im Überblick dargestellt (insbesondere Anhang I). Für künftige Rechtssetzungsinitiativen schlägt die Kommission vier „Optionen“ vor, nämlich (I) die passive Nichtausarbeitung weiterer Maßnahmen, (II) die Förderung der wissenschaftlichen Ausarbeitung einheitlicher Rechtsgrundsätze

(„Restatements“), (III) die Überarbeitung und Verbesserung der bisherigen Rechtssetzung und (IV) den Erlass neuer umfassender Rechtsvorschriften.

Die Referenten nahmen dies zum Anlass, die bereits vorhandenen Normen daraufhin zu untersuchen, ob sie eine tragfähige Grundlage für eine allgemeinere Kodifizierung bilden können. In den jeweils halbstündig gehaltenen Referaten wurde hierzu umfangreiches Material zusammengetragen und im Anschluss unter den Tagungsteilnehmern intensiv diskutiert. Leitgedanke der Analyse war die Frage danach, ob eine punktuelle Regelung des Gemeinschaftsrechts, die etwa im Verbraucherrecht getroffen wurde, (verallgemeinerungsfähiges) *specificum des Vertragsrechts* oder aber ein *aliud* ist, dessen Verallgemeinerung ausscheidet. Aus der Vielzahl der geäußerten Gedanken sollen die folgenden Ergebnisse der Tagung hervorgehoben werden:

### 2. Vertrag und Vertragsschluss

Das einleitende Referat von *Dr. Wulf-Henning Roth*, Universitätsprofessor in Bonn, betonte die Vertragsfreiheit und Privatautonomie, welche von den Grundfreiheiten des EG-Vertrages nicht nur vorausgesetzt, sondern nach Auffassung des Referenten auch garantiert werden. *Dr. Hans-W. Micklitz*, Universitätsprofessor in Bamberg, schloss sich mit seinem Vortrag zum privatrechtlichen Vertrag in den Übereinkommen von Brüssel und Rom an. „Die Subjekte des Europäischen Vertragsrechts“ beleuchtete der Bielefelder Universitätsprofessor *Dr. Thomas Pfeiffer*. Ausgehend vom Verbraucherrecht beklagte der Referent die unterschiedlichen Verbraucherbegriffe in Europa. Insbesondere bei der Frage, ob Existenzgründer als Verbraucher zu behandeln sind, scheiden sich in den Mitgliedstaaten die Geister. *Pfeiffer* schlug eine zentrale Definition des Verbraucherbegriffs durch eine Verordnung vor, sprach sich aber gegen einen umfassenden Code de la Consommation aus, insbesondere weil es bisher kein überzeugendes Vorbild für ein solches Verbrauchergesetzbuch gebe.

Den sekundärrechtlichen Regelungen zum Vertragsschluss widmete sich anschließend Professor *Dr. Stefano Troiano* aus Verona, Italien. Seine Analyse am Beispiel der e-commerce-Richtlinie 2000/31/EG ergab, dass das Gemeinschaftsrecht sich mit bestimmten äußeren Umständen des Vertragsschlusses beschäftigt, ohne das genaue „ob und wann“ des Vertragsschlusses zu betrachten. Die Regelung für unbestellte Leistungen in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG (Umsetzung in Deutschland: § 241a BGB) stellt hier eine Ausnahme dar. Dagegen ist in der e-commerce-Richtlinie Art. 11 aufgrund heftiger Kritik im Vorfeld dahin „abgeschwächt“, dass der service provider zur Abgabe einer elektronischen

<sup>1</sup> Vgl. hierzu den Beitrag von *Wälzholz/Bülow*, MittBayNot 2001, 509 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> Abrufbar unter: [http://europa.eu.int/eurlex/de/dat/2001/c\\_255/c\\_25520010913de00010044.pdf](http://europa.eu.int/eurlex/de/dat/2001/c_255/c_25520010913de00010044.pdf).

<sup>3</sup> Abrufbar auf deren Internetseite [www.bnotk.de](http://www.bnotk.de).

Empfangsbestätigung bei Vertragsschluss verpflichtet wird, ohne zu regeln, ob ein Verstoß gegen diese Verpflichtung Rechtsfolgen für den Vertragsschluss hat und welche dies wären. *Troiano* beklagte, dass häufiger unklar ist, in welchem Verhältnis gemeinschaftsrechtliche Rechtsinstitute zu hergebrachten Rechtsgrundsätzen der Mitgliedstaaten stehen. So ist bis heute nicht ausdrücklich festgelegt, ob nach der Haustürwiderrufsrichtlinie 85/577/EWG ein Widerruf Ansprüche aus vorvertraglicher Pflichtverletzung ausschließt oder nicht.

### 3. Leistungspflichten und Leistungsstörungen

Im bisherigen Richtlinienrecht findet sich wenig zu Verträgen allgemein und auch wenig zu vorvertraglichen oder nachvertraglichen Pflichten. Diesem Befund stellte *Dr. Ulrich Magnus*, Universitätsprofessor in Hamburg, seine These gegenüber, dass dennoch ein Fundus zur Entwicklung von Kriterien der „Vertragsmäßigkeit der Leistung“ für das allgemeine Vertragsrecht vorhanden ist, insbesondere im Hinblick auf Informationspflichten, Leistungsort und Leistungszeit. Professor *Dr. Fernando Martínez Sanz* aus Castelló, Spanien, kam anschließend bei seiner Untersuchung des Grundsatzes von Treu und Glauben („Concept of Good Faith“) im Richtlinienrecht zu dem Ergebnis, dass dieses mangels verdichteter Rechtsprechung des EuGH und aufgrund sehr unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Vorverständnisse noch keine klaren Konturen habe. Zusätzlich störend sind die sprachlichen Abweichungen der Übersetzungen in die mitgliedstaatlichen Landessprachen. *Sanz* sprach sich im Zusammenhang mit der Klauselrichtlinie 93/13/EWG dennoch gegen den gesetzgeberischen Konkretisierungsversuch mittels sog. „Black Lists“ (Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit) aus, da sie zu einer künstlichen Verengung des Horizonts auf die Subsumtion der Einzeltatbestände führten, anstatt ein gemeinsames Verständnis des abstrakten Begriffs zu entwickeln.

*Dr. Oliver Remien*, Privatdozent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, betonte bei seiner Untersuchung der Richtlinien zum Themenbereich Leistungsstörungen, dass die Analyse nicht von nationalen Vorverständnissen ausgehen darf, sondern anhand eines verallgemeinerten „Referenzschemas“ erfolgen muss. Er gliederte sein Referenzmuster anhand von Kapitel 9 der Principles of European Contract Law der „Lando-Gruppe“ mit den Elementen Erfüllungsanspruch, Einrede des nichterfüllten Vertrages, Ansprüche auf Vertragsauflösung, Minderung, Schadensersatz und Zinsen. Zu fast jeder Kategorie wurde *Remien* in einer der Richtlinien fündig, wobei sich auch die Flugüberbuchungsverordnung 295/1991/EWG als ergiebig herausstellte. Dennoch resümierte *Remien*, dass den Einzelregelungen kein fertiges System zu entnehmen ist. Für die zukünftige Normsetzung forderte *Remien*, stets auf ein Referenzmuster abzustellen, um so eine größere Regelungstiefe zu erreichen. Im Folgereferat stellte *Dr. Stefan Leible*, Privatdozent an der Universität Bayreuth, die Regelungen des Leistungsverzugs in der Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35/EG dar. Er stellte fest, dass die Anspruchsvoraussetzungen für Zinsen aus Vertragsansprüchen zwischen Unternehmen eingehend geregelt wurden und schlug vor, diese auch auf die Verzinsung einseitiger Ansprüche zu übertragen.

### 4. Informationspflichten und Transparenz

Parallelen der Informationspflichten und Transparenzgebote im Verbraucherrecht und im Kapitalmarktrecht arbeitete *Dr. Holger Fleischer*, Professor an der Universität Göttingen, in

seinem farbigen Vortrag heraus. Als Ausgangspunkt wählte *Fleischer* ein Zitat aus dem Jahr 1914 von Louis Brandeis, dem Richter am US Supreme Court und Gründungsvater des US-amerikanischen Kapitalmarktrechts: „Sunshine is the best disinfectant, electric light is the best policeman“. Anhand zahlreicher Beispiele zeigte *Fleischer* die Bedeutung der Transparenz auch für den individuellen und kollektiven Verbraucherschutz auf und sprach sich für den „verständigen Verbraucher mit einem Mindestmaß an Nachfrageaufmerksamkeit“ als Gesetzgebungsmaßstab aus, wie ihn der Europäische Gerichtshof im Wettbewerbsrecht schon zu Grunde legt. In seinem Folgereferat stellte auch Professor *Dr. Joaquim de Sousa Ribeiro* aus Coimbra, Portugal, das Transparenzgebot als verallgemeinerungsfähigen Grundsatz des Verbraucherrechts dar.

### 5. Widerrufsrechte

*Geraint Howells*, Professor in Sheffield (Großbritannien), warf auch zum Thema der Widerrufsrechte die Frage auf, ob sich dieses Konzept für eine Verallgemeinerung in das allgemeine Zivilrecht anbietet, und forderte vorab eine genaue Untersuchung der Frage, ob Widerrufsrechte Verbraucher effektiv schützen. Bis heute ist unbekannt, wie konsequent Unternehmen auf Widerrufsrechte hinweisen, wie oft Verträge widerrufen werden und aus welchen Gründen dies geschieht. So gibt es marktpsychologische Erkenntnisse, dass sich niemand gerne offenkundig in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzt, was dem Verbraucher aber zur Wahrnehmung seines Widerrufsrecht abverlangt wird. Auch wird eine Kaufentscheidung durch die Inbesitznahme des Gutes psychologisch bestätigt, was ebenfalls den fristgemäßen Widerruf unwahrscheinlicher macht. Unklar ist schließlich nach Aussage *Howells*, wie oft die Widerrufsfrist ohne jede weitere Überlegung verstreicht. Das Widerrufsrecht erfülle seinen Zweck vor allem, wenn ein Vertragspartner überrascht werde (z. B. in der Haustürsituation) und seine Vergleichsmöglichkeiten eingeschränkt sind (z. B. beim Fernabsatz). Aber auch in diesen Fällen sollte, so *Howells*, die genaue Ausgestaltung des Widerrufsrechts unbedingt vereinheitlicht werden, wobei nur zwingende Regeln für Rechtssicherheit sorgen könnten. Es sei z. B. schwer einzusehen, warum sich die Länge der Widerrufsfrist in der Haustürwiderrufsrichtlinie 85/577/EWG nach „Tagen“, in der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG nach „Werktagen“ und in der Teilzeitwohnrechterichtlinie 94/47/EG (Art. 5) wieder nach „Tagen“ bemisst, die Frist aber nur an einem „Arbeitstag“ ablaufen kann.

### 6. Verfahren der Vereinheitlichung und Kompetenz

*Dr. Walter van Gerven*, früherer Generalanwalt am EuGH und jetzt Universitätsprofessor in Leuven, Belgien, griff in seinem Referat direkt die in der Mitteilung der Kommission aufgezählten Handlungsoptionen auf und schlug ein zweistufiges Vorgehen vor. Im ersten Schritt möge das bisherige Richtlinienrecht nach Überarbeitung zu einer Verordnung zusammengefasst werden. Danach solle durch völkerrechtlichen Vertrag der Mitgliedstaaten, also unter Beteiligung aller mitgliedstaatlichen Parlamente sowie aller juristischen Fachkreise und möglichst bürgernah, der „große Wurf“ zur Rechtsvereinheitlichung in Angriff genommen werden. Für eine umfassende Gesetzgebung durch die Gemeinschaftsorgane enthält der EG-Vertrag nach Auffassung des Referenten keine ausreichende Grundlage. Insbesondere ergibt sich diese

nicht aus Art. 95 EG, weil die Vorschrift nach den Kriterien des EuGH-Urteils zur Tabakwerbeverbotsrichtlinie (vom 5.10.2000, Rs. C-376/98, EuZW 2000, S. 694 ff.) ein konkretes Risiko der Binnenmarktbeeinträchtigung erfordert, welches in der erforderlichen Allgemeinheit nicht nachzuweisen ist. Im Übrigen betonte *van Gerven* das Primat der einheitlichen Anwendung des Regelwerks, welche durch Vorlagezuständigkeiten des EuGH sicherzustellen sei und die Rolle einer einheitlicheren Juristenausbildung („It is more important to make European lawyers than European codes“).

Wegen Erkrankung des Osnabrücker Professors *Dr. Christian von Bar* wurde dessen Referat von seinem Assistenten *Dr. Stephen Swann* verlesen. Es handelte sich um eine Kurzwiedergabe der eingehenden Stellungnahme der Commission on European Contract Law und der Study Group on a European Civil Code zur Kommissionsmitteilung<sup>4</sup>. Die Stellungnahme schlägt ebenfalls ein Stufenmodell vor, in dem die wissenschaftliche Entwicklung einheitlicher Restatements (Option II) das zentrale Element ist. Die Restatements sollen zunächst im Wege der Rechtswahl wählbare Modellgesetze werden, um sich später zu abwählbarem einheitlichem Recht fortzuentwickeln.

In seinem mit Spannung erwarteten Referat erläuterte *Dirk Staudenmayer* als Leiter der kommissionsinternen, dienststellenübergreifenden Arbeitsgruppe, welche die Mitteilung verfasst hat, deren politischen Hintergrund und das weitere Verfahren bei der Kommission. Die Mitteilung sollte, so *Staudenmayer*, der Diskussion einen neuen Impuls geben, welche auf Parlamentsebene, aufgrund der Beschlüsse des Ministerrats von Tampere und auch in der Rechtswissenschaft konvergierend geführt wird. Ausgehend vom Faktum der punktuellen Harmonisierung wird auch die passive Option I von der Kommission als reale Möglichkeit angesehen, wenn auf die Mitteilung hin keine Probleme beim Funktionieren des Binnenmarkts oder der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts bekundet würden. Man erwartet aber von den Reaktionen der Unternehmen, Verbände und rechtsanwendenden Berufe auch Material für die Begründung der Gemeinschaftskompetenz (vor allem gem. Art. 95 EG) im Hinblick auf die Optionen II bis IV. Da die Vereinheitlichung ein

langfristiger Prozess ist, könnten auch noch neue Rechtsgrundlagen hierfür in den Vertrag aufgenommen werden. Option IV (Erlass neuer EG-Rechtsvorschriften) bringt, so *Staudenmayer*, eine Vielzahl von Unteroptionen mit sich: Zunächst seien mit Richtlinie, Verordnung und Empfehlung drei Handlungsformen denkbar, die jeweils Vor- und Nachteile hätten. Teilweise hiervon abhängig stellt sich die Frage, ob das Regelwerk automatisch oder nur bei entsprechender Rechtswahl gelten soll, und ob es das nationale Recht vollständig verdrängen oder mit diesem koexistieren soll. Schließlich ist für *Staudenmayer* die Disponibilität der Regeln in verschiedensten Stufen denkbar, etwa eine Abstufung und Kombination je nach Regelungsgegenstand. Keinesfalls sollten der erreichte Stand der Vereinheitlichung (*aquis communautaire*) oder geltende internationale Übereinkommen wie das UN-Kaufrecht in Frage gestellt werden.

## 7. Ausblick

Die Tagung hat unseres Erachtens gezeigt, dass der *aquis communautaire* weit davon entfernt ist, einheitliche und konsistente Regeln des Vertragsrechts bereitzustellen. Dennoch scheint es kein aussichtsloses Unterfangen mehr, durch erweiterte Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Grundsätze einerseits und andererseits durch Rückgriff auf gemeinsame Rechtsgrundsätze aus den Mitgliedstaaten mit dem Bau des Hauses eines einheitlichen Vertragsrechts zu beginnen. Die Bereitschaft hierzu gerade in der deutschen Rechtswissenschaft wächst.

Allerdings ist die Kompetenzfrage ungeklärt, wie die lebhafteste Diskussion im Anschluss an die Referate *van Gervens* und *Staudenmayers* zeigte. Hier wurde ein breites Meinungsspektrum deutlich, von der Ablehnung einer Gemeinschaftskompetenz auch unterhalb der Option IV bis zur faktisch erreichten Allzuständigkeit der Gemeinschaft, die mittlerweile auch rechtlich anzuerkennen sei.

Die Zusammenfassung der Ergebnisse der Konsultation und Beschreibung des weiteren Vorgehens in einem Grünbuch der Kommission einschließlich Aktionsplan für das weitere Vorgehen wird bis Ende 2002 erwartet, noch deutlich vor der nächsten Regierungskonferenz im Jahr 2004. Die Entwicklung ist also rasant und spannend.

<sup>4</sup> Abrufbar unter <http://www.europe.uos.de/ECC/index.htm>.



## Der Immobilienerwerb in Argentinien

Von Notarassessor Dr. Jörn Heinemann, Uttenreuth

### I. Einleitung

Die bedeutendste Rechtsgrundlage für den Erwerb von Grundeigentum in Argentinien, sei es im Wege einer rechtsgeschäftlichen Übertragung oder aufgrund Erbrechts, stellt der am 1.1.1871 in Kraft getretene *código civil* dar. Diese umfassende Kodifikation des argentinischen Zivilrechts ist das Alleinwerk von *Dalmacio Vélez Sársfield* (1800–1875), der im Jahr 1863 mit der Ausarbeitung eines Zivilgesetzbuchs beauftragt worden war<sup>1</sup>, das er 1868 dem argentinischen Kongress vorlegte, der es ohne Aussprache (*a libro cerrado*)<sup>2</sup> durch die *ley* 340 vom 25.9.1869<sup>3</sup> verabschiedete. Wohl einzigartig dürfte sein, dass spätestens seit 1882 alle offiziellen wie inoffiziellen Textausgaben<sup>4</sup> des *código* mit den Anmerkungen *Vélez Sársfields* versehen sind, die – vergleichbar den Motiven zum BGB<sup>5</sup> – über Ursprung, Sinn und Zweck der Vorschriften Aufschluss geben.<sup>6</sup> Die hohe, in Deutschland kaum nachvollziehbare, Wertschätzung, die dem *codificador* in Argentinien entgegengebracht wird, manifestiert sich eindrucksvoll dadurch, dass – wie könnte es auch anders sein – ein erfolgreicher Fußballverein der Hauptstadt Buenos Aires nach ihm benannt ist.<sup>7</sup>

Neben dem *código civil* verdient die *ley* 13.512<sup>8</sup> – ergänzt durch die Verordnung 18.734/49<sup>9</sup> – Aufmerksamkeit, die das von *Vélez Sársfield* noch abgelehnte<sup>10</sup> Wohnungseigentum regelt. Daneben widmen sich etliche Gesetze dem Schutz des Verbrauchers vor unlauteren Machenschaften im Bau- und Maklergewerbe, insbesondere im Zusammenhang mit der Errichtung von Eigentumswohnungen (*ley* 19.724<sup>11</sup>) oder dem Ratenkauf von Immobilien (*ley* 14.005<sup>12</sup>). Von besonderer Be-

deutung für den Grundstückserwerb ist schließlich die *ley* 17.801<sup>13</sup>, worin die Einrichtung eines Eigentumsregisters (endlich) auf eine gesetzliche Grundlage gestellt wurde.

### II. Arten des Eigentums, Güterrecht und weitere dingliche Rechte

#### 1. Allein- und Miteigentum

Das argentinische Recht unterscheidet zwischen Alleineigentum, arts. 2503, inc. 1°, 2506 sig. C.C., und Miteigentum (*condominio*), arts. 2503, inc. 1°, 2508, 2673 sig. C.C., je unterteilt in vollständiges (*pleno o perfecto*) und unvollständiges (*menos pleno, o imperfecto*) Eigentum, abhängig davon, ob die Eigentümerstellung unbedingt und unbelastet ist oder nicht, art. 2507 C.C. Das Verhältnis der Miteigentümer untereinander entspricht im Wesentlichen den Bestimmungen des deutschen Rechts über das Miteigentum und die (römisch-rechtliche) Bruchteilsgemeinschaft.<sup>14</sup>

#### 2. Wohnungseigentum<sup>15</sup>

Durch Gesetz vom 18.9.1948 (*ley* 13.512) wurde die Möglichkeit zur Bildung von Wohnungseigentum geschaffen. Das Gesetz ähnelt in Begrifflichkeit und Systematik der deutschen Rechtslage: Wohnungseigentum ist das Alleineigentum an einzelnen, in sich abgeschlossenen Stockwerken oder Räumen verbunden mit dem Miteigentum am Grundstück und den gemeinschaftlichen Teilen des Gebäudes.<sup>16</sup> Die Gesamtheit der Wohnungseigentümer bildet eine Gemeinschaft, der die Tragung von Lasten und Kosten gemäß ihren Miteigentumsanteilen obliegt<sup>17</sup> und die zwingend einen Verwalter zu bestellen hat<sup>18</sup>.

#### 3. Güterstand

Der eheliche Güterstand in Argentinien, die *sociedad conyugal*, ist eine Art der Errungenschaftsgemeinschaft<sup>19</sup>: Nach der Eheschließung erworbenes Vermögen wird grundsätzlich als Gesamtgut (*bienes gananciales*) behandelt. Zum ausschließlichen eigenen Vermögen der Eheleute zählt hingegen das bereits vor Eheschließung vorhandene Vermögen sowie dessen Surrogate und dasjenige, was die Ehegatten aufgrund Schen-

<sup>1</sup> Vgl. art. 1° de la *ley* 340; *Borchard*, Guide to the Law and Legal Literature of Argentina, Brazil and Chile, 1917, S. 60; ausführlich zu Person und Werdegang *Vélez Sársfields*, *Alterini*, Derecho Privado, Parte General I, 3ra edición 1989, S. 88 f.

<sup>2</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 1), S. 89 f.; *Borchard*, a.a.O. (Fn. 1), S. 60.

<sup>3</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 1), S. 90.

<sup>4</sup> *Borchard*, a.a.O. (Fn. 1), S. 64; *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, Internationales Erbrecht, Argentinien, Rdnr. 2; die offizielle Textausgabe, die 1870 in New York gedruckt worden war, wies derart viele Druckfehler auf, dass mit *ley* 1.196 von 1882 eine neue amtliche Version (La Pampa) veröffentlicht werden musste, *Zavalía* (ed.), Código Civil, 1997, S. 5.

<sup>5</sup> *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 2.

<sup>6</sup> *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 2.

<sup>7</sup> *Club Atlético Vélez Sarsfield* (gegründet 1.1.1910), immerhin Weltpokalsieger 1994, siehe ausführlich: <http://www.velezsarsfield.com.ar>.

<sup>8</sup> B.O. (Boletín Oficial) 18/9/48.

<sup>9</sup> B.O. 10/8/49.

<sup>10</sup> Art. 2617 C.C. und die *notas* a los arts. 2617, 2502, 2503 C.C.; *Alterini*, Derecho Privado, Parte General II, 3ra edición 1989, S. 60 f.; *Borda*, Manual de Derechos Reales, 4a edición 1994, nros. 499, 500, S. 341 f.

<sup>11</sup> B.O. 13/7/72.

<sup>12</sup> B.O. 13/4/72.

<sup>13</sup> B.O. 10/7/68.

<sup>14</sup> Siehe *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 50 ff.; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nros. 400-498, S. 281 ff.

<sup>15</sup> Siehe *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 59 ff.; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nros. 499-584, S. 341 ff.

<sup>16</sup> Arts. 1°, 2° de la *ley* 13.512; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 61 f.; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nros. 504, 505, S. 345 f.

<sup>17</sup> Arts. 5°, 8°, 13 de la *ley* 13.512; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 69 ff.

<sup>18</sup> Art. 9 inc. 2° a) de la *ley* 13.512; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nros. 570, S. 377 f.

<sup>19</sup> *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 20; *Acquarone*, in: Notarielle Fragen des internationalen Rechtsverkehrs, 1995, 13; *Zimmermann*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage 2000, spricht zu Recht von einer „ehelichen Gesellschaft eigener Art“, Kap. G Rdnr. 133.

kung oder letztwilliger Verfügung erlangen, arts. 1264, 1266, 1271 C.C.<sup>20</sup> Jeder Ehegatte bleibt zur Verwaltung und Veräußerung seines eigenen und seines von ihm allein während der Ehezeit errungenen Zugewinnvermögens berechtigt, art. 1276 C.C.<sup>21</sup> Zur Veräußerung oder Belastung von Immobilien oder sonstigen registrierungsbedürftigen Gegenständen des Zugewinnvermögens ist jedoch die Zustimmung des Ehepartners erforderlich, art. 1277 C.C.<sup>22</sup> Die Aufteilung des Gesamtguts erfolgt grundsätzlich erst mit Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung, arts. 1291, 1315 C.C.<sup>23</sup>

Die Vereinbarung von Wahlgüterständen ist nicht möglich, art. 1218 C.C.<sup>24</sup> Die *sociedad conyugal* kann nur in eng begrenzten Einzelpunkten<sup>25</sup>, art. 1217 C.C., zur notariellen Niederschrift, art. 1223 C.C., und ausschließlich vor der Eheschließung, art. 1219 C.C., modifiziert werden.

#### 4. Dingliche Rechte an Immobilien

An dinglichen Rechten und Belastungen kennt das argentinische Recht den Nießbrauch (*usufructo*, arts. 2503, inc. 2°, 2807 sig. C.C.)<sup>26</sup>, das Wohnungsrecht (*habitación*, arts 2503, inc. 3°, 2948 sig. C.C.)<sup>27</sup>, die Dienstbarkeit (*servidumbre*, arts. 2503, inc. 4° C.C., als persönliche, art. 2972 C.C. oder dingliche, art. 2971 C.C.)<sup>28</sup>, die Hypothek (*hipoteca*, art. 2503 5°, 3108 sig. C.C.)<sup>29</sup> und die Antichrese (*anticresis*, arts. 2503, inc. 7°, 3239 sig. C.C.)<sup>30</sup>. Von *Vélez Sársfield* ausdrücklich abgelehnt wurden dagegen die superfiziaren Rechte und das Erbbaurecht (*derechos de superficie y de enfiteusis*)<sup>31</sup>, die Reallasten und Rentenschulden (*rentas y censos*)<sup>32</sup>, jedenfalls, soweit sie für einen Zeitraum von über fünf Jahren bestellt werden, art. 2614 C.C.<sup>33</sup>

### III. Erwerb des Eigentums, Bildung des Wohnungseigentums

#### 1. Erwerb des Eigentums

Neben den hier nicht weiter interessierenden Möglichkeiten des originären Eigentumserwerbs<sup>34</sup> kennt auch das argentinische

Recht den derivativen Eigentumserwerb, also aufgrund rechtsgeschäftlicher Übergabe, art. 2524 nro. 3° C.C. oder von Todes wegen, art. 2524 nro. 6° C.C. Außer bei erbrechtlicher Vermögensnachfolge ist Grundvoraussetzung des abgeleiteten Eigentumserwerbs die Übergabe (*tradición*) der beweglichen oder unbeweglichen Sache, arts. 577, 2601, 3265 C.C.<sup>35</sup> Eine Registereintragung gehört nur ausnahmsweise zum Erwerbstatbestand<sup>36</sup>, bei Immobilien stellt die Eintragung ins Register jedenfalls lediglich einen deklaratorischen Akt dar.<sup>37</sup>

#### 2. Bildung des Wohnungseigentums

Wohnungseigentum wird zum einen begründet durch eine zu notarieller Urkunde zu erklärende Teilungs- und Gemeinschaftsordnung der Miteigentümer, die der Eintragung ins Eigentumsregister bedarf.<sup>38</sup>

Um die Erwerber künftigen Wohnungseigentums vor einer Insolvenz oder einem mehrfachen Verkauf durch den Verkäufer zu schützen<sup>39</sup>, wurde mit der *ley* 19.724 das Institut der *prehorizontalidad* geschaffen.<sup>40</sup> Derjenige, der beabsichtigt, ein errichtetes oder noch zu errichtendes Gebäude in Wohnungseigentum aufzuteilen und zu veräußern, ist verpflichtet, durch öffentliche Urkunde diese Aufteilungsabsicht (*afectación*) zu erklären.<sup>41</sup> Diese öffentliche Aufteilungserklärung muss gewisse Mindestangaben<sup>42</sup> enthalten und bedarf der Eintragung ins Eigentumsregister<sup>43</sup>. Die *prehorizontalidad* des Grundstücks kann nur unter bestimmten Voraussetzungen wieder rückgängig gemacht werden.<sup>44</sup>

### IV. Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb

Der rechtsgeschäftliche Eigentumserwerb in Argentinien folgt – trotz beachtenswerter Reformbestrebungen in Richtung auf das deutsche Recht – dem romanischen „titulusmodus“-System. Erforderlich sind demnach als zwingender Publizitätsakt die Übergabe der Sache (sogleich 1.) und als Erwerbsgrund ein Eigentumstitel (siehe 2.). Daneben muss der Verfügende selbst Eigentümer der Sache sein (siehe 3.) und zur Übereignung der Sache geschäftsfähig sein, wie auch der Erwerber geschäftsfähig sein muss (siehe 4.). Eine Registereintragung (siehe 5.) ist zwar – jedenfalls für Immobilien – kein zwingendes Übereignungskriterium, jedoch praktisch unabdingbar, da nur auf diesem Weg Dritten gegenüber der Eigentumserwerb geltend gemacht werden kann, art. 2505 C.C.

#### 1. Übergabe (*tradición*)

Die Übergabe des Grundstücks besteht in der einverständlichen Inbesitznahme durch den Erwerber.<sup>45</sup> Das Gesetz nennt

<sup>20</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 224; *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 20.

<sup>21</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 227 f.; *Acquarone*, a.a.O. (Fn. 19), S. 14.

<sup>22</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 228; *Acquarone*, a.a.O. (Fn. 19), S. 14 f.

<sup>23</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 228 f.; *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 20.

<sup>24</sup> *Acquarone*, a.a.O. (Fn. 19), S. 13 f.

<sup>25</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 223, nämlich die Bezeichnung des Eigentums bei der Eheschließung und der Geschenke des Ehemannes an die Ehefrau.

<sup>26</sup> Siehe *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 89 ff.; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nros. 589–688, S. 388 ff.

<sup>27</sup> Siehe *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 94 ff.; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nros. 689–705, S. 437 ff.

<sup>28</sup> Siehe *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 96 ff.; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nros. 706–798, S. 447 ff.

<sup>29</sup> Siehe *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 100 ff.; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nros. 799–928, S. 501 ff.

<sup>30</sup> Also das nach deutschem Recht grundsätzlich unzulässige Nutzungspfand; siehe *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 143 ff.; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nros. 973–1000, S. 591 ff.

<sup>31</sup> *Nota* al art. 2503 C.C.; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 17, S. 19 f.

<sup>32</sup> *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 17, S. 20.

<sup>33</sup> Diese sind praktisch aber bedeutungslos, vgl. *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 12, S. 15.

<sup>34</sup> Art. 2524 nros. 1° (Aneignung, *apropiación*), 2° (Verarbeitung, *especificación*), 3° (Anwachsung, *accesión*), 5° (Fruchtziehung, *percepción de los frutos*) und 7° (Ersitzung, *prescripción*) C.C.; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 43.

<sup>35</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 48.

<sup>36</sup> Etwa bei Flugzeugen, art. 50 del *Código Aeroúatico* (*ley* 17.285) oder bei Automotoren (!), art. 7° del decreto-ley 6582/58, siehe *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 160 f.; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 266, S. 195.

<sup>37</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 153; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 1006, S. 610 f.

<sup>38</sup> Art. 9° de la *ley* 13.512; art. 2° del decreto 18.734/49; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 63 f.

<sup>39</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 72 f.; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 536, S. 359.

<sup>40</sup> B.O. 13/7/72; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 74.

<sup>41</sup> Art. 1° de la *ley* 19.724; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 74.

<sup>42</sup> Art. 3° de la *ley* 19.724; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 75.

<sup>43</sup> Art. 4° de la *ley* 19.724; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 537, S. 360 f.

<sup>44</sup> Art. 7° de la *ley* 19.724; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 541, S. 363.

<sup>45</sup> *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 81, S. 69.

als beispielhafte Handlungen für die Besitznahme die Bepflanzung, Fruchtziehung, Ernte, art. 2379 C.C. Aber auch die bloße Schlüsselübergabe kann einen Übergabeakt darstellen.<sup>46</sup> Die Ausfertigung der notariellen Kaufvertragsurkunde, die dem privatschriftlichen Vertragsschluss im Regelfall nachfolgt, ist das typische Mittel zur Herbeiführung des Besitzübergangs.<sup>47</sup>

## 2. Rechtsgrund (*título*)

Um den Eigentumsübergang perfekt zu machen, muss die Übergabe auf einem gültigen Erwerbstitel beruhen, art. 2602 C.C.<sup>48</sup> Solche Titel stellen in erster Linie Kauf-, Tausch- und Schenkungsverträge dar, die auf der beiderseitigen Einigung der geschäftsfähigen Vertragsteile beruhen.<sup>49</sup>

Für den Kaufvertrag über eine Immobilie bestimmt art. 1184 inc., 1° C.C. zwar, dass er der notariellen Beurkundung bedarf. Jedoch hat die Rechtsprechung aus art. 1185 C.C. gefolgert, dass auch der mündliche<sup>50</sup> oder privatschriftliche<sup>51</sup> Kaufvertrag zum Abschluss der notariellen Urkunde verpflichtet.<sup>52</sup> Bei Weigerung des Vertragspartners kann diese notfalls gerichtlich erwirkt werden.<sup>53</sup> In der Praxis schließen die Parteien zunächst einen ausführlichen privatschriftlichen Kaufvertrag, der nach Zahlung des teilweisen oder vollen Kaufpreises notariell beurkundet wird. Die *escritura* dient dabei lediglich als Übergabesurrogat des Grundbesitzes<sup>54</sup> und als förmliches Erfordernis um die Eintragung ins Liegenschaftsregister zu erreichen<sup>55</sup>. Nach herrschender Ansicht stellt der privatschriftliche Vertrag einen gültigen Kaufvertrag (und nicht lediglich einen Vorvertrag) dar.<sup>56</sup> Die Rechte aus dem *boleto de compraventa* können formfrei abgetreten werden.<sup>57</sup> Hat der Käufer nach Abschluss des *boleto* in gutem Glauben bereits 25 % des Kaufpreises bezahlt, kann er auch noch im Konkurs oder der Insolvenz des Verkäufers die Ausfertigung der *escritura* und damit Übereignung verlangen, art. 1185 bis C.C.

Noch weitergehenden Schutz genießen der Ratenkäufer einer Wohnung<sup>58</sup> und der Erwerber einer noch nicht errichteten oder gebildeten Eigentumswohnung<sup>59</sup>. Beim Ratenkauf ist der Verkäufer verpflichtet, die Absicht des Ratenkaufs und seinen Erwerbstitel ins Eigentumsregister eintragen zu las-

sen.<sup>60</sup> Auch die einzelnen privatschriftlichen Kaufverträge müssen ins Register eingetragen werden.<sup>61</sup> Sofern nicht sofort – was grundsätzlich nie der Fall sein dürfte – die *escritura* ausgefertigt wird, handelt es sich hierbei um zwingende Wirksamkeitserfordernisse zugunsten<sup>62</sup> des Käufers. Der Käufer wird so vor einer Insolvenz des Verkäufers, einer dinglichen Belastung des Grundbesitzes und der nochmaligen Veräußerung an Dritte geschützt.<sup>63</sup> Auch im Fall der *prehorizontalidad* müssen die *boletos de compraventa* zum Register angemeldet werden.<sup>64</sup>

Anders als beim Kaufvertrag gehört beim Schenkungsvertrag die notarielle Beurkundung zum unabdingbaren Gültigkeitserfordernis, art. 1810, inc. 1° C.C.<sup>65</sup> Die lediglich privatschriftliche Schenkung einer Immobilie wäre formnichtig.

Grundsätzlich sind den Notaren die Errichtung öffentlicher Urkunden vorbehalten, art. 979 nros. 1° y 2° C.C.<sup>66</sup> Als Land des Notariats lateinischer Prägung hat auch der argentinische Staat den *escribanos* eine schwer zu definierende Zwischenstellung zwischen staatlichem Amtsträger und selbständigem Freiberufler eingeräumt.<sup>67</sup> Die Regelung über das Beurkundungsverfahren selbst findet sich in den arts. 997–1011 des *código civil*: Obgleich von prägnanter Kürze, beinhalten diese Vorschriften viele auch im deutschen Beurkundungswesen bekannte Formalitäten.<sup>68</sup> Etliche Besonderheiten<sup>69</sup> verleihen dem argentinischen Beurkundungsverfahren jedoch seine bemerkenswert rituelle<sup>70</sup> Würde.

## 3. Verfügungsbefugnis (*propiedad*)

Über das Eigentum an einer Immobilie kann allein der Eigentümer verfügen, arts. 2601, 2603, 3270 C.C.<sup>71</sup>, sofern er sich nicht eines rechtsgeschäftlichen Vertreters<sup>72</sup> bedient. Allerdings besteht auch im argentinischen Recht die Möglichkeit gutgläubigen Immobilienerwerbs, wenn der entgeltliche Titel nichtig oder anfechtbar war, der Erwerber aber auf dessen Gültigkeit vertraute, art. 1051 C.C.<sup>73</sup>

## 4. Geschäftsfähigkeit (*capacidad para enajenar y de adquirir*)

Sowohl zur Verfügung als auch zum Erwerb des Eigentums bedarf es der Geschäftsfähigkeit, art. 2601 C.C.<sup>74</sup>, weshalb

<sup>46</sup> Borda, a.a.O. (Fn. 10), nro. 79, S. 68, bzgl. beweglicher Sachen in art. 2385 C.C. statuiert.

<sup>47</sup> Borda, Manual de Contratos, 17a edición 1995, nro. 243, S. 179; nro. 422, S. 277 f.

<sup>48</sup> Alterini, a.a.O. (Fn. 10), S. 49; Borda, a.a.O. (Fn. 10), nro. 270, S. 197 f.

<sup>49</sup> Allgemein zum Vertragsschluss: Borda, a.a.O. (Fn. 47), nros. 39–77–4, S. 39–68.

<sup>50</sup> Borda, a.a.O. (Fn. 47), nro. 423, S. 279.

<sup>51</sup> Borda, a.a.O. (Fn. 47), nro. 243, S. 178 f.; nro. 422, S. 295 f.; aus Beweisgründen muss ein Vertrag über mehr als 10.000 pesos jedoch schriftlich geschlossen werden, art. 1193 C.C.

<sup>52</sup> Borda, a.a.O. (Fn. 47), nro. 243, S. 179.

<sup>53</sup> Borda, a.a.O. (Fn. 47), nro. 132, S. 100; nro. 243, S. 179; nro. 427, S. 280.

<sup>54</sup> Borda, a.a.O. (Fn. 47), nro. 243, S. 179.

<sup>55</sup> Dort können grundsätzlich nur öffentliche Urkunden eingetragen werden, art. 3° a) de la ley 17.801.

<sup>56</sup> Borda, a.a.O. (Fn. 47), nro. 422, S. 277 f.

<sup>57</sup> Borda, a.a.O. (Fn. 47), nro. 424, S. 279.

<sup>58</sup> *Venta de Inmuebles fraccionados en lotes pagaderos a plazos*, ley 14.005.

<sup>59</sup> *Propiedad Horizontal – Prehorizontalidad*, ley 19.724.

<sup>60</sup> Art. 2°, de la ley 14.005; Borda, a.a.O. (Fn. 47), nro. 409, S. 269 f.

<sup>61</sup> Art. 4°, de la ley 14.005; Borda, a.a.O. (Fn. 47), nro. 413, S. 271.

<sup>62</sup> Art. 1°, de la ley 14.005; Borda, a.a.O. (Fn. 47), nro. 12, S. 270, der folgerichtig annimmt, der Verkäufer könne sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages aus diesem Grund nicht berufen.

<sup>63</sup> Arts. 6°, 7°, de la ley 14.005; Borda, a.a.O. (Fn. 47), nro. 413, S. 271 f.

<sup>64</sup> Art. 12 de la ley 19.724 C.C.; Alterini, a.a.O. (Fn. 10), S. 75.

<sup>65</sup> Borda, a.a.O. (Fn. 47), nros. 1144, 1146, S. 621 f.; art. 1185 C.C. wird ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt.

<sup>66</sup> Alterini, a.a.O. (Fn. 1), S. 348; *Cifuentes*, Elementos de derecho civil, Parte general, 4a edición 1997, § 197, S. 312 f.

<sup>67</sup> *Cifuentes*, a.a.O. (Fn. 66), § 199, S. 316 f., der aber mit der h.M. die hoheitliche Funktion des Beurkundungswesens betont.

<sup>68</sup> Insbesondere art. 1001 C.C., der das Vorlesen, Genehmigen und Unterschreiben der Beteiligten und des Notars vorschreibt.

<sup>69</sup> So soll an Sonn- und Feiertagen nicht beurkundet werden und Zahlen müssen stets in Worten ausgeschrieben werden, art. 1001 C.C.

<sup>70</sup> *Cifuentes*, a.a.O. (Fn. 66), § 197, S. 313.

<sup>71</sup> Borda, a.a.O. (Fn. 10), nro. 268, S. 197.

<sup>72</sup> Arts. 1869 sig. C.C.

<sup>73</sup> Borda, a.a.O. (Fn. 10), nro. 268, S. 197.

<sup>74</sup> Alterini, a.a.O. (Fn. 10), S. 49; Borda, a.a.O. (Fn. 10), nro. 269, S. 197.

Minderjährige<sup>75</sup> grundsätzlich nur durch ihre gesetzlichen Vertreter Eigentum veräußern und erwerben<sup>76</sup> können. Einen gewissen Schutz genießt jedoch derjenige, der aufgrund guten Glaubens und eines entgeltlichen Vertrags von einem Geschäftsunfähigen Rechte erwirbt, arts. 473, 1051 C.C.<sup>77</sup>

## 5. Registereintragung (*inscripción*)

Wie schon erwähnt, zählt die Eintragung in ein Eigentumsregister nicht zu den Wirksamkeitserfordernissen des Grundstückserwerbs. Schon *Vélez Sársfield* hat mit wenig stichhaltigen Argumenten<sup>78</sup> die Einführung des Registersystems – mit Ausnahme eines Hypothekenregisters<sup>79</sup> – überhaupt abgelehnt.<sup>80</sup> Über diesen klar geäußerten Willen des *codificador* ist die Praxis jedoch hinweggegangen, zunächst auf zweifelhafter verfassungsrechtlicher Grundlage<sup>81</sup>, die mittlerweile aber legitimiert worden ist<sup>82</sup>.

Alle Provinzen und die Bundeshauptstadt haben zwischenzeitlich Eigentumsregister eingeführt.<sup>83</sup> Die Registereintragung hat zwar – trotz bemerkenswerter Reformbemühungen<sup>84</sup> – weder eine konstitutive<sup>85</sup>, noch eine Formfehler heilende Wirkung<sup>86</sup>. Eine Eintragung ist jedoch für einen Dritten gegenüber nachweisbarem Eigentumserwerb unerlässlich.<sup>87</sup> Daneben erfüllt das Register auch Verbraucherschutzfunktionen, wie im Fall der *prehorizontalidad* und der *venta de lotes en plazos*.<sup>88</sup> Das Eigentumsregister kann aus praktischen und finanziellen Umsetzungsmängeln<sup>89</sup> zwar nicht auf einem funktionsfähigen Liegenschaftskataster aufbauen<sup>90</sup>, dennoch ist nunmehr ein Großteil des Staatsgebiets registerrechtlich erfasst<sup>91</sup>.

Das Register beruht auf dem Realfoliensystem.<sup>92</sup> Eintragungen finden nur auf Antrag statt.<sup>93</sup> Eintragungsfähig sind grundsätzlich nur öffentliche Urkunden<sup>94</sup>, der Prüfungsumfang des

Registers beschränkt sich im Übrigen auf eine Legalitätskontrolle<sup>95</sup>. Öffentliche Urkunden, die binnen 45 Tagen seit ihrer Erstellung zum Register eingereicht werden, wirken auf diesen Tag zurück<sup>96</sup>, so dass unter Umständen eine später abgeschlossene, aber vorher eingereichte Urkunde keinen Vorrang genießt und das Prioritätsprinzip insofern durchbrochen wird.<sup>97</sup> Es gilt, wie im deutschen Recht, das Erfordernis der Voreintragung des Betroffenen, das aber für erbrechtlichen Erwerb und Kettenveräußerungen eingeschränkt wird.<sup>98</sup> Vergleichbar der Zwischenverfügung können bei formellen Mängeln vorläufige Eintragungen vorgenommen werden.<sup>99</sup>

Das Register erteilt Abschriften und Bestätigungen aus dem Grundstücksverzeichnis, die eine unterschiedliche Gültigkeitsdauer haben.<sup>100</sup> Das Register nimmt Berichtigungen<sup>101</sup> vor und löscht Eintragungen, wenn deren Ungültigkeit oder Aufhebung durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird.<sup>102</sup> Für Hypotheken, die regelmäßig nach zwanzig Jahren erlöschen, genügt der Zeitablauf, sofern sie nicht erneuert werden.<sup>103</sup>

## V. Erbrechtlicher Eigentumserwerb

### 1. Internationales Privatrecht

Nach argentinischem Recht richtet sich das Erbstatut nach dem letzten Wohnsitz des Erblassers, art. 3283 C.C. Hatte ein Deutscher seinen letzten Wohnsitz demnach in Argentinien, würde die Anwendung des *código civil* zu einer Nachlasseneinheit führen.<sup>104</sup> Die Verträge von Montevideo von 1889 und 1940<sup>105</sup>, die Argentinien ratifiziert hat<sup>106</sup> und die auch gegenüber Nichtvertragsstaaten zur Anwendung kommen<sup>107</sup>, ordnen jedoch eine Spaltung des Nachlasses<sup>108</sup> an: Das in Deutschland belegene Vermögen würde demzufolge deutschem Erbrecht unterfallen. Umgekehrt gilt, dass ein in Deutschland lebender und dort verstorbener Argentinier nach deutschem Recht beerbt wird<sup>109</sup>, bezüglich des Immobilienvermögens und der nicht transportbestimmten beweglichen Sachen jedoch argentinisches Recht als *lex rei sitae* zur Anwendung gelangt, arts. 10, 11 C.C., Art. 3 Abs. 3 EGBGB<sup>110</sup>.

Das im Ausland nach dem Ortsrecht errichtete Testament genießt im Inland uneingeschränkte Gültigkeit, art. 3635 C.C.<sup>111</sup>,

<sup>75</sup> Die Volljährigkeit beginnt mit Vollendung des 21. Lebensjahres, arts. 126, 128 C.C., davor sind diese bis zum 14. Lebensjahr, art. 127 C.C., absolut, art. 54 nro. 1° C.C., und danach – sofern nicht *emancipados*, art. 128 C.C. – beschränkt geschäftsunfähig, art. 55 C.C.

<sup>76</sup> Art. 56, 57 nro. 2° C.C.

<sup>77</sup> *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 269, S. 197.

<sup>78</sup> Z. B. wegen der Komplexität der Registervorschriften, dem Mangel an qualifiziertem Personal und Bedenken wegen der Eigentumsgarantie, vgl. die *nota* al art. 577 C.C.; zu Recht ablehnend *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 150 f.; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 104, S. 608 f.

<sup>79</sup> *Nota* al art. 3203 C.C.; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 151.

<sup>80</sup> *Nota* al art. 577 C.C.

<sup>81</sup> *Cámara Nacional Civil* (pleno), 16-VIII-1971 („Young, Tomás“), *La Ley*, 143-375; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 151 f.

<sup>82</sup> *Registro de la Propiedad Inmueble*, *ley* 17.801.

<sup>83</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 153.

<sup>84</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 152 f. m.w.N.; insbesondere der dritte *Congreso Nacional de Derecho Civil* in Córdoba schlug 1961 vor, die Registereintragung für dingliche Rechte als Wirksamkeitserfordernis ins Gesetz (art. 4052) aufzunehmen.

<sup>85</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 153; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 1006, S. 610.

<sup>86</sup> Art. 4° de la *ley* 17.801.

<sup>87</sup> Art. 2505 C.C.; art. 2° de la *ley* 17.801; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 153.

<sup>88</sup> Siehe oben IV. 2.

<sup>89</sup> *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 1041–1044, S. 631 f.

<sup>90</sup> Obgleich mit den *leyes* 14.159, 20.440, 22.287 ausreichende gesetzliche Grundlagen geschaffen wurden.

<sup>91</sup> *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 151.

<sup>92</sup> Art. 11 de la *ley* 17.801; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 1017, S. 619.

<sup>93</sup> Arts. 6°, 7° de la *ley* 17.801; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 1010, S. 614 f.

<sup>94</sup> Art. 3° de la *ley* 17.801; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 1008, S. 612 ff.

<sup>95</sup> Arts. 8°, 9° de la *ley* 17.801; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 155.

<sup>96</sup> Art. 5° de la *ley* 17.801; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 1011, S. 615 f.

<sup>97</sup> Art. 17 de la *ley* 17.801; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 1022, S. 621 f.

<sup>98</sup> Arts. 15, 16 de la *ley* 17.801; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 155.

<sup>99</sup> Art. 33 de la *ley* 17.801.

<sup>100</sup> Arts. 21, 24 de la *ley* 17.801: zwischen 14 und 30 Tagen, abhängig davon, wo der einsichtnehmende Notar seinen Amtssitz hat.

<sup>101</sup> Arts. 34, 35 de la *ley* 17.801; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 1033, S. 627 f.

<sup>102</sup> Art. 36 de la *ley* 17.801; *Borda*, a.a.O. (Fn. 10), nro. 1034, S. 628.

<sup>103</sup> Art. 3197 C.C.; art. 37 de la *ley* 17.801; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 157.

<sup>104</sup> *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 5, 13.

<sup>105</sup> *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 5; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 280.

<sup>106</sup> Durch *ley* 3.192 und *decreto-ley* 7771/56; *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 5; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 280.

<sup>107</sup> *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 5.

<sup>108</sup> Art. 44, 45 del *Tratado de Derecho Civil Internacional* von 1940; vgl. *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 5; *Alterini*, a.a.O. (Fn. 10), S. 280.

<sup>109</sup> *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 14.

<sup>110</sup> *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 15.

<sup>111</sup> *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg*, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 6.

im Inland kann jedoch nur nach argentinischem Recht testiert werden, art. 3638 C.C.<sup>112</sup>.

## 2. Gesetzliche Erbfolge

Gesetzliche Erben sind die Abkömmlinge des Erblassers, gleichgültig ob ehelich, nichtehelich oder adoptiert, arts. 3545, 3565 C.C. Sie erben zu gleichen Teilen, art. 3565 C.C. Nähere Abkömmlinge schließen entferntere aus, vorbehaltlich einer Repräsentation nach Stämmen, art. 3546 C.C., sofern ein näherer Abkömmling vorverstorben war (art. 3549 C.C.), die Erbschaft ausgeschlagen hat (art. 3552 C.C.) oder für erbunwürdig erklärt wurde (art. 3301 C.C.). Die Vorfahren des Erblassers erben nur, soweit keine Abkömmlinge vorhanden sind, art. 3567 C.C., eine Repräsentation findet nicht statt, art. 3559 C.C. Die Vorfahren erben im Übrigen nicht nach Stämmen, sondern zu gleichen Teilen.<sup>113</sup> Verwandte in den Seitenlinien sind nur dann zu Erben zu gleichen Teilen berufen, wenn weder Abkömmlinge und Vorfahren noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden sind, art. 3585 C.C. Die Verwandtenerbfolge bricht nach dem vierten Grad der Seitenlinie ab<sup>114</sup>, so dass die Erbschaft dem Fiskus zufällt, art. 3588 C.C.

Der überlebende Ehegatte erhält zunächst stets die Hälfte des Gesamtguts der *sociedad conyugal*, art. 1315 C.C.<sup>115</sup> Am eigenen Vermögen des Erblassers ist er neben Abkömmlingen zu gleichen Teilen beteiligt, die andere Hälfte des Gesamtguts steht diesen jedoch ausschließlich zu, arts. 3570, 3576 C.C. Neben Vorfahren erhält der Ehegatte die Hälfte des Eigenguts und zusätzlich ein Halb der Gesamtgutshälfte, arts. 3571 C.C., also im Ergebnis drei Viertel des Gesamtguts, arts. 1315, 3571 C.C. Fehlen Abkömmlinge und Vorfahren erbt der Ehegatte allein, art. 3572.

Das Ehegattenerbrecht ist ausgeschlossen bei endgültiger gerichtlicher oder privater Trennung, arts. 3574, 3575 C.C.<sup>116</sup> Die sonstigen gesetzlichen Erben können für erbunwürdig erklärt oder enterbt werden, arts. 3291, 3744.<sup>117</sup> Ob eine Enterbung des Ehegatten möglich ist, ist hingegen umstritten.<sup>118</sup>

## 3. Gewillkürte Erbfolge

Die Möglichkeiten des Erblassers durch Verfügung von Todes wegen seine Erben zu bestimmen, ist durch das weitreichende Pflichterbrecht (*la porción legítima de los herederos forzosos*) erheblich eingeschränkt<sup>119</sup>: Sind Abkömmlinge vorhanden, so kann der Erblasser nur über ein Fünftel, bei Vorhandensein von Vorfahren (und Fehlen von Abkömmlingen) immerhin über ein Drittel seines Vermögens frei verfügen, arts. 3593, 3594 C.C. Der Ehegatte nimmt an diesen Noterbrechten jeweils im gleichen Verhältnis wie an der gesetzlichen Erbfolge teil. Hinterlässt der Erblasser nur seinen Ehegatten, so beträgt dessen *legítima* die Hälfte des Vermögens, einschließlich des Gesamtgutes, art. 3595 C.C.

Das argentinische Erbrecht gestattet allein die Errichtung eines Einzeltestaments, gemeinschaftliches Testament und Erb-

vertrag sind hingegen ausdrücklich verboten, art. 3618 C.C., um die Freiheit der Willensentschließung zu gewährleisten.<sup>120</sup> Das Testament kann eigenhändig errichtet werden, arts. 3622, 3639 sig. C.C., zu öffentlicher Urkunde im Beisein von drei Zeugen, arts. 3622, 3654 C.C., oder in verschlossener Form im Beisein von fünf Zeugen an einen Notar übergeben werden, arts. 3622, 3666 C.C. Daneben gibt es das See- und Militärtestament als Arten der Nottestamente, arts. 3672, 3679 C.C.

An testamentarischen Anordnungen kennt das argentinische Erbrecht die Erbeinsetzung, art. 3717 C.C., auch die Ersatzerbeinsetzung<sup>121</sup>, die Aussetzung von Vermächtnissen, arts. 3751 sig C.C., und als abschaffungswürdige „Mischfigur“<sup>122</sup> dazwischen, das *legatorio de quota*.<sup>123</sup> Schließlich besteht in engen Grenzen die Möglichkeit der Enterbung, arts. 3747, 3748 C.C.<sup>124</sup> und der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers (*albacea*), art. 3844 C.C.<sup>125</sup>

## VI. Steuern

### 1. Grunderwerbsteuer<sup>126</sup>

Die Grunderwerbsteuer wird erhoben auf die Übertragung von Grundbesitz aufgrund entgeltlichen Erwerbstitels<sup>127</sup> (also insbesondere Kauf, Tausch, Einbringung in eine Gesellschaft<sup>128</sup>) und beträgt 1,5 % des Erwerbspreises<sup>129</sup>. Steuerschuldner ist der Verkäufer.<sup>130</sup> Die Steuerschuld entsteht frühestens mit Abschluss des privatschriftlichen Vertrags, spätestens mit Ausfertigung der escritura.<sup>131</sup> Zur Sicherstellung des staatlichen Steueranspruchs sind unter anderem auch die Notare zur Einbehaltung (*retención*) der Steuerschuld verpflichtet.<sup>132</sup>

### 2. Erbschaft- und Schenkungsteuer

Die Erbschaft- und Schenkungsteuer ist 1976 aufgehoben worden.<sup>133</sup> Bei Erbfällen ist jedoch eine Gerichtsgebühr zu entrichten, die beispielsweise in der Bundeshauptstadt 1,5 % des Nachlasses beträgt.<sup>134</sup>

<sup>112</sup> Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 6.

<sup>113</sup> Art. 3569 C.C.; Alterini, a.a.O. (Fn. 10), S. 310: Sind also die Eltern vorverstorben und leben noch die Großeltern der Mutter und die Großmutter des Vaters, so erbt jeder von diesen ein Drittel.

<sup>114</sup> Alterini, a.a.O. (Fn. 10), S. 313.

<sup>115</sup> Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 26; Alterini, a.a.O. (Fn. 10), S. 311.

<sup>116</sup> Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 27; Alterini, a.a.O. (Fn. 10), S. 311 f.

<sup>117</sup> Alterini, a.a.O. (Fn. 10), S. 284 ff., 288 ff.

<sup>118</sup> Alterini, a.a.O. (Fn. 10), S. 289.

<sup>119</sup> Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 16, 72.

<sup>120</sup> Nota al art. 3618 C.C., was angesichts der eingeschränkten Testierfreiheit bei Bestehen von Noterbrechten wenig überzeugt; ausschlaggebend sind wohl praktische Schwierigkeiten, wie sie in der genannten nota auch angedeutet werden.

<sup>121</sup> Arts. 3724 sig. C.C.; nicht gestattet ist jedoch die Nacherbfolge, art. 3723 C.C.; Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 56.

<sup>122</sup> Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 52.

<sup>123</sup> Art. 3719 C.C.: Die Einsetzung nach Quoten ist keine Erbeinsetzung, sondern eine Vermächtniseinsetzung, die zu einer beschränkten Haftung des Vermächtnisnehmers führt, Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 52; Alterini, a.a.O. (Fn. 10), S. 281, 349.

<sup>124</sup> Alterini, a.a.O. (Fn. 10), S. 288 ff.

<sup>125</sup> Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg, a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 63 ff.; Alterini, a.a.O. (Fn. 10), S. 359 ff.

<sup>126</sup> Título VII de la ley 23.905/91.

<sup>127</sup> Art. 7° de la ley 23.905/91.

<sup>128</sup> Art. 9° de la ley 23.905/91.

<sup>129</sup> Art. 13 de la ley 23.905/91.

<sup>130</sup> Art. 8° de la ley 23.905/91.

<sup>131</sup> Art. 12 de la ley 23.905/91.

<sup>132</sup> Dirección general Impositiva (D.G.I.), Resolución general N° 3.319/91, B.O. 26/2/91, insbesondere Art. 2°.

<sup>133</sup> Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg, Internationales Erbrecht, Argentinien, Rdnr. 97 (Stand: Januar 1982).

<sup>134</sup> Ferid/Firsching/Lichtenberger/Weinberg, Internationales Erbrecht, Argentinien, Rdnr. 97 (Stand: Januar 1982).

## Kooperationsgewinne und ihre Quellen

Von Notarassessorin *Anja Kapfer*, Landsberg am Lech

In verschiedenen Beiträgen der vorliegenden Reihe wurden die Vorteile und Auswirkungen einer kooperativen gegenüber einer kompetitiven Verhandlungsstrategie dargestellt; hierbei wurde auch auf die Möglichkeit der Nutzung von Kooperationsgewinnen hingewiesen. Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit dem Ursprung solcher Kooperationsgewinne. Es geht um die Frage, weshalb in Verhandlungen Einigungen optimiert werden können und weshalb es allen Beteiligten Nutzen bringen kann, wenn sie miteinander verhandeln.

### I. Mögliche Quellen von Kooperationsgewinnen

Wie der vielzitierte „Orangenfall“ anschaulich zeigt, verbessern Kooperationsgewinne das Ergebnis beider Parteien zugleich oder aber lassen zumindest eine Partei etwas gewinnen, ohne dass die andere Seite dabei etwas verliert oder aufgeben muss. Ziel einer jeden Verhandlung muss folglich sein, Kooperationsgewinne aufzudecken und für beide Verhandlungspartner fruchtbar zu machen. Wo jedoch sind potenzielle Quellen solcher für alle Beteiligten positiven Effekte? Sie liegen – kurz gesagt – sowohl in Gemeinsamkeiten als auch in Unterschieden der beteiligten Personen.

#### 1. Unterschiede zwischen den Verhandlungspartnern

Viele Handelnde glauben, nur die Suche nach Gemeinsamkeiten ermögliche ein für beide Seiten positives Ergebnis. Doch bezüglich möglicher Kooperationsgewinne ist diese Ansicht unzutreffend. Erst und gerade Differenzen zwischen den Beteiligten lassen kreative Lösungen zu, die einen allseitigen Gewinn in sich bergen. Dies zeigen anschaulich die folgenden Beispiele.

##### a. Unterschiedliche Interessen und Ressourcen

Unterschiedliche Interessen bergen Chancen, weil jeder der Partner etwas anderes will und damit Tauschpotenzial entsteht: Verfügen beispielsweise zwei benachbarte Landwirte jeweils über Ackerflächen, die aneinandergrenzen, jedoch neben dem Ackerland des jeweiligen Nachbarn gelegen sind, liegt ein Landtausch nahe. Dieser kann beiden Seiten Vorteile bringen (etwa die einfachere Bewirtschaftung durch Bestellung einer einheitlichen größeren Fläche), ohne dass subjektiv ein echtes „Opfer“ gebracht werden musste – vielmehr gehen aus diesem Konnex beide Parteien als Gewinner hervor.

Auch sich unterscheidende Ressourcen und Fähigkeiten können sich gegenseitig ergänzen und zu einem Ergebnis führen, das keiner der Beteiligten alleine hätte erreichen können: Angefangen von zwei Kleinkindern am Strand, von denen ei-

nes über eine Schaufel, das andere über einen Eimer verfügt, bis hin zur Gründung einer Gesellschaft, in die ein Gesellschafter die von ihm gehaltenen Patente, der andere die erforderlichen Finanzmittel einbringt, sind die Beispiele vielfältig.

##### b. Unterschiedliche Wertschätzung und Beurteilung

Ähnlich verhält es sich bei divergierenden – subjektiven – Einschätzungen und Bewertungen: Liegt einer Partei an einer Sache oder einem Ergebnis weniger, werde sie ein Nachgeben in dem betreffenden Bereich als nicht besonders schwerwiegend einschätzen, wenn sie dafür etwas erringen kann, was auf ihrer persönlichen Werteskala höher angesiedelt ist.

Die Fortführung der Firma kann beispielsweise bei der Übernahme eines Traditionsunternehmens – z. B. um den Eindruck unternehmerischen Scheiterns zu vermeiden – für dessen Inhaber einen Stellenwert haben, der ihn zu Zugeständnissen bei den wirtschaftlichen Modalitäten veranlasst.

Auch im Rahmen des Mechanismus der Preisbildung spielen unterschiedliche Wertschätzungen eine große Rolle: Der Verkäufer mag nunmehr so lange in seinem alten Häuschen gewohnt haben, dass er sich nach einem Neubau mit Komfort sehnt; der Käufer dagegen erblickt in dem Häuschen den Inbegriff von Romantik und Landleben. Beide Einschätzungen werden in der Regel die Verhandlungen und auch den Verkaufspreis beeinflussen: Je mehr sich der Käufer gerade dieses Haus wünscht, desto mehr wird er in der Regel zu zahlen bereit sein. Der Verkäufer hingegen wird eher zu Preiszugeständnissen bereit sein, wenn er das Objekt unbedingt verkaufen will. Beide Parteien werden sich allerdings hüten, ihr jeweiliges Interesse in der Verhandlung vorschnell zu offenbaren: Dies würde die eigene Verhandlungsposition schwächen.

Ein weiteres Beispiel, in Lehrbüchern der Wirtschaftswissenschaft oft angeführt, beschäftigt sich mit dem Phänomen des sogenannten Grenznutzens: Menschen neigen dazu, eines von mehreren gleichen Gütern die sie besitzen weniger wertvoll einzuschätzen als ein Gut, von dem sie nur ein Exemplar besitzen. Hat jemand hiernach bspw. fünf Orangen, ist er am Erwerb einer weiteren Orange weniger interessiert als am Erwerb eines Apfels, von dem er bisher nur einen besitzt. Vielleicht wird er bereit sein, von den für ihn weniger wertvollen Orangen zwei herzugeben im Tausch gegen einen einzigen Apfel, dem er einen höheren Wert beimisst. Der unterschiedlich eingeschätzte Grenznutzen von Gütern, über die verhandelt wird, kann damit Möglichkeiten eröffnen, den Gesamtnutzen beider Seiten zu erhöhen.

Gemeinsamer Gegenstand dieser Fallgruppen ist also ein Konnex, bei dem einem – subjektiv – großen Nutzen zumindest auf einer Seite ein – subjektiv – geringer Einsatz der anderen Seite gegenübersteht.

### c. Unterschiedliche Zukunftserwartungen

Fruchtbar gemacht werden kann auch eine zwischen den Verhandlungspartnern unterschiedliche Prognose dessen, was zukünftig geschehen wird. Hier bietet sich eine Einigung an, die jedem Teil Vorteile bringt, wenn sich seine Zukunftserwartung, nicht jedoch die seines Gegenübers bewahrheitet.

So mag sich der Geschäftsführer einer GmbH, der auf den Erfolg seiner Tätigkeit vertraut, mit einem relativ niedrigen Festgehalt zufrieden geben, wenn ihm daneben eine vom Ertrag der Gesellschaft abhängige Zusatzvergütung versprochen ist. Die Vereinbarung hat den Charakter einer Wette: Gelingt es dem neuen Geschäftsführer seiner Prognose gemäß, künftig einen bestimmten, rechnerisch ermittelbaren Ertrag zu überschreiten, stellt er sich mit der Vereinbarung besser als bei Vereinbarung eines Festgehaltes; laufen die Geschäfte schlechter, so erhält er lediglich das relativ niedrige Festgehalt.

Für die konkrete Verhandlungssituation bietet eine derartige Einigung weitere Vorteile: Einmal kann sie die Akzeptanz beider Verhandlungspartner steigern, weil beide eine an der zukünftigen Entwicklung orientierte Regelung als besonders gerecht empfinden. Ferner kann sie zur Entschärfung der Situation und zur Minderung des (Erfolgs-)Drucks auf die Verhandelnden beitragen, weil keine starre Festlegung unter Zugrundelegung der jeweils widerstreitenden Prognosen getroffen werden muss, sondern eine kreative und flexible Lösung gefunden ist, die gewünschte Verhaltensanreize setzt.

Oft wird eine solche Lösung erst den Verhandlungserfolg überhaupt ermöglichen: So kann sich etwa die Gesellschaft im obigen Beispiel außerstande sehen, bei der derzeitigen Ertragslage ein höheres Fixgehalt zu bezahlen, während der Geschäftsführer von einer Anstellung bei dieser Gesellschaft lieber ganz absehen würde, als sich auf unabsehbare Zeit mit dem derzeit bezahlbaren Gehalt zufrieden zu geben.

Unterschiedliche Erwartungen zukünftiger Entwicklungen tragen dabei umso mehr zum Verhandlungserfolg bei, je sicherer sich jede Seite hinsichtlich ihrer eigenen Prognose ist.

### d. Unterschiedliche Risikobereitschaft

Eine weitere, kapitalisierbare Differenz kann die unterschiedliche Risikobereitschaft der Beteiligten darstellen; sie kann den Grundstock für einen beiderseits vorteilhaften Handel legen. Die Idee dabei ist, der risikofreudigeren Seite das Risiko zu allseits akzeptablen Bedingungen aufzubürden. Dabei kann auch die Frage eine Rolle spielen, wer von beiden das im Raum stehende Risiko besser zu tragen oder seinerseits zu versichern vermag.

Als Beispiel diene der Verkauf von Bauerwartungsland: Für den Eigentümer stelle es derzeit nur Brach- oder Ackerland dar; er rechne aber fest damit, aufgrund der Wertentwicklungsprognose für Bauerwartungsgrund einen nennenswerten Preis dafür zu erzielen. Könnte er die Grundstücke nur zum Preis von Agrarflächen verkaufen, so habe dies erhebliche Liquiditätsprobleme zur Folge, weshalb er dringende Investitionen in seinen landwirtschaftlichen Betrieb zurückstellen müsste und seine Existenz auf dem Spiel stünde. Für die am Grund und Boden interessierte Bauträgersgesellschaft andererseits sei dieser eines von mehreren „Spekulationsobjekten“. Das Risiko, dass eine künftige Bebauung nicht oder nur in ferner Zukunft möglich sein könnte, sei mit Blick auf einen möglichen Gewinn einkalkuliert.

Es liegt auf der Hand, dass in diesem Fall der Eigentümer kaum imstande ist, das Risiko der künftigen Entwicklung zu tragen; er wird lieber zu dem für ihn derzeit zu erzielenden Preis verkaufen und nicht auf Baulandpreise spekulieren. Selbstverständlich kann hier zusätzlich eine unterschiedliche Zukunftserwartung der Beteiligten zum Tragen kommen, etwa die jeweilige Vorstellung über die zeitliche Dimension, innerhalb derer die Grundstücke Bauland werden sollen.

Als Faustregel wird oft gelten, dass größere Institutionen – nicht zuletzt wegen der möglichen Risikostreuung – besser gewappnet sind, Risiken zu tragen, als Einzelpersonen. Hierauf beruht das Versicherungsprinzip, zum Beispiel bei Risikolebensversicherungen: Zwar gehen in der Regel beide Vertragsteile, Versicherungsnehmer und Versicherungsgesellschaft, von der gleichen Prognose aus, nämlich einer an versicherungstatistischen Wahrscheinlichkeiten angelehnten, insbesondere vom Alter abhängigen Sterblichkeit des Versicherungsnehmers; dessen Risikotoleranz ist jedoch – da er im Falle seines Todes seine Familie unversorgt befürchtet – regelmäßig wesentlich geringer. Er bezahlt deshalb einen – im Falle der Risikoverwirklichung im Vergleich zur Versicherungsleistung relativ geringen – Beitrag, damit die Versicherungsgesellschaft das Todesfallrisiko an seiner Stelle trägt. Für diese entsteht der Profit aus dem Abschluss vieler derartiger Versicherungsverträge, die eine breite Streuung des Risikos erlauben.

### e. Unterschiedliche Zeitvorgaben

Erhebliches kreatives Lösungspotenzial bieten divergierende Zeitvorgaben der Parteien. Können diese eruiert und ausgenutzt werden, ergeben sich häufig vorteilhafte Effekte für beide Seiten.

Etwa mag in Hinblick auf steuerliche Gesichtspunkte der Kauf einer Wohnung deutlich an Interesse verlieren oder sogar wirtschaftlich uninteressant werden, wenn nicht bis zu einem festgelegten Stichtag bestimmte Tatbestände erfüllt sind. Der Erwerber ist unter solchen Umständen vielleicht bereit, beispielsweise die „vorzeitige“ Räumung des Vertragsgegenstandes durch den Veräußerer zu honorieren – sei es durch einen etwas höheren Kaufpreis oder den Verzicht auf bestimmte, sonst noch ausführende Arbeiten seitens des Veräußerers. Oder aber dem Veräußerer liegt besonders viel daran, noch in dem zum Verkauf stehenden Objekt wohnen zu können, bis das von ihm erworbene Folgeobjekt fertiggestellt ist. Hierauf mag sich der Erwerber einlassen, wenn er das Objekt dafür billiger erwirbt oder ab einem bestimmten Zeitpunkt eine angemessene Nutzungsentschädigung erhält.

Insgesamt können hier an die Zeitvorgaben der Parteien angepasste Regelungen höhere Kosten einer Fremdanmietung, doppelte Umzugskosten, Einstellkosten, Verluste steuerlicher Vorteile u. ä. vermeiden helfen. Diese Kostenersparnis kann direkt den Beteiligten zugute kommen und in die konkrete Vereinbarung als Verhandlungsmasse einbezogen werden.

Bereits bei einem einfach gelagerten Grundstückskauf werden so zahlreiche Punkte sichtbar, bei denen das „Timing“ eine entscheidende Rolle spielt, Konfliktpotenzial bietet – aber eben auch die Chance, einen für beide Seiten vorteilhaften Vertrag und Vertragsvollzug zu gestalten.

### f. Kooperationsgewinne durch Unterschiede

Unterschiede zwischen den Verhandlungspartnern können, wie gezeigt, Kooperationsgewinne verschiedenster Art zulassen.

sen. All diesen Quellen von Kooperationsgewinnen gemeinsam ist, dass sie auf dem Prinzip der Gewinnung von Vorteilen durch gegenseitigen Austausch basieren – und der Austausch von Verhandlungsmasse stellt ohne Zweifel eines der Grundprinzipien jeder erfolgreichen Verhandlung dar.

## 2. Gemeinsamkeiten zwischen den Verhandlungspartnern

Noch einfacher scheint die Sache bei Gemeinsamkeiten der Parteien zu liegen, liegt es hier doch bereits in der Natur der Sache, dass die Beteiligten sich einig sind und „an einem Strick ziehen“. Kooperationsgewinne und Synergieeffekte müssen jedoch, auch wenn sie aus Gemeinsamkeiten resultieren, erst entdeckt und im Rahmen der konkreten Verhandlungssituation umgesetzt werden. Folgende Konstellationen können sich hierbei als besonders gewinnbringend erweisen:

### a. Gemeinsame Interessen

Gemeinsame, nicht miteinander wetteifernde Interessen lassen nicht nur alle Beteiligten gewinnen, sondern verbessern in der Regel auch deren künftige Beziehung zueinander. In jeder Verhandlung gibt es, wenn auch oft verborgen, solche gemeinsamen Interessen. Allzu häufig jedoch wird der Blick auf gemeinsame Interessen und Ziele verstellt durch das Ringen um Positionen.

So weigert sich beispielsweise die Ehefrau, einem in einer Scheidungsvereinbarung vorgesehenen Verzicht auf nahehehlichen Unterhalt zuzustimmen, während der Ehemann hierauf beharrt. Erst auf Nachfrage ergibt sich folgendes Bild: Die Ehefrau befürchtet, dass sich der Ehemann nach Scheidung allen Unterhaltsverpflichtungen entziehen will und dann auch die gemeinsamen Kinder nicht mehr ausreichend versorgt sind. Deshalb will sie sich die Möglichkeit offenhalten, eigenen Unterhalt geltend zu machen. Der Ehemann hingegen ist zwar bereit, Kindesunterhalt auch über den gesetzlichen Unterhalt hinaus zu bezahlen, um den Kindern auch nach der Scheidung einen gleichbleibenden Lebensstandard zu gewährleisten; er weigert sich jedoch aus Prinzip, seiner Ehefrau nach der Scheidung sonstigen Unterhalt bezahlen zu müssen. Haben Beteiligte gemeinsame Interessen, nämlich die Sicherung der materiellen und finanziellen Versorgung der gemeinsamen Kinder erst erkannt, eröffnen sich vielfältige Regelungsmöglichkeiten jenseits des „Alles-oder-Nichts-Prinzips“: Denkbar ist – zum Beispiel – eine vertragliche Regelung des Kindesunterhalts über den gesetzlich geschuldeten hinaus, verbunden mit einem vollständigen Verzicht der Ehefrau auf nahehehlichen Unterhalt. Oder aber der unterhaltsbegründende Tatbestand der Kinderbetreuung, § 1570 BGB, wird, gegebenenfalls gedeckelt, belassen, alle anderen Tatbestände jedoch ausgeschlossen – die Regelungsmöglichkeiten sind vielfältig.

Gemeinsame Interessen können bei der Erzielung von Gewinnen für beide Seiten sowie bei der Herstellung von Übereinkünften außerordentlich hilfreich sein. Zudem spielt es – für künftige Beziehungen, für den Ruf einer Verhandlungspartei etc. – oft eine große Rolle, ob eine Übereinkunft erzielt wird, mit der beide Seiten zufrieden sind und die für beide Seiten einen Gewinn beinhaltet. Zumindest auf lange Sicht wird ein Ergebnis, bei dem die Gegenseite keinerlei Gewinn hat, häufig auch für die scheinbar alles gewinnende Seite ungünstiger sein als ein Ergebnis, das beide Verhandlungspartner zufrieden stellt und deshalb auf Dauer von beiden getragen wird.

Der Konsens an sich gewinnt damit Bedeutung als gemeinsames Interesse der Beteiligten.

In der Praxis liegt die Schwierigkeit aber darin, dass der erste Blick vor allem auf Unterschiede gerichtet ist und Gemeinsamkeiten nicht sichtbar sind bzw. nicht als relevant wahrgenommen werden.

Folgende Fragestellungen können helfen, gemeinsame Interessen zu entdecken und fruchtbar zu machen:

- Gibt es ein gemeinsames Interesse, etwa am Erhalt oder der Verbesserung einer künftigen (Geschäfts-)Beziehung? Welche Nachteile und Kosten würden bei einem Abbruch der Verhandlungen entstehen? Können diese gemeinsam minimiert werden?
- Welche Ziele stehen hinter den vertretenen Positionen und können hieraus gemeinsame Interessen abgeleitet werden? Ist ein Weg denkbar, gemeinsame oder einander ähnliche Ziele durch Kooperation in gegenseitigem Gewinn zu verfolgen und zu erreichen?
- Kann zur Befriedung der Verhandlung ein gemeinsamer Wertmaßstab, ein allgemeines Prinzip, das von beiden anerkannt wird, eingeführt werden, etwa ein Schiedsgutachter o.ä.? Vielleicht gibt es so die Möglichkeit, Misstrauen gegenüber dem Verhandlungspartner und dessen Taktik zu beseitigen oder zumindest zu vermindern und eine gemeinsame Bewertungsbasis zu schaffen?

### b. Vorteile für beide Seiten, insbesondere Einsparpotenziale

Kooperation bietet die Chance, Vorteile für alle Beteiligten entstehen zu lassen. So kann eine Zusammenarbeit der Parteien in vielen Fällen erhebliche Einspar- und Synergieeffekte nach sich ziehen. Die Ausnutzung solcher Effekte führt dazu, dass der sonst an Dritte geleistete Aufwand bzw. die an Dritte zusätzlich bezahlten Kosten nunmehr im Rahmen der anhängigen Verhandlungen „auf den Tisch“ gelegt werden können und damit als zu verteilende Verhandlungsmasse zur Verfügung stehen.

Unter Umständen können etwa die Produktionskosten pro Stück ganz erheblich gesenkt werden, wenn sich zwei Hersteller eines gleichen Produktes an einem Ort im Rahmen eines „Joint Venture“ zusammenschließen, um eine gemeinsame, beide Produktionen umfassende Fertigungshalle zu errichten. Anstatt sich gegenseitig Konkurrenz zu machen und im Preiskampf zu unterbieten, können die eingesparten, nunmehr freien Mittel für eine überörtliche Werbekampagne o.ä. eingesetzt werden. Langfristig wird so die Wettbewerbsfähigkeit beider Hersteller gestärkt.

Nach dem gleichen Prinzip schließen sich Erzeuger zu Erzeugerringen oder Konsumenten zu Sammelbestellungen zusammen: das Auftreten auf dem Markt ist stärker, Größen- oder Mengenvorteile werden genutzt, Kosten geteilt und Profite vergrößert.

### c. Ersparnis von Transaktionskosten

Kooperation kann auch helfen, Transaktionskosten einzusparen – ein besonders häufiger und deshalb besonders zu erwähnender Fall der Gewinnung eines gemeinsamen Vorteils. Die Überlegung, welche Kosten und Nachteile entstehen, wenn ein langwieriger Rechtsstreit entbrennt, kann bereits dazu führen, dass der gemeinsame Vorteil – die Vermeidung



hoher Kosten sowie die Minimierung des Zeitfaktors – gesucht und ausgenutzt und schließlich noch eine gütliche Einigung erreicht wird.

Die Einsparung von Transaktionskosten geht jedoch über die Fälle der Vermeidung eines Rechtsstreits weit hinaus: Den Notar als neutralen Dritten mit der Fertigung eines Vertragsentwurfes zu betrauen, kann die Mandatierung zweier, nur die Interessen ihres jeweiligen Auftraggebers vertretenden Parteijuristen entbehrlich machen und so erhebliche Kosten einsparen. Auch das unter Umständen aufwändige Verfahren des mehrfachen Austauschs von Vertragsentwürfen in verschiedenen Fassungen kann so vermieden werden – ein weiterer Schritt auf dem Weg zur Einsparung von Transaktionskosten, von „Zeit und Geld“.

#### **d. Betonung der Gemeinsamkeiten**

Werden erst einmal Gemeinsamkeiten – gemeinsame Interessen, Ziele oder Vorteile – entdeckt, kann der Konflikt leichter gelöst werden: Der Weg vom bloßen Ringen um Positionen hin zur Suche nach kreativen Möglichkeiten, die Gemeinsamkeiten effektiver zu verfolgen, ist eröffnet. Als positiver Nebeneffekt mag sich auswirken, dass eine Betonung der Gemeinsamkeiten die Verhandlung insgesamt freundlicher, offener und flüssiger gestalten kann – ein weiterer und zusätzlicher Schritt auf dem Weg zum gemeinsamen Verhandlungserfolg.

## **II. Zusammenfassung**

Die Annahme, Verhandlung sei zwingend ein „Nullsummenspiel“, das heißt mehr für den anderen bedeute zwingend weniger für den anderen, ist unrichtig. Vielmehr können, wie dargestellt, aus vielerlei Quellen Kooperationsgewinne entstehen: aus Gemeinsamkeiten der Parteien, aber gerade auch aus ihren Unterschieden, letzteres auf den ersten Blick vielleicht überraschend. Für den Vermittler kommt darauf an, den Blick zu schärfen und das Augenmerk gezielt auf solche möglichen Vorteile für beide Seiten zu richten; künftige Verhandlungen können dann, ganz im Sinne einer „Gewinner-Gewinner-Strategie“, noch nutzbringender und zufriedenstellender gestaltet werden.

## **III. Weiterführende Literatur**

- *Fisher, Roger, Ury, William, Patton, Bruce*, Das Harvard-Konzept, Sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln, 18. Auflage, 1999;
- *Mnookin, Robert H., Peppet, Scott R., Tulumello, Andrew S.*, Beyond winning: negotiating to create value in deals and disputes, 2000;
- *Haft, Fritjof*, Verhandlung und Mediation: Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. Auflage, 2000.

**Ann, Die Erbengemeinschaft, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 2001, XXV und 465 Seiten, € 144,-**

Nach der Habilitationsschrift von *Eberl-Borges* zur Erbausinandersetzung, die im Jahre 2000 erschienen ist (vgl. *MittBayNot* 2000, 530), liegt nunmehr die Monografie von *Christoph Ann* „Die Erbengemeinschaft“ vor. Dieses Werk lag im Wintersemester 1999/2000 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen als Habilitationsschrift vor und wurde von *Gottfried Schiemann* betreut.

Die Untersuchung befasst sich in sieben Kapiteln mit dem „Lebenskreis“ der Erbengemeinschaft: Kapitel 1 behandelt in aller Kürze die Entstehung der Erbengemeinschaft, in Kapitel 2 folgt die Darstellung der Nachlassverwaltung (§§ 2038, 2040 BGB), ein erster Schwerpunkt der Arbeit. Kapitel 3 gilt der Haftung für Nachlassverbindlichkeiten, Kapitel 4 dem Innenverhältnis der Miterben. Kapitel 5 ist der prozessualen Situation der Erbengemeinschaft gewidmet, Kapitel 6 der Auseinandersetzung und Teilung des Nachlasses. Kapitel 7 befasst sich besonders mit dem Problem der Nachfolge in Unternehmungen und Beteiligungen daran. In Kapitel 8 wird zusammengefasst, wo nach Ansicht des Verfassers im Recht der Erbengemeinschaft Handlungsbedarf besteht. Abschließend werden Lösungsvorschläge gemacht.

Im Kapitel über die Nachlassverwaltung durch die Miterben untersucht *Ann* die Grundtypen des nachlassverwaltenden Handelns. Das Gesetz bildet nach ihm „Entscheidungs-zonen“: Grundtyp ist hiernach die Gemeinschaftsverwaltung, ihr folgt auf der nächsten Stufe die praktisch bedeutende Mehrheitsverwaltung für Maßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung. Die dritte Stufe bildet die Einzelverwaltung. Sie ist nur für erhaltungsnotwendige Maßnahmen, also nur im Notfall statthaft. Dieser Abschnitt ist auch für die notarielle Praxis von Bedeutung, geht es doch hier darum, wie die Erbengemeinschaft ihren Willen bildet. Auch die Beschränkungen durch den Erblasser werden dargestellt. Hauptfall der Erblasserdisposition ist die Anordnung der Testamentsvollstreckung. Die Auflage ist regelmäßig eine stumpfe Waffe. Interessant ist der Vorschlag *Anns*, ein Verwaltungsvorausvermächtnis zugunsten eines Miterbens auszusetzen. Hiernach könnte der Erblasser die Kompetenzen zur Nachlassverwaltung anders regeln als gesetzlich vorgesehen, indem er sie als Vorausvermächtnis einem Miterben zuweist. Wegen der nur schuldrechtlichen Wirkung des Vermächtnisses muss dieses erfüllt werden. Es ist also eine Vollmachtserteilung durch die Miterben nötig.

In Kapitel 2 § 4 untersucht *Ann* die für die Praxis bedeutende Frage nach der Surrogation in der Erbengemeinschaft. Maßgebliche Vorschrift ist hier § 2041 BGB, welche die Rechtsurrogation, die Ersatzurrogation und die Beziehungssurrogation umfasst. Vor allem der letztgenannten gilt die Aufmerksamkeit *Anns*: Zum Nachlass gehört, was die Miterben durch Rechtsgeschäfte erwerben, die sich auf den Nachlass beziehen. Anders als die Ersatzurrogation ist diese Beziehungssurrogation eine Surrogation mit Subjektwechsel. Wirtschaftlich betroffen wird durch ein Rechtsgeschäft nicht die handelnde, sondern eine andere Person, die an dem betroffe-

nen Vermögen berechtigte. Die Klärung des Verhältnisses zwischen Beziehungs- und Mittelsurrogation erfordert nach *Ann* eine Definition des § 2041 S. 1 3. Alt. BGB zugrunde liegenden Beziehungsbegriffs. Hierzu sind das Kongruenzmodell, das Subordinationsmodell und das Exklusivitätsmodell entwickelt worden. *Anns* Lösungsvorschlag ist das Interessenmodell: Realisiert werden muss der Schutz der beteiligten Interessen am Erhalt des Nachlasswerts, als Haftungsmasse für die Nachlassgläubiger und als Beteiligungsmasse für die Miterben. Verhindert werden muss dazu zunächst der Abfluss von Nachlassmitteln. Dies erfordert die Integration der Mittel- in die Beziehungssurrogation. Das Surrogationsprinzip hat nach *Ann* alle Erwerbe zu umfassen, die Miterben zwar nicht mit Nachlassmitteln, aber doch in der Absicht tätigen, diese für den Nachlass zu erwerben.

In Kapitel 4, welches dem personalen und materiellen Bestand von Erbengemeinschaft und Nachlass gewidmet ist, ist der Abschnitt über die Übertragung von Anteilsbruchteilen am Nachlass für den Praktiker von besonderer Bedeutung. Nach *Ann* sprechen sowohl theoretische wie praktische Gesichtspunkte gegen die Zulässigkeit der Verfügung über Bruchteile am Nachlassanteil: Die Verfügung über Anteilsbruchteile beschränkt die Nachlassverwaltung. Sowohl nach der Spaltungs- wie auch nach der Einheitstheorie gewinnen neue Anteilsbruchteilinhaber die Möglichkeit, die Nachlassverwaltung zu blockieren, das Vorkaufrecht des § 2034 BGB kann dies nur bedingt korrigieren. Da der BGH sich mit der Bruchteilsveräußerung bislang nicht auseinandergesetzt hat, sind die Ausführungen von *Ann* hier von besonderem Interesse. Das BayObLG hat sich bekanntlich für die Spaltungstheorie, also für die Zulässigkeit der Teilanteilsübertragung entschieden (BayObLGZ 1967, 405; 1980, 328). Auch die Nießbrauchbestellung am Nachlassanteil wird dargestellt. Der Nießbrauch am Nachlassanteil ist Rechts- nicht Sachnießbrauch, während der Nießbrauch am Gesamtnachlass Nießbrauch am Vermögen und damit Sachnießbrauch nach § 1089 BGB ist. Diese Unterscheidung ist von Bedeutung für die Befugnisabgrenzung zwischen Nießbraucher und Vollrechtsinhaber. Wird beim Sachnießbrauch die Sache veräußert, ist der Nießbraucher umfassend geschützt. Sein Recht an der Sache kann nur durch gutgläubigen Hinwegerwerb berührt werden. Beim Nießbrauch am Nachlassanteil liegt dies anders. Hier besteht der Nießbrauch an der gesamthänderischen Mitberechtigung am Nachlass. Zwar ist dieses Recht konstant, nicht aber der Nachlass, auf den es sich richtet und das ihm seinen Wert gibt. Schutz vor der „wirtschaftlichen Auskernung“ könnte dem Nießbrauch hier nur § 1071 BGB gewähren.

Für den Kautelarjuristen bedeutend ist auch die Frage, wie der Erblasser Verfügungen des Erben über den Nachlassanteil vereiteln kann. Bekanntlich ist auch die Testamentsvollstreckung hier kein wirksames Mittel, sie schränkt die Verfügungsbefugnis des Miterben über den Erbanteil nicht ein. In Betracht kommt ein Auseinandersetzungsverbot des Erblassers, das durch Testamentsvollstreckung abgesichert wird. Die Möglichkeit der Resolutivbedingung ist dort ungeeignet, wo pflichtteilsberechtigte Personen Miterben sind. Werden sie durch die auflösende Bedingung enterbt, können sie Pflichtteilsansprüche geltend machen, damit bricht in vielen

Fällen die gesamte testamentarische Konstruktion in sich zusammen.

Die Abschtung wird nur in kurzen Sätzen behandelt. *Ann* schließt sich der herrschenden Meinung an, welche entgegen dem BGH die Formbedürftigkeit der Abschtungsvereinbarung annimmt. Für die Praxis von Bedeutung sind auch noch die Ausführungen über das Miterbenvorkaufsrecht, insbesondere dort, wo der Frage nachgegangen wird, ob auch Anteilserwerber in den Schutzzweck des § 2034 BGB einbezogen sind. Der BGH geht davon aus, der Anteilserwerb vermittele nicht die Stellung eines Miterben, sondern nur die eines Gesamthänders (BGHZ 56, 115; so auch BayObLG NJW 1968, 505). *Ann* neigt hier der gegenteiligen Ansicht zu, will also das Vorkaufsrecht auch dem Anteilserwerber zu billigen.

Lesenswert ist auch Kapitel 7 über die Miterbennachfolge in Unternehmungen und Beteiligungen an Unternehmensträgern. Unproblematisch ist nur die Vererbung von Körperschaftsanteilen, auch Personengesellschaftsbeteiligungen können übergehen, seit der BGH die Universalsukzession durch eine Sin-

gularsukzession ersetzt hat. Probleme bereitet nach *Ann* nach wie vor die Miterbennachfolge in einzelkaufmännischen Unternehmen. Folgt man einer „Stagnationslösung“, ergeben sich nach *Ann* konstruktiv möglicherweise richtige, praktisch aber wenig brauchbare Resultate, folgt man einer Dynamisierungslösung, müssten im Interesse praktikabler Lösungen konstruktive Hindernisse überwunden werden. In Fortführung der Tendenzen in der neueren Literatur, wonach die unternehmenstragende Erbengemeinschaft überwiegend als taugliche Unternehmensträgerin angesehen wird, will *Ann* die Erbengemeinschaft nicht nur in diesen Fällen mit Rechtsfähigkeit ausstatten, dies umso mehr, als die Erbengemeinschaft, anders als die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts, stets mit Gesamthandsvermögen, nämlich dem Nachlass, ausgestattet ist.

Insgesamt hat *Ann* eine theoretisch hochstehende Untersuchung erstellt, welche die vorliegenden Arbeiten, insbesondere diejenige von *Eberl-Borges*, sinnvoll ergänzt. Auch der Praktiker wird das Werk mit Gewinn lesen.

Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

---

### **Blaeschke, Praxishandbuch Notarprüfung, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen, 2001, 392 Seiten gebunden, € 50,11**

Das Praxishandbuch Notarprüfung hat sich zum Ziel gesetzt, einerseits den Notaren und ihren Mitarbeitern und andererseits den von den Aufsichtsbehörden als Notarprüfern eingesetzten Richtern und Beamten der Justizverwaltung eine Antwort auf die Frage zu geben, welche Anforderungen heute an eine ordnungsgemäße Erledigung der Amtsgeschäfte eines Notars zu stellen sind.

Diesen Anspruch erfüllt das Werk mühelos. Im Grunde handelt es sich um eine systematische Kommentierung des gesamten Dienstrechts. Alle Ebenen sind dabei berücksichtigt, vom Beurkundungsgesetz und der Bundesnotarordnung über die Dienstordnung bis hin zu den Richtlinien der Notarkammern und den Bekanntmachungen der Landesjustizverwaltungen. Sogar Rundschreiben der Bundesnotarkammer und der einzelnen Notarkammern werden zahlreich zitiert. Berücksichtigt man ferner die durchweg gut ausgewählten Literaturhinweise (häufig auf die MittBayNot und die DNOTZ), bleibt kein Zweifel, dass es sich bei dem Autor um einen ausgewiesenen Kenner des Notarrechts handelt. Selbst auf Inhalte des von der *Notarkasse* herausgegebenen Handbuchs für das Notariat wird verwiesen (z. B. auf die Checkliste für Fälle mit Auslandsberührung in Rdnr. 802). Alle behandelten dienstrechtlichen Vorschriften sind auf dem neuesten Stand, so ist etwa die Neufassung der Bekanntmachung betreffend die Angelegenheiten der Notare des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz vom 25.1.2001 berücksichtigt.

Der Autor hat an mehreren Stellen die verschiedenen Regelungen der Justizverwaltungen oder der Notarkammern akribisch zusammengetragen und in Übersichten zusammengestellt, so etwa bei der Frage der Beurkundungen außerhalb des Amtsbereichs (Rdnr. 569 ff.), der Zuständigkeit für die Entgegennahme entsprechender Anzeigen (Rdnr. 573) und der Regelungen zur systematischen Einschaltung von Mitarbeitern des Notars als Vertreter von Urkundsbeteiligten (Rdnr. 698).

Das Werk behandelt in einem ersten Abschnitt allgemeine Fragen der Dienstaufsicht. Hier werden die Rechte und Pflichten der Aufsichtsbehörden und damit auch der Umfang der Notarprüfung und die verschiedenen Aufsichts- und Disziplinarmaßnahmen behandelt. Auch Detailfragen, wie etwa das Einsichtsrecht des Notars in die Akten der Justizverwaltung, werden hier beantwortet. Nach dem Hauptteil des Buches, dem sogenannten Anforderungskatalog, werden im dritten Abschnitt unter der Überschrift Notarprüfung handwerkliche Hinweise für den Notarprüfer gegeben, etwa dazu, welche Fragen der Prüfer zu Beginn der Prüfung an den Notar richten sollte.

Der sogenannte Anforderungskatalog behandelt in zwölf Kapiteln alle Fragen der notariellen Amtsführung, soweit sie bei der Prüfung relevant sein können. Die gute Übersichtlichkeit dieses Teils ist zum einen der klaren Untergliederung, zum anderen der optisch aufgelockerten Gestaltung zu verdanken. Die zugrunde liegende Fragestellung für den Notarprüfer ist jeweils dunkel unterlegt (z. B.: „Sieht der Notar jeweils zum Jahresende das Erbvertragsverzeichnis daraufhin durch, ob er noch Erbverträge verwahrt, die sich seit mehr als 50 Jahren bei ihm befinden, und bestätigt er das Ergebnis der Durchsicht in einem von ihm unterzeichneten Vermerk nach § 20 Abs. 4 DONot n.F.?“). Die Tipps für den Prüfer sind eingerahmt (z. B. „Hier wird nach meinen Erfahrungen oft gesündigt“ zum Thema des fehlenden Berichtigungsvermerks am Rand oder am Schluss der Urkunde bei Zusätzen oder Änderungen nach § 44a Abs. 1 BeurkG). Die Querverweise und Literaturhinweise sind kursiv gedruckt.

Dank des ausführlichen Stichwortverzeichnisses findet der Praktiker schnell Hinweise zu ihn interessierenden Fragen. Zum Stichwort Identitätsfeststellung etwa wird man auf die Änderung der Dienstordnung hingewiesen, wonach Fotokopien von Ausweisen nur mit schriftlicher Einwilligung des Inhabers zu den Akten genommen werden dürfen (§ 26 Abs. 1 Satz 2 DONot). Ferner wird genau unterschieden, ob eine Identitätsfeststellung oder eine Identitätsbescheinigung nach GWG vorzunehmen ist. Letzteres ist nach zutreffendem Hinweis des Autors auch dann eine kostenrechtlich gesondert ab-

zurechnende Tatsachenbescheinigung, wenn sie mit den Feststellungen nach § 10 BeurkG verbunden ist.

Bei der Frage der Auswärtsbeurkundungen scheut der Autor nicht die kritische Auseinandersetzung mit den Richtlinien der Notarkammer. In den Rdnrn. 557, 568 dürfte aber die Bestimmung des § 88 SachenRBERG falsch interpretiert sein, wenn der Autor annimmt, der Notar könne in diesem Fall die Beurkundung ohne weitere Voraussetzungen am Ort des Grundstücks vornehmen, auch wenn dieses außerhalb seines Amtsbereichs oder Amtsbezirks liegt. Eine solche Regelung wurde zwar im Bundesrat diskutiert, ist aber im Ergebnis nicht Ge-

setz geworden (vgl. *Krauß*, in: *Czub/Schmidt-Räntsch/Frenz*, Kommentar zum SachenRBERG, § 88, Rdnrn. 2, 8; *Vossius*, SachenRBERG, 2. Auflage, § 88, Rdnr. 13, 15).

Zusammenfassend kann dem Autor für die gelungene Zusammenstellung des Dienstrechts nur gedankt werden. Das Werk wird in der Hand des Notarprüfers ohne Zweifel wertvolle Unterstützung geben und in der Hand des Notars und seiner Mitarbeiter eine saubere und sichere Führung der Dienstgeschäfte erleichtern.

Notar *Dr. Alexander Martini*, Arnstein

---

### **Hettrich/Pöhlmann/Gräser/Röhrich, Genossenschaftsgesetz, 2. Auflage 2001, München, Verlag C.H. Beck, XXVII u. 575 Seiten, € 48,06**

Nunmehr in 2. Auflage liegt vor in der Reihe der kompakten „gelben“ Kurzkommentare des Beck-Verlags der Kommentar zum Genossenschaftsgesetz von *Hettrich/Pöhlmann/Gräser/Röhrich*. Der Kommentar wirbt mit den Schlagworten: „aktuell, kompakt, praxisnah“. Soweit aus mehreren Stichproben erkennbar, erfüllt der Kommentar diese Anforderungen souverän. Gesetzesänderungen (z. B. § 164 GenG, betreffend die Euroumstellung), Rechtsprechung und Literatur sind offenbar bis Sommer 2000 berücksichtigt.

Die einzelnen §§ des GenG werden auf 463 Seiten erläutert. Daran anschließend sind auf 90 Seiten die für Genossenschaften praxisrelevanteren Vorschriften des UmwG abgedruckt, verbunden mit einer mehr oder weniger knappen Erläuterung der meisten dieser Vorschriften. Die Erläuterungen sind generell knapp gehalten; die Darstellung ist übersichtlich und leicht verständlich. Von der h.M. und Rspr. abweichende Meinungen werden meist zitiert, aber – entsprechend der Intention: „kompakt und praxisnah“ – nicht weiter vertieft.

Empfiehl sich die Anschaffung des Kommentars für die Notariatspraxis?

Eine eigenständige Einführung zum Genossenschaftsrecht enthält der Kommentar nicht, so dass er sich weniger dazu eignet, einen ersten Einblick bzw. eine Übersicht über das Genossenschaftsrecht zu erhalten. Dies stört jedoch nicht, da solche Einführungen bzw. Übersichten bereits in einigen der gängigen Formularbücher enthalten sind, die sich ohnehin überwiegend in einem Notariat befinden (z. B. *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Auflage 2001 [besprochen in diesem Heft von *Caspary*]; *Wurm/Wagner/Zartmann*, Das Rechtsformularbuch, 14. Auflage 1998).

Für die Prüfung der Vertretungsberechtigung von Genossenschaften reichen i. d. R. die diesbezüglichen Erläuterungen im *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 3641 ff. Die mit der Einzelermächtigung eines Vorstandsmitglieds verbundenen Fragen sind im zu rezensierenden Kommentar knapp, aber informativ dargestellt (ausführlich hierzu s. DNotI-Report 6/2000, S. 49 ff.).

Auch für die Gestaltung von Anmeldungen zum Genossenschaftsregister, Satzungen, (umwandlungsrechtlichen) Beschlüssen und Verträgen genügt meist der Blick in die einschlägigen Formularbücher (s. vorstehend, ferner z. B. das Münchner Vertragshandbuch, Bd. 1, GesR, 5. Auflage 2000; speziell zur Umwandlung von Genossenschaften auch: *Neye/Limmer/Frenz*, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 1996; zu den Registeranmeldungen s. *Keidel/Schmatz/Stöber*, Registerrecht, Neuerscheinung in 6. Aufl. angekündigt). Soweit sich hier schwierigere Detailfragen ergeben sollten, wird auch der zu rezensierende Kommentar wegen seiner Kürze nicht immer weiter helfen können; für solche Fälle könnte vielleicht eher an die Anschaffung des „großen Bruders“ des *Hettrich/Pöhlmann/Gräser/Röhrich*, nämlich des Kommentars zum Genossenschaftsgesetz von *Beuthien*, in 13. Auflage 2000, ebenfalls beim Verlag C.H. Beck erschienen, gedacht werden.

Ideal ist der *Hettrich/Pöhlmann/Gräser/Röhrich* als Begleiter des Notars zu genossenschaftlichen Versammlungen, insb. als Nachschlagewerk bei der Beantwortung überraschender Fragen im Zusammenhang mit der Beurkundung von Umwandlungsbeschlüssen. Entsprechendes gilt, wenn der Notar von den von ihm betreuten Genossenschaften auch zu sonstigen Fragen des Genossenschaftsrechts konsultiert wird. Hierzu kann die Anschaffung des Kommentars uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar *Dr. Gerald Weigl*, Heilsbronn

---

### **Kanzleiter/Wegmann, Vereinbarungen unter Ehegatten, RWS-Skript 14, 6. Auflage 2001, Köln, 160 Seiten, € 34,76**

Bereits in 6. Auflage liegt das als RWS-Skript Nr. 14 erschienene Buch der Kollegen *Kanzleiter* und *Wegmann* vor, das sich – wie schon der Titel andeutet – nicht nur mit Eheverträgen beschäftigt, sondern darüber hinaus auch mit der sinn-

vollen Vermögenszuordnung und mit Überlassungsverträgen zwischen Ehegatten und deren Familienangehörigen. Die Darstellung beschränkt sich allerdings auf Verträge zu Beginn bzw. während der Ehe, so dass Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen nur am Rande behandelt werden.

Dem Konzept der RWS-Reihe folgend ist der Aufbau des Buches übersichtlich und die Erläuterungen sind in kurzen

Abschnitten gut strukturiert. Zu jeder Gestaltungsvariante werden praxistaugliche Formulierungshilfen gegeben, was je nach „Schwierigkeitsgrad“ von einem knappen Satz bis zu ausführlichen Textbausteinen reichen kann. Weiterführende Literaturangaben sind unmittelbar der jeweiligen Textstelle zugeordnet, jedoch durch Schriftart und Einzug so abgesetzt, dass der Lesefluss nicht unterbrochen wird. Erfreulicherweise beschränken sich *Kanzleiter* und *Wegmann* dabei überwiegend auf die in den meisten Notariaten vorhandenen Kommentare, wichtigsten Zeitschriften und Handbücher, so dass die Literaturhinweise gut verwendbar sind. Die angegebenen Fundstellen sind in der Neuauflage durchgehend auf den aktuellen Stand gebracht. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 6.2.2001 (MittBayNot 2001, 207 ff.) zur Sittenwidrigkeit von Eheverträgen konnte aufgrund des Erscheinungsdatums des Buchs zwar noch zitiert, leider aber nicht mehr in die Gestaltungsempfehlungen eingearbeitet werden.

Mehr als die Hälfte des Buches nehmen die Ausführungen zu den Güterständen ein. Die Autoren beginnen hier mit einer umfassenden Darstellung der gesetzlichen Regeltypen, kommen dann zu allen in der Praxis relevanten güterrechtlichen Varianten und erläutern schließlich die Konsequenzen eines späteren Wechsels des Güterstandes. Dabei werden übersichtlich alle Vor- und Nachteile der jeweiligen Vertragsgestaltung, insbesondere auch im Steuerrecht, behandelt. Ein Beispiel für die zahlreichen, auch ausgefalleneren Gestaltungsmöglichkeiten, die angeboten werden, ist das Kapitel über die „abschnittsweise Verwirklichung des Zugewinns“. *Kanzleiter* und *Wegmann* zeigen hier, dass der mehrfache zeitabschnittsbezogene Zugewinnausgleich pflichtteilsrechtliche und erbschaftsteuerliche Vorteile beinhalten kann.

Die Ausführungen zum Versorgungsausgleich sind knapp gehalten – sicherlich zu Recht, da bei Eheverträgen ohne konkreten Trennungsbezug nur wenige Gestaltungsempfehlungen praktikabel sein dürften: Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs, mögliche Bedingungen und Gegenleistungen dazu sowie die Beschränkung des Ausgleichs auf bestimmte Zeiten oder Anwartschaftsarten werden übersichtlich und präzise dargestellt.

Auch das nacheheliche Unterhaltsrecht wird vergleichsweise kurz behandelt. Leider führt dies an manchen Stellen dazu, dass die Ausführungen zu vereinfachten Ergebnissen gelangen, wenn man nicht die zitierten Urteile und die angegebene Literatur nachliest. So ist z. B. die Aussage in Rdnr. 315, dass eine überobligationsmäßige Erwerbstätigkeit des unterhaltsberechtigten Ehegatten immer in voller Höhe auf seinen Unterhaltsanspruch anzurechnen ist, nicht zutreffend. Seit der – von den Autoren allerdings nicht mehr berücksichtigbaren – Entscheidung des BGH vom 13.6.2001 – XII ZR 343/99 – zur beschränkten Anrechnung der Einkünfte des Ehegatten, der in der Ehe den Haushalt geführt hat, gilt dies künftig sogar für Einkommen, zu deren Erzielung der Ehegatte unterhaltsrechtlich verpflichtet ist, nicht mehr. Gerade diese gravierende Änderung der BGH-Rechtsprechung zeigt, dass Klauseln, die in die konkreten Berechnungsmethoden des Unterhaltsrechts eingreifen (wie z. B. die in Rdnr. 351 vorgeschlagene Anrechnungsvereinbarung), bei Eheverträgen ohne konkrete Trennungs- oder Scheidungsabsicht schnell veralten und zu unvorhergesehenen Folgeproblemen führen können.

Abgerundet wird das Skript durch eine Darstellung des internationalen Privatrechts und der Rechtswahlmöglichkeiten im Eherecht und, wie bereits erwähnt, zur Vermögenszuordnung unter Ehegatten. Dabei werden auch die ehebedingten Zuwendungen und deren mögliche Folgen bei Scheidung fundiert dargestellt.

Das Buch ist meines Erachtens in zweierlei Hinsicht besonders empfehlenswert: Zum einen für die erstmalige oder wiederholende Einarbeitung in die zahlreichen Gestaltungsvarianten des Familienrechts – unterstützt durch ein ergänzendes Kapitel mit sieben Fällen zu typischen Lebenssachverhalten, bei deren Lösung die verschiedenen Aspekte des Familien-, Pflichtteils- und Steuerrechts zusammengeführt werden. Zum anderen eignet es sich aufgrund seines übersichtlichen Aufbaus und des umfangreichen Stichwortverzeichnis zur schnellen Überprüfung einzelner Gestaltungsvarianten und aller damit verbundenen, möglicherweise versteckten Vor- und Nachteile.

Notar Dr. Felix Odersky, Erlangen

---

**Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Auflage 2001, Köln, Carl Heymanns Verlag, XLIX u. 2628 Seiten, € 179,97**

I. Sieben Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe liegt nunmehr die bereits seit langem angekündigte neue Auflage des Formularbuchs vor. Die Neuauflage berücksichtigt den Stand der Gesetzgebung vom April 2001, von Rechtsprechung und Literatur bis zum Anfang des Jahres 2001. Da der Mitarbeiterkreis wiederum erweitert wurde, ist der Umfang des Werkes um weitere 483 Seiten gewachsen.

Rein äußerlich hat das Werk weiter an Übersichtlichkeit gewonnen: der bisher enthaltenen Inhaltsübersicht folgt ein ausführliches Inhaltsverzeichnis, das durch fettgedruckte Überschriften einen schnellen Überblick vermittelt. Weiter wurde die Lesbarkeit der Erläuterungen durch die Verlagerung der Fundstellen in Fußnoten verbessert. Unverändert geblieben ist die Konzeption und der Aufbau des Buches. Im ersten und

zweiten Teil des Buches werden die Notariatsverfassung und das Notarverfahrensrecht dargestellt, während im dritten Teil die einzelnen rechtsgeschäftlichen Beurkundungen behandelt werden: im ersten Abschnitt die Geschäfte aus dem Bürgerlichen Recht – gliedert entsprechend dem Aufbau des Bürgerlichen Gesetzbuches – und im zweiten Abschnitt die Geschäfte aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht. Ein Abkürzungsverzeichnis und ein umfangreiches Sachregister von 83 Seiten runden das Werk ab. Bezieher des Werkes können eine CD-ROM mit den im Buch enthaltenen Mustertexten erwerben (Einzelplatzlizenz: DM 74,-).

Im Unterschied zu den meisten anderen Formularbüchern wird der Benutzer mit trotz ihrer Kürze informativen Einleitungen zum jeweiligen Thema hingeführt bevor die einzelnen Formulierungsvorschläge folgen. Diese sind zum großen Teil mit weiterführenden Hinweisen versehen; besonders hilfreich ist hier, dass nahezu jeder Formulierungsvorschlag mit einem Hinweis zu Geschäftswert und Kosten sowohl des Notars als auch des Gerichts versehen ist.

II. Seit der 1994 erschienenen Voraufgabe sind in fast allen Rechtsgebieten zahlreiche Gesetzesänderungen in Kraft getreten, die die fast vollständige Überarbeitung des Buchs erforderlich gemacht haben. Neben der Einarbeitung der Änderungen wurde das Werk von den Verfassern auch im Übrigen erheblich ergänzt und überarbeitet. Sämtliche DM-Beträge wurden auf Euro umgestellt. Zudem wurde ein neues Kapitel angefügt, das die Auswirkungen der Euro-Einführung auf die Vertragsgestaltung außerhalb des Gesellschaftsrechts behandelt. Für die Arbeit des Notars sind u. a. folgende Änderungen erwähnenswert, wobei aus Platzgründen nur einige wenige Punkte angesprochen werden können:

1. Insbesondere im ersten und zweiten Abschnitt aber auch bei den Ausführungen von einzelnen Rechtsbereichen haben die Änderungen der Bundesnotarordnung und des Beurkundungsrechts durch das am 8.9.1998 in Kraft getretene Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze Eingang gefunden. Berücksichtigt wurden in diesem Bereich auch schon die Neufassungen der Dienstordnung für Notare.

2. Umfassend überarbeitet wurde auch der Bereich über vollstreckbare Urkunden. Neu eingearbeitet wurde u. a. die Rechtsprechung des BGH vom 22.10.1998 zur Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht im Bauträgervertrag (MittBayNot 1998, 458) sowie die am 1.1.1999 in Kraft getretene 2. Zwangsvollstreckungsnovelle. Entsprechend dem erheblich ausgeweiteten Anwendungsbereich, den die vollstreckbare Urkunde durch diese Gesetzesnovelle erhalten hat, sind zahlreiche Musterformulierungen neu aufgenommen, z. B. Unterwerfungserklärungen wegen eines Räumungsanspruchs, Besitzübergang in einem Grundstückskaufvertrag und Unterwerfung zu einem Bauvertrag.

3. Die Kapitel über Grundstückskaufverträge und verwandte Geschäfte sind vollständig neu konzipiert worden.

a. Teile des bisher von *Wolfsteiner* allein bearbeiteten Bereichs wurden von *Basty* übernommen. Dieser stellt seinen Kapiteln (Kauf über Grundstücke und Wohnungseigentum, Teilflächenkauf, Grundstückstausch und Grundstücksschenkung) in der Regel ein Muster eines Standardvertrages voran. Im Rahmen der ausführlichen Erläuterungen folgen dann Muster für Varianten, die sich jedoch nicht nur auf unterschiedliche Lebenssachverhalte beziehen, sondern auch Vorschläge für unterschiedliche Rechtsauffassungen bieten (vgl. z. B. zur Sicherung des Verkäufers gegen vorzeitigen Eigentumsverlust die Musterformulierungen samt Erläuterungen zum Vorbehalt der Auflassung, zum Vorbehalt der Eigentumsumschreibung und zur Aussetzung der Bewilligung, § 36 Rdnr. 72 ff.).

Im Rahmen der ausführlichen Erläuterungen werden auch die zahlreichen Gesetzesänderungen behandelt, so wird zur Vermeidung des durch den durch das Gesetz zur Beschleunigung der fälligen Zahlungen vom 30.3.2000 eingeführten hinausgeschobenen Verzugsbeginns gemäß § 284 Abs. 3 BGB die Vereinbarung eines Fälligkeitszinses vorgeschlagen (§ 36, Rdnr. 37 f.). Ein Mustertext für die Abbedingung des § 284 Abs. 3 BGB, dass eine Mahnung den Verzug auslöst, ist nicht enthalten (Formulierungsvorschlag hierzu bei *Brambring*, DNotZ 2000, 245, 250). Nicht behandelt ist die Frage, ob die Kaufpreisfälligkeitsmitteilung des Notars eine Zahlungsaufforderung i.S.d. § 284 Abs. 3 BGB darstellt (siehe hierzu *Basty*, DNotZ 2000, 260, 263). Inwieweit diese Fragen jedoch auch zukünftig relevant bleiben, ist derzeit noch nicht geklärt, da der Entwurf des Gesetzes zur Schuldrechtsreform

eine Korrektur des § 284 Abs. 3 BGB enthält, nach der eine Mahnung zur Auslösung des Verzugs wieder möglich wird (*Brambring*, DNotZ 2001, 590, 593).

Veranlasst durch das am 1.3.1999 in Kraft getretene Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten vom 13.3.1998 (BBodSchG) wurden in den Abschnitt über Grundstückskaufverträge neu auch Regelungen für Grundstücke mit sog. Altlasten aufgenommen, so auch eine Regelung, die die Risikoverteilung zwischen Verkäufer und Käufer bei einer möglichen Belastung eines Grundstücks mit schädlichen Bodenveränderungen betrifft (§ 36, Rdnr. 167 M). In diesem Zusammenhang soll jedoch auf die Warnung der Verfasser im Vorwort des Buches vor einer unkritischen oder gar schematischen Verwendung der Mustertexte hingewiesen werden, gerade im Bereich der sog. Altlasten ist jede Regelung genau auf den Einzelfall abzustimmen (hilfreich zu diesem Regelungsbereich die Checkliste bei *Sorge*, MittBayNot 1999, 232, 241). Nicht eingegangen wurde in diesem Bereich auf die Frage, ob auch bei einem Kaufvertrag über ein Grundstück, bei dem derzeit keinerlei Verdacht hinsichtlich sog. Altlasten besteht, nach Inkrafttreten des BBodSchG Regelungen erforderlich sind (vgl. auch insoweit *Sorge*, a.a.O., 232, 236).

b. Auch die von *Wolfsteiner* verfassten Kapitel zum Grundstückskaufrecht wurden umfassend überarbeitet. Dem Bauträgervertrag ist nun ein eigenes Kapitel gewidmet, in dem bereits die neue Verordnung nach § 27 a AGBGB berücksichtigt wird. Neu formuliert sind in diesem Bereich die Erklärungen zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Da *Wolfsteiner* eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Käufers in sein Vermögen hinsichtlich der eingegangenen Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises im Hinblick auf die durch § 632 a BGB neu eingeführte Fertigstellungsbescheinigung für zulässig hält, im Anwendungsbereich des AGBGB jedoch nur, wenn sich auch der Bauträger wegen seiner Herstellungspflicht der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, sind Musterformulierungen für die Zwangsvollstreckungsunterwerfung sowohl des Käufers als auch des Verkäufers enthalten (§ 37, Rdnr. 49 M, 55 ff.).

4. Umfassend eingearbeitet wurden auch die zahlreichen Rechtsänderungen im Handels- und Gesellschaftsrecht. Hier wurden nicht nur die Gesetzesänderungen samt Einführung des Euro verlässlich berücksichtigt, sondern auch die Erläuterungen und Musterformulierungen wurden erweitert, neu aufgenommen wurde u. a. ein Muster eines Treuhandvertrages an Geschäftsanteilen. Ebenfalls neu sind die Erläuterungen zum Gewinnbezugsrecht bei der Anteilsabtretung von GmbH-Anteilen (§ 146, Rdnr. 9 ff.), die jedenfalls als Ergebnis festhalten, dass die Abtretungsurkunde stets eine klare Vereinbarung darüber zu enthalten habe, wem der noch nicht festgestellte Gewinn früherer Geschäftsjahre bzw. der des laufenden Geschäftsjahres zusteht. Leider wurde diese Vorgabe nicht in allen Musterformulierungen beherzigt.

5. Wie schon in den Voraufgaben ist auch in der Neuauflage die Darstellung der Anmeldungen zum Handelsregister beim Einzelkaufmann und den Personengesellschaften beispielhaft; die durch das Handelsrechtsreformgesetz veranlasste Änderung des Kaufmannbegriffs und des Firmenrechts wurde berücksichtigt.

III. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der *Kersten/Bühling* in der neuen Auflage *noch besser* geworden ist. Nicht zu vergessen ist, dass der *Kersten/Bühling* inhaltlich weit über

das, was andere Formularbücher bieten, hinausgeht: nicht nur die bereits angesprochenen Erläuterungen sind zu erwähnen, sondern auch die Breite der angebotenen Musterformulierungen. So finden sich auch Musterformulierungen zu dem häufig vernachlässigten Vereinsrecht, sowie auch Formulierungen zu abgelegeneren Themen wie Rechten an Luftfahrzeugen, Schiffen und Schiffsbauwerken. Den *Kersten/Bühling* zu empfehlen wird daher nicht mehr nötig sein. Einziger Wehr-

mutstropfen ist, dass bereits ergangene Gesetzesänderungen wie z. B. die Änderungen zum Mietrecht und die Schuldrechtsreform nicht berücksichtigt werden konnten. Zu hoffen bleibt somit, dass die nächste Auflage nicht so lange auf sich warten lässt, wie es bei dieser Auflage der Fall war.

Notarassessorin *Cathrin Caspary*, München

---

**Weingärtner/Schöttler, Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 8. Auflage, 2001, C. Heymanns Verlag KG, 387 Seiten, € 86,-**

Die Änderung der Bundesnotarordnung im Jahr 1998, die aufgrund dieser Änderung von den Notarkammern erlassenen Richtlinien und die nunmehrige Neufassung der DONot haben auch eine Neuauflage des Standard-Kommentars zur Dienstordnung von *Weingärtner/Schöttler* notwendig gemacht.

Innerhalb kürzester Zeit nachdem die Arbeiten an der Neufassung der DONot unter Federführung des Niedersächsischen Justizministeriums abgeschlossen waren, ist der Kommentar von *Weingärtner/Schöttler* in 8. Auflage neu erschienen.

*Weingärtner* hat nicht nur zuverlässig alle Neuerungen der DONot in seine Kommentierung eingearbeitet, sondern auch die durch die Berufsrechtsnovelle 1998 und die neueste Rechtsprechung veranlassten Änderungen. Gelegentlich ist seiner Kommentierung allerdings anzumerken, dass ihm Änderungen der DONot gegen den Strich gehen (z. B. der Verzicht auf Füllstriche RZ 431) und gelegentlich werden Änderungen der DONot zwar korrekt vermerkt, aber auf die hier-

durch eigentlich notwendig gewordene Neukommentierung wird verzichtet (z. B. Feststellung der Beteiligten durch Angabe des Geburtsdatums RZ 377 ff.). Insgesamt gesehen steht jedoch mit der Neuauflage des *Weingärtner/Schöttler* dem Notar, der seine Mitarbeiter mit den geänderten Bestimmungen der Dienstordnung bekannt machen muss, eine inhaltsreiche und aktuelle Kommentierung hilfreich zur Seite, deren Anschaffung zu empfehlen ist.

Schöttler hat seinen 50-seitigen „Kostenrechtlichen Leitfaden“ der den zweiten Teil des angezeigten Kommentars bildet, in allen Punkten auf den neuesten Stand der Kostenrechts-Gesetzgebung und -Rechtsprechung gebracht. Seine zahlreichen Rechtsprechungs-zitate stellen erforderlichenfalls eine wertvolle Ergänzung zum Streifzug durch die Kostenordnung der Notarkasse dar.

Auf das überaus rasche Erscheinen der Neuauflage des Kommentars nach dem Ende der Arbeiten an der Neufassung der DONot ist es wohl zurückzuführen, dass die Ausführungen *Weingärtners* in der 8. Auflage allerdings in einem ungewöhnlich großen Umfang mit Flüchtigkeitsfehlern im Satzbau und Schreibfehlern durchsetzt sind.

Notar *Dr. Jürgen Vollhardt*, Hersbruck

---

**Wolfram-Korn/Schmarsli, Außergerichtliche Streit-schlichtung in Deutschland: dargestellt anhand des Schlichtungsgesetzes Baden-Württembergs, C.H. Beck Verlag, München, 2001, 142 Seiten, € 19,94**

Der Titel verspricht ein wenig mehr, als der Inhalt bietet. Der Fokus des Buches liegt darauf, die Umsetzung des § 15a EGZPO in Baden-Württemberg zu beleuchten. Das Werk gliedert sich in sechs Teile. Im ersten Teil referieren die Autoren, die beide Rechtsanwälte und in Baden-Württemberg gemeldete Schlichtungspersonen sind, auf sieben Seiten die Geschichte der Streitschlichtung (mit Hinweisen auf das *Harvard Negotiation Project*) und geben anschließend einen Überblick über die bundesrechtliche Öffnungsklausel des § 15a EGZPO. Im zweiten Teil, dem Herzstück des Buches, wird das Schlichtungsgesetz Baden-Württembergs vorgestellt. Einzelne Themen werden vertieft behandelt (Grundsätze, Gütestelle, Besetzung der Gütestelle, Schlichtungsverhandlung, Vollstreckung, Kosten, Sonderprobleme, Anwendbarkeit) und praktische Tipps gegeben. Der dritte Teil umfasst

einen Ausblick auf die in Bayern und Nordrhein-Westfalen in Kraft getretenen Schlichtungsgesetze. Der mögliche Ablauf der Schlichtungsverhandlung und das Verfahren vor der anerkannten Gütestelle im Sinne des § 794 ZPO werden in den Teilen 4 und 5 dargestellt. Abschließend enthält der 6. Teil Gesetzestexte (§ 15a EGZPO, SchlG BW, BaySchlG, GüSchlG NRW, SchAG NRW).

Die baden-württembergische Schlichtung sieht – anders als das BaySchlG – eine Aufgabenteilung zwischen dem Schlichter und dem Urkundsbeamten an der Geschäftsstelle des Amtsgerichts vor. Im Rahmen des Wettbewerbs der verschiedenen Schlichtungsmodelle in den einzelnen Bundesländern, der vom Bundesgesetzgeber gewollt war, wird man mit Interesse verfolgen, welches Verfahren effizienter ist und eine größere Entlastung für die Gerichte bedeutet.

Das Buch tritt dem Berufsstand der Notare an verschiedenen Stellen mit einer gewissen Skepsis entgegen. Auf S. 7 wird zum Beispiel die Vollstreckbarkeit der vor den Gütestellen abgeschlossenen Vergleiche erwähnt und anschließend folgender Gedanke geäußert: „(...) ist es denkbar im Familienrecht

den gemeinsam mit dem Mediator gefundenen Kompromiss statt beim Notar beurkunden zu lassen zur anerkannten Gütestelle zu tragen und dort zu protokollieren.“ Abgesehen von Bedenken gegen dieses Verfahren (es findet nur pro forma ein Schlichtungsverfahren vor der Gütestelle statt), wird den Parteien dadurch die kompetente Beratung durch den Notar vorenthalten. Übersehen wird die oft einschlägige Beurkundungspflicht (§§ 313, 1410 BGB a.F.).

Nicht ohne Verwunderung stößt der Leser auch auf folgende Passage (S. 72/73) zum BaySchlG: „Die Rechtsanwaltschaft hat noch die Wahl, sich als Schlichter zur Verfügung zu stellen. Die Notare hingegen können eine Inanspruchnahme als Schlichter nicht verwehren (Wortlaut des Art. 5 Abs.1 Bay-

SchlG: „ist“). In der Regel vertreten sie aber keine Parteien bei Gericht, es sei denn, sie sind zugleich als Rechtsanwälte zugelassen“ (!). Zunächst wird die Tatsache der Institutionalisierung (der Notar als geborene Gütestelle) mit der Frage verwechselt, ob eine Pflicht zur Schlichtung besteht oder ob dies – so die überwiegende Meinung – im Ermessen des Notars liegt. Der zweite Teil des Zitats bedarf keines Kommentars.

Insgesamt bietet das Buch wenig Neues zum Bayerischen Schlichtungsgesetz. Für diejenigen, die sich für die Umsetzung des § 15a EGZPO in anderen Bundesländern interessieren, mag sich die Anschaffung jedoch lohnen.

Notarassessor *Johannes Schwarzmann*, München

---

### **Wollny, Unternehmens- und Praxisübertragungen – Kauf, Verkauf, Anteilsübertragung – Nachfolgeregelungen im Zivil- und Steuerrecht, 5. Auflage 2001, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe (nwb), Herne/Berlin, 907 Seiten, € 119,-**

Das nunmehr in 5. Auflage vorliegende Handbuch von Dr. *Paul Wollny*, Richter am BFH a.D., und Dr. *Paul M. Wollny*, Rechtsanwalt, erschienen in der Reihe „Handbücher für die Beratungspraxis“ im „Praktiker“-Verlag „nwb“, ist untertitelt mit „Kauf/Verkauf/Anteilsübertragung/Nachfolgeregelungen in Zivil- und Steuerrecht“ und erweckt damit sicherlich das Interesse fast jeden Notars.

Bereits im Vorwort wird jedoch klargestellt, dass trotz des großen Umfangs dieses Handbuches die Bereiche des Unternehmenskaufs und der Nachfolge zu Lebzeiten und von Todes wegen nicht in jeder Hinsicht umfassend abgehandelt werden, sondern „der Wechsel des Inhabers eines mittelständischen Unternehmens (einer Freiberuflerpraxis oder -kanzlei)“ im Vordergrund steht.

Dabei werden in einem ersten Teil (474 Seiten) die zivilrechtlichen Aspekte und in einem zweiten Teil das betreffende Steuerrecht (306 Seiten) behandelt. Abgerundet wird das Werk mit einer Inhaltsübersicht, einem Inhaltsverzeichnis, einem Entscheidungsregister und einem Stichwortverzeichnis.

Das Handbuch wendet sich ausweislich des Vorworts sowohl an den Inhaber eines Unternehmens als auch an dessen (Rechts-)Berater. Auf eine verständliche Darstellung, auch für Leser ohne spezielle juristische Vorbildung, wurde ersichtlich großer Wert gelegt. Dies bedingt freilich eine gewisse Länge der Ausführungen auch bei Themen, die einem Notar geläufig sind; zugleich hätte man sich als Vertragsgestalter an manchen Stellen konkretere Gestaltungshinweise gewünscht. Formulierungsmuster enthält das Handbuch entsprechend seiner Intention nicht.

Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und Schrifttum wurden teilweise bis Anfang 2001 berücksichtigt. Die Aktualisierung ist allerdings nicht an allen Stellen konsequent umgesetzt und weist vereinzelt auch Lücken auf. So zitiert das Literaturverzeichnis nicht selten veraltete Voraufgaben. Gesetzliche Bestimmungen werden gelegentlich in überholter Form zitiert (vgl. Rdnr. 4697: § 7 EStDV statt nunmehr richtig § 6 Abs. 3 EStG). Die Unternehmensteuerreform 2001 ist nur rudimentär eingearbeitet (der neu gefasste § 34 EStG ist zwar gut erläutert, vgl. Rdnr. 4996 ff.; dafür wird im Beispiel zur Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung, Rdnr. 4660, nur das Körperschaftsteuerrecht in der alten Fassung einbezogen; die neue Gewerbesteueranrechnung nach § 35 EStG wird zwar erwähnt, Konsequenzen, z.B. für den Anwendungsbereich der Betriebsaufspaltung, werden aber nicht gezogen). Bei den weiterführenden Schrifttumsnachweisen hätte man sich an einigen Stellen aktualisiertere Fundstellen erhofft. Für die 6. Auflage wäre insofern eine grundlegendere Neubearbeitung wünschenswert.

Der Schwerpunkt der Darstellung liegt auf der Übertragung von Einzelunternehmen und Personengesellschaften, einschließlich Sozietäten. Nur am Rande berücksichtigt ist die Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften (GmbH, AG). Da die Übertragung von Personenernehmen nur ausnahmsweise beurkundungspflichtig ist (z.B. wenn mit der Übertragung eines Grundstücks verbunden), entspricht diese Schwerpunktsetzung naturgemäß weniger den Wünschen eines Notars. Auch Gestaltungsfragen zur vorweggenommenen Erbfolge kommen eher zu kurz.

Insgesamt gibt das Handbuch einen guten Einstieg in die Thematik Unternehmens- und Praxisübertragungen und enthält viele wichtige Überlegungen für die generelle Konzeption solcher Transaktionen. Für einen Notar ist die Anschaffung des Handbuches allerdings nur bedingt empfehlenswert.

Notar *Dr. Gerald Weigl*, Heilsbronn



### Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 166, 173, 242, HWiG § 1 [§§ 312 ff. BGB n.F., Anm. der Schriftleitung] (*Widerruflichkeit notariell beurkundeter Erklärungen*)

#### **Zur Widerruflichkeit einer notariell beurkundeten Vertretererklärung und zur Verwirkung des Widerrufsrechts.**

Das Urteil ist rechtskräftig.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 8.3.2001 – 9 U 75/99 –

#### *Zum Sachverhalt:*

Die Klägerin beansprucht von der beklagten Bank nach Widerruf eines Darlehensvertrages gestützt auf das Haustürwiderrufgesetz die Rückzahlung erbrachter Zins- und Tilgungsleistungen sowie die Rückübertragung der Rechte aus einer Lebensversicherung.

Die Klägerin beteiligte sich mit notariellem Vertrag vom 26.10.1990 mit 30.650 DM an einem geschlossenen Immobilienfonds, dessen Anteile von der W. vertrieben wurden. Die Beklagte hat für die Finanzierung der einzelnen Anteile Kreditmittel in Höhe von 18 Mio. DM zur Verfügung gestellt.

Diese Beteiligung wurde der Klägerin durch K. vermittelt, mit dem die Klägerin bereits zuvor als Versicherungsvertreter Kontakt hatte. Nach Gesprächen über eine solche Fondsbeteiligung unterzeichnete die Klägerin neben anderen vom Zeugen mitgebrachten Unterlagen einen Darlehensvertrag mit der Beklagten. Ein gleichlautender Darlehensvertrag wurde von der Klägerin mit der Ortsangabe S. am 22.10.1990 unterschrieben. Am gleichen Tage unterzeichnete die Klägerin eine Vollmacht zugunsten von Frau L. und Herrn T., wonach diese einzeln die Klägerin in allen Angelegenheiten, welche den Eintritt in die näher bezeichnete Gesellschaft bürgerlichen Rechts betreffen, zu vertreten berechtigt wurden. Die Unterschrift der Klägerin unter dieser Vollmacht wurde durch den Ratschreiber der Gemeinde S. öffentlich als echt beglaubigt.

Aufgrund dieser Vollmacht vertrat Frau L. die Klägerin am 26.10.1990 bei der Beurkundung ihres Eintritts in die BGB-Gesellschaft und bei der notariellen Beurkundung eines Angebots der Klägerin an die Beklagte zum Abschluss eines Darlehensvertrages. Dieses Darlehensangebot nahm die Beklagte unter dem 9.11.1990 an. In diesem Vertrag war neben der Verpfändung des BGB-Anteils auch die Abtretung einer nicht näher genannten Lebensversicherung vereinbart. In der Folgezeit überließ die Klägerin der Beklagten den Versicherungsschein ihrer Lebensversicherung der Beklagten. Die Beklagte zeigte hierauf dieser Versicherung die Abtretung des Anspruchs an. Die Darlehensvaluta wurden vereinbarungsgemäß direkt zum Erwerb der Fondsanteile ausgezahlt.

Die Beklagte erhielt in der Folgezeit die mit der Klägerin vereinbarten Zinszahlungen, insgesamt den mit der Klage geltend gemachten Betrag, hierin enthalten die direkt an die Beklagte abgeführten Überschüsse der BGB-Gesellschaft.

Die Klägerin war zu keiner Zeit über ein Widerrufsrecht belehrt worden. Mit Schreiben ihres Rechtsanwaltes vom 17.9.1998 hat sie gestützt auf das Haustürwiderrufgesetz (HWiG) den Widerruf des Darlehensvertrages erklärt.

#### *Aus den Gründen:*

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, jedoch nicht begründet. Sie hat weder einen Anspruch auf Rückzahlung noch auf Rückübertragung. Der Darlehensvertrag ist nach wie vor wirksam.

Zwar lagen in Bezug auf die Person der Klägerin jedenfalls bezüglich ihres Darlehensantrages vom 18./22.10.1990 die Voraussetzungen des § 1 Nr. 1 HWiG vor. Die auf Abschluss eines Vertrages über eine entgeltliche Leistung gerichtete Willenserklärung wurde im Bereich ihrer Privatwohnung abgegeben. Die mündlichen Verhandlungen beruhten nicht im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG auf einer vorhergehenden Bestellung der Klägerin. Der Zeuge L. hat eindeutig ausgesagt, dass die Initiative von ihm ausgegangen ist. Er hat die Klägerin angerufen und mit ihr einen Besprechungstermin vereinbart.

Die Klägerin konnte den Darlehensvertrag mit der Beklagten aber nicht widerrufen, weil der schließlich zum Tragen gekommene Darlehensvertrag als Angebot der Kläger an die Beklagte zum Abschluss eines Darlehensvertrages notariell beurkundet wurde, die Klägerin bei dieser notariellen Beurkundung von einer von ihr bevollmächtigten Person vertreten wurde und in der Person ihres Vertreters die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG nicht vorlagen.

Ist auf Seiten des Kunden ein Dritter eingeschaltet, der rechtsgeschäftlich für ihn handelt, so begründet dies ein Widerrufsrecht nur, wenn der Vertreter durch die in § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG vorausgesetzte Willenbeeinflussung zum Vertragsabschluss bestimmt worden ist (BGH, WM 1991, 860; BGH, NJW, 2000, 2268 und 2270). Diese auf dem Rechtgedanken des § 166 BGB beruhende Rechtsprechung entspricht der herrschenden Meinung (*Hoffmann*, NJW, 2000, 421 m.w.N.). Eine Beeinflussung des Vertreters im Sinne von § 1 HWiG wird nicht geltend gemacht.

Im Übrigen ist die Willenserklärung der Klägerin für das Darlehen von einem Notar beurkundet worden, so dass § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG einem Widerruf dieser Erklärung entgegensteht. Allerdings gilt dies nicht für die Vollmacht, da die Vollmachterteilung nicht beurkundet wurde. Die Vollmachterteilung ist dennoch wirksam. Es kann auch hier offen bleiben, ob eine Vollmachterklärung als solche nach § 1 Abs.1 Nr. 1 HWiG überhaupt widerrufen werden kann (vgl. BGH a.a.O. m.w.N.) und ob und unter welchen Voraussetzungen die Nichtigkeit oder Widerruflichkeit eines Grundgeschäftes die Unwirksamkeit der Vollmacht nach sich zieht (vgl. BGH, NJW, 1988, 697; BGH, NJW 2000, 2270 m.w.N.). Zu Gunsten der Beklagten greift in jedem Fall § 172 BGB ein, da bei der Beurkundung des Angebots zum Abschluss eines Darlehensvertrages die Vollmacht vorlag und in der Urkunde auf sie Bezug genommen wurde. Dass sie als notariell beurkundet statt öffentlich beglaubigt bezeichnet wurde, ist unerheblich. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Beklagte eine etwaige Widerruflichkeit der Vollmacht kannte oder kennen musste.

Es kann nicht festgestellt werden, dass der Beklagten infolge Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, dass die Vollmachterklärung der Klägerin in einer Verhandlungssituation im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG abgegeben wurde. Im Rahmen der §§ 172, 173 BGB besteht keine allgemeine Überprüfungs- und Nachforschungspflicht (BGH NJW 2000, 2271; kritisch hierzu *Hofmann* a.a.O.). Dies gilt auch dann, wenn § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG mit der Richtlinie 85/577/EWG vom 20.1.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, die einen Ausschluss des Widerrufsrechts bei notariell beurkundeter Erklärung nicht vorsieht, nicht vereinbar sein sollte

oder aber hinsichtlich der Richtlinie, wonach sie für Verträge über Immobilien nicht gilt, einschränkend auszulegen sein sollte (BGH NJW 2000, 2269). Mangels Erheblichkeit hat deshalb keine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 177 EWG-Vertrag zu erfolgen (*Krück* in *Bleckmann*, Europarecht 5. Aufl. Art. 177 EG-Vertrag Rdnr. 53).

Würde abweichend von der dargelegten Auffassung des Senats ein Widerrufsrecht bejaht, so wäre die Klägerin in jedem Fall an der Ausübung des ihr ursprünglich zustehenden Widerrufsrechts nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG durch das Rechtsinstitut der Verwirkung (§ 242 BGB) gehindert. Die Klägerin hat den Darlehensvertrag acht Jahre lang erfüllt und die damit erworbene Beteiligung an dem Immobilienfonds beibehalten. Sie hat damit in diesen Jahren zu erkennen gegeben, dass sie den Vertrag beibehalten will. Sie kann nun nicht im Nachhinein, nachdem sich die Anlage als Fehlinvestition erwiesen hat, dieses übernommene Risiko auf die Beklagte verlagern. In Anlehnung an die spätere rechtliche Regelung in § 2 Abs. 2 Satz 3 VKG sieht der Senat hier nach diesem langen Zeitablauf den Tatbestand der Verwirkung erfüllt (ebenso OLG Ham. MDR 1999, 537). Heute wäre auf diesen Fall ohnehin das VKG anwendbar.

Ausreichendes Vorbringen der Klägerin, dass die notarielle Beurkundung der Umgehung des Haustürwiderrufgesetzes diene (§ 5 Abs. 1 HWiG), fehlt. Die notarielle Beurkundung ist vom Gesetz als Ausnahmetatbestand vorgesehen, so dass allein hieraus auf eine Umgehung nicht geschlossen werden kann. Es stehen auch keine weiteren Umstände fest, aus denen auf eine zu beanstandende Umgehung des Widerrufsrechts nach dem HWiG geschlossen werden könnte. (...)

---

2. BGB § 2325 Abs. 1 (*Unterlassene Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ist keine Schenkung i.S.d. § 2325 BGB*)

**Nimmt die als Vorerbin eingesetzte Ehefrau des Erblassers ihr Pflichtteilsrecht nicht in Anspruch (§ 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB), liegt darin keine Schenkung zugunsten des Nacherben, die Pflichtteilergänzungsansprüche nach der Ehefrau begründen könnte.**

BGH, Urteil vom 26.9.2001 – IV ZR 198/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Die Parteien sind Geschwister und streiten über Pflichtteilsansprüche nach den Eltern. Diese hatten sich in einem notariellen Erbvertrag mit dem Beklagten gegenseitig zu (nichtbefreiten) Vorerben und den Beklagten zum Nacherben des Erstversterbenden sowie Erben des Längstlebenden eingesetzt. Das Vermögen bestand im Wesentlichen aus einem Hausgrundstück, das dem Vater allein gehörte.

Der Vater starb im Jahre 1990. Die drei Klägerinnen erhielten auf ihren Pflichtteil nach dem Vater je 25.000 DM, d.h. je  $\frac{1}{16}$  des unstreitig mit 400.000 DM zu bewertenden Hausgrundstücks. Die Mutter übertrug dem Beklagten 1991 das Hausgrundstück im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Sie starb 1996.

Die Klägerinnen haben im vorliegenden Verfahren vom Beklagten je  $\frac{1}{8}$  des Grundstückswerts als Pflichtteil nach der Mutter verlangt, also je 50.000 DM. Das Landgericht hat den Klägerinnen nur je 25.000 DM zugesprochen und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Er verfolgt sein Ziel, eine Abweisung der Klage zu erreichen, mit der Revision weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg; sie führt zur Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist, und zur Abweisung der Klage.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, dass der Beklagte als Nacherbe aufgrund des Erbvertrags der Eltern das Grundstück beim Tod der längerlebenden Mutter unmittelbar als Erbe des Vaters hätte erwerben sollen. In den Nachlass der Mutter als (nichtbefreiter) Vorerbin habe das Grundstück nicht gelangen und deshalb auch nicht zu Pflichtteilsansprüchen nach der Mutter führen können. Die Mutter habe über das Grundstück durch den Schenkungsvertrag von 1991 nur mit Zustimmung des Beklagten als Nacherben wirksam verfügen können (§ 2113 BGB). Dadurch seien die Klägerinnen jedoch nicht um irgendwelche Rechte gebracht worden, die ihnen ohne dieses Rechtsgeschäft beim Tod der Mutter zugefallen wären.

Das Berufungsgericht ist jedoch der Meinung, auch wenn man streng zwischen der Erbfolge nach dem Vater und nach der Mutter unterscheide, sowie danach, welche Werte jeweils in den Nachlass des Vaters oder aber der Mutter gefallen seien, stehe den Klägerinnen noch ein Pflichtteilsanspruch nach der Mutter zu. Der vorliegende Fall könne im Ergebnis nicht anders beurteilt werden als der Fall, dass der Vater den Beklagten als Alleinerben eingesetzt hätte. Dann hätten die Klägerinnen zwar nach dem Vater auch nur einen Pflichtteil von  $\frac{1}{16}$  des Nachlasswertes erhalten. Außerdem wäre aber der Mutter  $\frac{1}{4}$  dieses Wertes als Pflichtteil zugeflossen. Davon hätte den Klägerinnen beim Tod der Mutter ein Erbteil in Höhe von je  $\frac{1}{4}$  zugestanden, d.h. bezogen auf den Wert des Grundstücks beim Tod des Vaters weitere je 25.000 DM. Im vorliegenden Fall habe die Mutter ihren Pflichtteilsanspruch nach dem Vater jedoch nicht durchgesetzt, um das Erbe des Beklagten nicht zu schmälern. Darin liege eine unentgeltliche Zuwendung der Mutter an den Sohn in Gestalt eines Erlasses von Verbindlichkeiten. Die Zuwendung sei aufgrund des Erbvertrages erfolgt und erst mit dem Tod der Mutter wirksam geworden. Sie müsse vom Beklagten nach dem Rechtsgedanken des § 2325 BGB ausgeglichen werden.

2. Dem ist nicht zu folgen.

a) Die Revision rügt mit Recht, dass ein Erlassvertrag hier nicht in Betracht kommt. Der Mutter hätte nach dem Tod des Vaters ein Pflichtteilsanspruch nur zugestanden, wenn sie die ihr insgesamt angefallene Erbschaft ausgeschlagen hätte (§ 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das ist jedoch nicht geschehen.

b) Wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend erkannt hat, konnte das Grundstück des Vaters – anders als im Falle eines Berliner Testaments (§ 2269 BGB) – wegen der hier angeordneten Nacherbfolge des Beklagten nicht in den Nachlass der Mutter gelangen, von dem die Klägerinnen den Pflichtteil fordern (allgemeine Meinung, vgl. BGHZ 44, 152, 153 ff.; MünchKomm/*Grunsky*, BGB 3. Aufl. § 2100 Rdnr. 1; § 2139 Rdnr. 1; *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts 4. Aufl. § 28 I 2 a S. 533). Die Pflichtteilsquote, die den Klägerinnen nach dem Tod des Vaters zusteht, ist gemäß §§ 2303 Abs. 1, 2310 BGB abstrakt unter Berücksichtigung der Erbquote anderer Berechtigter zu ermitteln; sie erhöht sich nicht etwa deshalb, weil ein anderer Berechtigter – wie hier die Mutter – ihren Pflichtteil nicht geltend macht (MünchKomm/*Frank*, § 2303 Rdnr. 4; § 2310 Rdnr. 1; *Staudinger/Haas*, BGB Juni 1998, § 2303 Rdnr. 79 a.E.). Vielmehr ist es nach

der formalen und starren Struktur des Pflichtteilsrechts (BGHZ 88, 102, 106) in einem Fall wie dem vorliegenden hinzunehmen, dass die Klägerinnen nach dem Tod der Mutter nicht den Pflichtteil von dem Betrag erhalten, den die Mutter als ihren Pflichtteil nach dem Vater hätte fordern können, tatsächlich aber nicht in Anspruch genommen hat. Dass dies dem Beklagten nützt, dessen Erbschaft nach dem Vater nicht durch Pflichtteilsansprüche der Mutter geschmälert worden ist, kann zu keiner anderen Beurteilung führen.

c) Das Berufungsgericht hat im Gegensatz zum Landgericht richtig erkannt, dass der Schenkungsvertrag aus dem Jahre 1991 einen Anspruch der Klägerinnen aus § 2325 BGB nach der Mutter nur hätte begründen können, wenn die Mutter damit etwas aus dem endgültig ihr zustehenden Vermögen geleistet hätte. Das ist bezüglich des Substanzwerts des Grundstücks, auf den die Klage gestützt ist, nicht der Fall. Der Mutter standen zwar die Nutzungen des Grundstücks bis zu ihrem Tode zu (vgl. §§ 2111 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbs., 2133 BGB; MünchKomm/Grunsky, § 2111 Rdnr. 15). Die Klägerinnen haben insoweit aber einen etwa verschenkten Vermögenswert nicht dargelegt. (...)

### 3. BGB § 2229 Abs. 4 (Testierfähigkeit)

#### 1. Zum Begriff der Testierunfähigkeit

#### 2. Zum notwendigen Umfang der Überprüfung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Testierunfähigkeit durch den Tatsachenrichter.

BayObLG, Beschluss vom 14.9.2001 – 1Z BR 124/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Zum Sachverhalt:

Am 12.10.1995 verstarb die 1913 geborene Erblasserin. Sie war ledig und hatte keine Kinder. Von den gesetzlichen Erben zweiter Ordnung leben bzw. lebten im Zeitpunkt des Erbfalls noch ein Bruder – der Beteiligte zu 1 – sowie eine am 7.4.1999 nachverstorbene Schwester, ferner die Beteiligte zu 2, die Tochter eines vorverstorbenen Bruders, und die zwei Kinder eines anderen vorverstorbenen Bruders, die Beteiligten zu 3 und 4. Zum Nachlass gehört Grundbesitz; der gesamte Nachlasswert beträgt rund 375.000 DM.

Die Erblasserin hatte bis Mai 1992 allein in dem ihr gehörenden Haus gelebt. Mit Beschluss des Vormundschaftsgerichts vom 3.6.1992 wurde wegen einer psychotischen Symptomatik – die Erblasserin fühlte sich von in Wahrheit nicht existierenden, im ersten Stock ihres Hauses lebenden und in der Regel nachts aktiven Asylanten und Zigeunern bedroht und bestohlen und rief deswegen Nachbarn, Verwandte und die Polizei um Hilfe – ihre vorläufige Unterbringung im Bezirkskrankenhaus angeordnet. Mit Beschluss vom 22.6.1992 bestellte ihr das Vormundschaftsgericht aufgrund des Gutachtens eines Nervenarztes, der eine seit etwa zwei Wochen bestehende akute psychotische Erkrankung attestierte, als vorläufigen Betreuer mit dem Aufgabenkreis Sorge für die Gesundheit und Aufenthaltsbestimmung die Betreuungsstelle des Landratsamtes. Mit Beschluss vom 13.8.1992 wurde die Beteiligte zu 2 als Betreuerin bestellt und der Aufgabenkreis um die Vermögenssorge erweitert. Aus dem Bezirkskrankenhaus wurde die Erblasserin am 28.9.1992 entlassen. Anschließend lebte sie bis zu ihrem Tode in einem Alten- und Pflegeheim. Mit Beschluss vom 16.3.1993 verlängerte das Vormundschaftsgericht die bestehende Betreuung und erweiterte sie um den Aufgabenkreis Regelung von Behördenangelegenheiten. In einem zur Vorbereitung dieser Entscheidung eingeholten Gutachten vom 7.3.1993 stellte ein Arzt für Neurologie und Psychiatrie fest, dass bei der Erblasserin die schon früher beobachteten Wahnvorstellungen noch völlig vorhanden

seien, dass aber zusätzlich Hirnleistungsstörungen vorlägen, die sich mit der Erkrankung Schizophrenie in keinen sicheren Zusammenhang bringen ließen und die offenbar zum Zeitpunkt der Exploration durch den Nervenarzt noch nicht bestanden hätten.

Das Nachlassgericht hat ein handgeschriebenes, von der Erblasserin unterzeichnetes Schriftstück als Testament eröffnet, das folgenden Wortlaut hat:

... den 9. September 1991 meine Nichte ... (Beteiligte zu 2), mein Vermögen Haus und Bauplatz bekommt. (Nach meinem Tode)

Dieses Schriftstück war von der Beteiligten zu 2 zusammen mit einem Attest des Hausarztes der Erblasserin vom 16.9.1993 eingereicht worden, wonach die Erblasserin „im September 91 voll geschäftsfähig“ gewesen sei.

Die Beteiligte zu 2 hat „die Erteilung eines Erbscheins“ beantragt. Das Nachlassgericht gab dem Beteiligten zu 1 und den weiteren als gesetzliche Erben in Betracht kommenden Verwandten der Erblasserin Gelegenheit, zur Gültigkeit des Testaments Stellung zu nehmen. Der Beteiligte zu 1 trat dem Antrag der Beteiligten zu 2 entgegen. Er macht u. a. geltend, dass die Erblasserin „zum damaligen Zeitpunkt“ nicht mehr testierfähig gewesen sei, wie sich bereits aus dem Text ergebe: Das Wort ... (Name der Beteiligten zu 2) werde wiederholt; es werde kein grammatikalisch korrekter Satz gebildet; das Schriftbild weiche von dem vorgelegter Schriftproben, die die klare Schrift der Erblasserin zeigten, ab. Die Erblasserin sei zu früheren Zeiten der deutschen Sprache und auch der Schrift mächtig gewesen; sie habe sich sicher ausdrücken können. Form und Inhalt des Testaments zeigten auf, dass die Erblasserin bei seiner Abfassung nicht mehr im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte gewesen sei. Sie sei bereits in den Jahren 1989 und 1990 von der Polizei mehrfach außerhalb ihres Hauses aufgegriffen worden, zu dem sie offensichtlich nicht mehr zurückgefunden habe. Ein weiteres Indiz sei die Einlieferung ins Bezirkskrankenhaus im Jahr 1992.

Der Nachlassrichter holte eine schriftliche Äußerung des Hausarztes ein und beauftragte den beim Gesundheitsamt tätigen Medizinaloberarzt, der die Unterbringung der Erblasserin im Bezirkskrankenhaus veranlasst und diese zum damaligen Zeitpunkt zweimal aufgesucht hatte, mit der Erstattung eines Gutachtens „über die Testierfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Testamentserrichtung (9.9.1991)“. Dieser teilte mit, dass aufgrund der in den Betreuungs- und Nachlassakten vorliegenden Unterlagen, seinen eigenen Erkenntnissen und nach Rücksprache mit dem Hausarzt eine gesicherte Beurteilung der Testierfähigkeit zum Zeitpunkt des 9.9.1991 nicht möglich sei.

Der Nachlassrichter erließ am 30.4.1996 einen – allen als gesetzlichen Erben in Betracht kommenden Verwandten zugestellten – Vorbescheid, mit dem er die Erteilung eines Erbscheins ankündigte, der die Beteiligte zu 2 als Alleinerbin ausweise. Er führte aus, aufgrund der Anhörung der Beteiligten zu 2 und ihres Ehemanns sei er zu der Überzeugung gelangt, dass das Testament am 9.9.1991 von der Erblasserin voll umfänglich eigenhändig ge- und unterschrieben worden sei. Er teile zwar die Zweifel des Beteiligten zu 1 an der Testierfähigkeit der Erblasserin im Hinblick auf die Formulierung des Testaments, die Unterschrift mit Geburtsdatum und Wohnort und die psychische Erkrankung der Erblasserin im Jahr nach der Abfassung des Testaments. Die Frage der Testierfähigkeit sei jedoch nach dem eingeholten Sachverständigengutachten nicht mehr eindeutig zu klären, was zu Lasten desjenigen gehe, der sich auf die Testierunfähigkeit berufe.

Gegen den Beschluss legte der Beteiligte zu 1 Beschwerde ein.

Das Landgericht holte ein weiteres Sachverständigengutachten des Nervenarztes, ergänzende schriftliche Stellungnahmen des Hausarztes sowie eine schriftliche Äußerung der Polizeiinspektion ein und vernahm zwei Zeugen. Mit Beschluss vom 24.7.2000 hob es den Vorbescheid des Nachlassgerichts auf und legte der Beteiligten zu 2 „die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des Beschwerdeführers“ auf.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

(...)

2. Das Landgericht hat angenommen, die Erblasserin sei „zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments am 9.9.1991“ testierunfähig gewesen. Es hat, dem Gutachten des Sachverständigen folgend, ausgeführt, bei der Erblasserin seien während ihrer Unterbringung im Bezirkskrankenhaus vom 4.6. bis 28.9.1992 durch ein craniales Computertomogramm himorganische Veränderungen festgestellt worden, nämlich eine globale Hirnatrophie sowie die Folgen eines älteren Hirninfarkts. Der zu diesem Zeitpunkt festgestellte Zustand könne nicht im Lauf nur eines halben oder ganzen Jahres entstanden sein; sein Ursprung liege schon geraume Zeit zurück. Auch die anlässlich ihrer Unterbringung im Bezirkskrankenhaus beobachteten Verwahrlosungstendenzen (das Haus war weitgehend nicht mehr als Wohnraum nutzbar, da sämtliche Zimmer und Gänge mit Altmaterialien teilweise in Zimmerhöhe vollgeschichtet waren) hätten schon über einen längeren Zeitraum hinweg bestanden. Die vom Sachverständigen wenige Monate nach der Testamentserrichtung im Zusammenhang mit ihrer Einweisung ins Bezirkskrankenhaus festgestellten Wahnvorstellungen seien Ausdruck des sich längerfristig entwickelnden Krankheitsbildes, basierend auf den himorganischen Funktionsstörungen. Der Umstand, dass Zeuginnen übereinstimmend von einer Zustandsverschlimmerung wenige Wochen vor der Einweisung ins Bezirkskrankenhaus im Frühjahr 1992 berichtet hätten, stehe dem nicht entgegen. Die Erblasserin sei schon vorher durch sonderbares Verhalten aufgefallen. Die Schlussfolgerung des Sachverständigen, dass die Erblasserin schon im September 1991 keinen rechtlich relevanten Willen mehr habe bilden können, wenn sie, wie sich aus der Auskunft der Polizeiinspektion ergebe, schon 1989 wahnhafte Ideen entwickelt habe, begegne keinem begründbaren Zweifel. Von der Ladung des Polizeibeamten der Polizeiinspektion sei abgesehen worden, da dieser glaubwürdig bekundet habe, aufgrund der zwischenzeitlich verstrichenen Zeit nicht mehr in der Lage zu sein, eine eigene Erinnerung an die Vorgänge zu haben. Auch auf die Vernehmung des Nachbarn der Erblasserin könne verzichtet werden. Die Feststellungen des Sachverständigen basierten im Wesentlichen auf dem Computertomogramm, das im Zusammenhang mit der Einweisung der Erblasserin ins Bezirkskrankenhaus gefertigt worden sei. Damit sei ausgeschlossen, dass dieser Zeuge Wahrnehmungen gemacht haben könne, die diese objektivierbaren Befunde in Zweifel ziehen könnten. Der Sachverständige habe deutlich gemacht, dass auch die Bekundungen der beiden vernommenen Zeuginnen, die die Erblasserin durchaus noch als ansprechbare Frau geschildert hätten, seine Befunde nicht in Zweifel ziehen könnten.

3. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) nicht stand. Das Landgericht hat den Begriff der Testierfähigkeit verkannt und es deswegen unterlassen, das Gutachten der gebotenen kritischen Prüfung zu unterziehen, bei der sich ergeben hätte, dass dessen Feststellungen den Begriff der Testierunfähigkeit nicht erfüllen. Infolge dessen hat es den entscheidungserheblichen Sachverhalt auch nicht vollständig ermittelt (§ 12 FGG).

a) Nach § 2229 Abs. 4 BGB ist testierunfähig, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geisteschwäche oder wegen Bewusstseinsstörungen nicht in der

Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Das Gesetz verbindet danach nicht mit jeder Geisteskrankheit oder -schwäche die Testierunfähigkeit, sondern sieht die Fähigkeit, die Bedeutung der letztwilligen Verfügung zu erkennen und sich bei seiner Entschließung von normalen Erwägungen leiten zu lassen, als maßgebend an. Eine geistige Erkrankung des Erblassers steht der Gültigkeit seiner letztwilligen Verfügung nicht entgegen, wenn diese mit der Erkrankung nicht in Verbindung steht, von ihr nicht beeinflusst ist (BayObLGZ 2, 403/406; *Staudinger/Baumann* BGB 13. Bearb. § 2229 Rdnrn. 16, 27). Aufgabe des zur Beurteilung der Testierfähigkeit hinzugezogenen psychiatrischen Sachverständigen ist es daher nicht nur, den medizinischen Befund einer Geisteskrankheit oder -schwäche festzustellen, sondern vor allem deren Auswirkung auf die Einsichts- und Willensbildungsfähigkeit des Erblassers abzuklären (BayObLGZ 1985, 314/315). Entscheidend ist, ob die psychischen Funktionen des Auffassens, des Urteilens und des kritischen Stellungnehmens durch die Geisteskrankheit oder -schwäche so sehr beeinträchtigt sind, dass der Erblasser nicht mehr fähig ist, die Bedeutung seiner letztwilligen Verfügung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (BGH FamRZ 1958, 127/128), ob krankhafte Empfindungen und Vorstellungen die Bestimmbarkeit des Willens durch normale, vernünftige Erwägungen aufgehoben haben (BayObLGZ 1956, 377/383).

b) Sachverständigengutachten unterliegen der freien Beweiswürdigung; diese kann vom Rechtsbeschwerdegericht auf Rechtsfehler überprüft werden. Der Richter der Tatsacheninstanz muss das Sachverständigengutachten in jedem Fall auf seinen sachlichen Gehalt, seine logische Schlüssigkeit und darauf überprüfen, ob es von dem Sachverhalt ausgeht, den er selbst für erwiesen hält (BayObLGZ 1958, 136/138; NJW-RR 1991, 1098/1100). Zur Prüfung des sachlichen Gehalts und der logischen Schlüssigkeit gehört insbesondere die Prüfung, ob die Ausführungen des Gutachtens den Begriff der Testierunfähigkeit erfüllen, ob sie für deren Bejahung oder Verneinung eine an dem zutreffenden Begriff der Testierunfähigkeit orientierte, nachvollziehbare und den Tatrichter überzeugende Begründung liefern.

c) Statt zu prüfen, ob durch die Ausführungen des Sachverständigen der Begriff der Testierunfähigkeit erfüllt wird, hat das Landgericht, indem es seinen Ausführungen kritiklos folgte, selbst den Begriff der Testierunfähigkeit verkannt.

aa) Der Sachverständige hat nämlich entscheidend darauf abgestellt, dass bei der Erblasserin durch das Computertomogramm im Jahre 1992 ein himnorganischer Befund von Krankheitswert – eine globale Hirnatrophie und die Folgen eines älteren Hirninfarkts – festgestellt worden sei („Zu meinem Ergebnis gelange ich in erster Linie aufgrund der Befunde des Computertomogramms ...“). Seine weiteren Ausführungen dienen vor allem zur Begründung der Annahme, dass diese „Geisteskrankheit im Sinne eines chronisch verlaufenden Prozesses“ auch schon zu dem gemäß dem Gutachtersauftrag maßgebenden Zeitpunkt – September 1991 – vorhanden war, dass also von dem Mitte des Jahres 1992 festgestellten Krankheitsbild auf das Vorhandensein einer Erkrankung schon im September 1991 geschlossen werden könne. In diesem Zusammenhang weist er darauf hin, dass der im Mai/Juni 1992 bei der Erblasserin beobachtete Zustand wohnlicher Verwahrlosung zu seiner Entwicklung eines Zeitraums bedurft habe, „der etwa bei einem Jahr, wahrscheinlich noch länger liegen dürfte“. Weiterer Anhaltspunkt sind für ihn die von dem Hausarzt für Juni 1991, in der schriftlichen Äuße-

zung des Polizeibeamten, Polizeiinspektion, für die Jahre 1989 und 1991 bekundeten Wahnvorstellungen der Erblasserin. Sie seien „hinreichend für die Annahme, dass die Betroffene bereits vor dem 9.9.1991 an ... einem hirnrorganischen Psychosyndrom“ gelitten und dass sich die krankhafte Störung der Geistestätigkeit der Erblasserin „ab 1989 manifestiert“ habe. Aufgrund dieser Gegebenheiten gehe er für den Zeitpunkt September 1991 von Geisteskrankheit, nicht nur einer Geisteschwäche, aus. „Die Betroffene war mithin testierunfähig.“ Der Sachverständige schließt also vom Vorliegen einer Geisteskrankheit ohne weiteres auf die Testierunfähigkeit.

Das Landgericht folgt ihm insoweit, wenn es ausführt, die Feststellungen des Sachverständigen basierten im Wesentlichen auf den im Bezirkskrankenhaus gefertigten „objektivierbaren Befunden“; diese schlossen es aus, dass der Zeuge Wahrnehmungen gemacht haben könne, aufgrund derer „die feststehende Testierunfähigkeit“ wiederum in Zweifel gezogen werden könnte.

bb) Der objektivierbare Befund einer Geisteskrankheit reicht jedoch für sich allein nicht aus, um schon daraufhin den Erblasser für testierunfähig zu erklären. Die für die Beurteilung der Testierfähigkeit entscheidende Frage, ob und in welchem Maße sich die Geisteskrankheit auf die Einsichts- und Willensbildungsfähigkeit des Erblassers auswirkte, wurde nicht geklärt und nicht beantwortet. Für die Beurteilung entscheidend ist nicht die Diagnose einer organischen Störung, sondern Grad und Ausmaß der nachweisbaren psychopathologischen Auffälligkeiten. Eine diagnostische Zuordnung allein genügt daher nicht; es kommt vielmehr auf Ausmaß und Intensität der psychischen Störung an (*Venzlaff/Foerster* Psychiatrische Begutachtung 3. Auflage Seite 436).

cc) An diesem Ergebnis ändert sich nichts, wenn die Wahnvorstellungen miteinbezogen werden, die für den Sachverständigen „daneben ... eine Rolle“ spielten. Wahnvorstellungen können mit einer weitgehend erhaltenen „Normalität“ im Übrigen koexistieren. Eine von Wahnvorstellungen besessene Person kann in Bereichen, die mit diesen Wahnvorstellungen nicht zusammenhängen, durchaus normal und vernünftig handeln und denken (BayObLGZ 1999, 205/209). Daher kann auch aus dem Auftreten krankhafter Wahnvorstellungen noch nicht ohne weiteres auf Testierunfähigkeit geschlossen werden (BayObLGZ 1991, 59/64). Wenn, wie die Beteiligte zu 2 vorgebracht hat und die vernommenen Zeuginnen auch bekundet haben, die Erblasserin von ihren Wahnvorstellungen abgesehen durchaus noch zu vernünftigen Überlegungen fähig und imstande war, sich selbst zu versorgen und ihre Angelegenheiten selbst zu erledigen, können die Wahnvorstellungen nur dann zur Testierunfähigkeit geführt haben, wenn sie sich inhaltlich auf Themen bezogen, die für die Willensbildung in Bezug auf die Testamentserrichtung relevant sind. In solchen Fällen hat die Rechtsprechung Testierunfähigkeit angenommen (BayObLGZ 1962, 219; 1999, 205). Auch die psychiatrische Literatur nimmt Testierunfähigkeit nur an, wenn der Wahn die Testamentserrichtung determiniert (*Venzlaff/Foerster* a.a.O. S. 438).

Für die Annahme der Testierunfähigkeit unter diesem Gesichtspunkt fehlen tragfähige Feststellungen des Sachverständigen und des Landgerichts.

dd) Noch weniger als bei Wahnvorstellungen liegt es bei Verwahrlosungstendenzen nahe, dass aus ihnen auf den Ausfall der für eine letztwillige Verfügung erforderlichen geistigen Fähigkeiten geschlossen werden könnte. Der Sachverständige

hat keine Begründung dafür gegeben, warum er im Zusammenhang mit der Frage, ob die Erblasserin im September 1991 testierunfähig war, auch auf die Verwahrlosungstendenzen der Erblasserin zu sprechen kam; er hat nicht dargelegt, welche Schlüsse sich aus ihnen ziehen lassen.

4. Da die Ausführungen des Sachverständigen, denen das Landgericht gefolgt ist, die Annahme der Testierunfähigkeit im September 1991 nicht rechtfertigen, kann die Entscheidung des Landgerichts keinen Bestand haben.

Wegen der aufgezeigten Mängel des Sachverständigengutachtens wird das Landgericht in Betracht ziehen müssen, ein weiteres Gutachten eines psychiatrischen Sachverständigen einzuholen. Die Begutachtung setzt aber grundsätzlich voraus, dass der zu begutachtende Sachverhalt, die sogenannten Anknüpfungstatsachen, vom Gericht selbst ermittelt wird. Das Gericht hat die Anknüpfungstatsachen selbst festzustellen und dem Sachverständigen als Grundlage seiner gutachterlichen Äußerung vorzugeben (OLG Frankfurt NJW-RR 19198, 870/871), wobei es zweckmäßig sein kann, den Sachverständigen bereits bei der Vernehmung von Zeugen hinzuzuziehen. Dabei müssen zunächst die konkreten einzelnen Verhaltensweisen des Erblassers aufgeklärt werden, die zu Bedenken hinsichtlich seiner Testierfähigkeit Anlass geben könnten (OLG Hamm OLGZ 1989, 271/273). Auf diese kommt es nach obigen Ausführungen für die Beurteilung der Testierfähigkeit des Erblassers mehr an als auf den hirnrorganischen Befund. Dass von der Vernehmung des Zeugen kein die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis zu erwarten sei, kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Auch die beantragte Vernehmung des Polizeibeamten kann nicht abgelehnt werden, wenn das Landgericht den Inhalt seiner schriftlichen Stellungnahme vom 20.9.1996, insbesondere die dort angegebenen Jahreszahlen, dem Gutachter vorgeben will. Die Jahreszahlen sind offensichtlich aus der Anfrage vom 29.8.1996 übernommen worden. Die Frage der Beteiligten zu 2, wie der Polizeibeamte aus der Erinnerung heraus diese Jahreszahlen bestätigen konnte, ist berechtigt; zur Klärung dieser Frage war der Polizeibeamte auch geladen worden. Die Klärung dieser Frage erübrigt sich nicht dadurch, dass er sich nunmehr – in einer in den Akten nicht dokumentierten Form – auf fehlende Erinnerung beruft.

Das Landgericht wird ferner zu klären haben, welche Schlüsse sich aus dem bisher nicht gewürdigten, auffälligen Schriftbild und Text des Testaments vom 9.9.1991 ziehen lassen. Das äußere Bild des Testaments kann Rückschlüsse auf den Geisteszustand des Erblassers zulassen (BayObLGZ 1999, 36/38; BayObLGZ 1991, 59/65 f.; vgl. auch *Venzlaff/Foerster* a.a.O. S. 437). Die Beteiligte zu 2 hat eine Glückwunschkarte der Erblasserin vorgelegt, die nach ihren Angaben im Dezember 1992, nach dem Poststempel (1.1.92) aber wohl zum Jahreswechsel 1991/1992 geschrieben wurde. Beim Vergleich der Handschriften und Formulierungen drängt sich der Eindruck auf, dass die Erblasserin das Testament in einem wesentlich schlechteren physischen und psychischen Zustand verfasst haben muss als die Postkarte Ende 1991. Text und Handschrift der Postkarte bestätigen das Vorbringen des Beteiligten zu 1, dass die Erblasserin der deutschen Sprache und Schrift mächtig gewesen sei und sich sicher habe ausdrücken können; sie bestätigen ebenso das Vorbringen der Beteiligten zu 2, dass die Erblasserin zum damaligen Zeitpunkt noch folgerichtig und klar gedacht habe. Aus Formulierung und Handschrift des Testaments ergibt sich aber das Gegenteil: Die Erblasserin war zum Zeitpunkt der Abfassung des Testaments nicht imstande, den an sich nicht

komplizierten Inhalt, dass nach ihrem Tode ihre Nichte ihr Hab und Gut bekommen solle, in einem grammatikalisch korrekten deutschen Satz niederzulegen. Im Satzzusammenhang fehlende Teile werden am Ende angestückelt, der Vorname der Beteiligten zu 2 wird wiederholt (vgl. zur Bedeutung von Wortauslassungen, Wortwiederholungen und groben Fehlern in der Grammatik *Venzlaff/Foerster* a.a.O. S. 437). Diese frappanten Unterschiede bedürfen im Hinblick darauf, dass das geistige Störungen indizierende Schriftstück vor der Postkarte geschrieben worden sein soll, die keine Anzeichen einer geistigen Verwirrung erkennen lässt, einer Erklärung. Sie sind insbesondere dann erklärungsbedürftig, wenn die weiteren Ermittlungen des Landgerichts – wie schon die Aussagen der vernommenen Zeuginnen – das Vorbringen der Beteiligten zu 2 und den Eindruck, den die Postkarte vermittelt, bestätigen sollten, dass die Erblasserin bis jedenfalls April/Mai 1992 – abgesehen von der wahnhaften Vorstellung, dass Fremde in ihrem Haus seien und der Neigung, ihr Haus mit alten Sachen vollzustopfen – keine Auffälligkeiten zeigte, sondern sich normal benahm und in der Lage war, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen. Auch wenn diese Erklärung nicht darin gefunden werden kann – wie der Beteiligte zu 1 meint –, dass Teile des Testaments nicht von der Erblasserin geschrieben oder von ihr doch wenigstens zu einem späteren Zeitpunkt ergänzt wurden – hierzu wird das Landgericht Stellung nehmen müssen –, könnte sie doch darin liegen, dass das Testament insgesamt nicht zu dem in ihm angegebenen Zeitpunkt, sondern erst nach der Postkarte und nach der Unterbringung der Erblasserin im Bezirkskrankenhaus M. verfasst wurde. Das Landgericht wird in diesem Zusammenhang insbesondere die gutachterliche Stellungnahme des Arztes für Neurologie und Psychiatrie vom 7.3.1993, im Betreuungsverfahren in Betracht ziehen müssen, in der – erstmals – bei der Erblasserin auch Hirnleistungsstörungen, insbesondere eine zeitliche Desorientiertheit, und ein ausgeprägtes Zittern der rechten Hand beschrieben werden. Mit dem in diesem Gutachten beschriebenen Zustand wären Form und Inhalt des Testaments ohne weiteres vereinbar. Ferner wird das Landgericht das Vorbringen der Beteiligten zu 2 auf die Frage des Nachlassrichters berücksichtigen müssen, aus welchem Anlass das Attest des Hausarztes vom 16.9.1993 eingeholt wurde.

Wenn die weiteren Ermittlungen den sich aus der Postkarte ergebenden Eindruck bestätigen würden, dass die Wahnvorstellungen der Erblasserin mit einer im Übrigen noch verbliebenen Fähigkeit zu normalem und vernünftigem Verhalten koexistierten und für den sich aus Inhalt und Form des Testaments ergebenden Eindruck geistiger Verwirrtheit auch keine andere plausible Erklärung zu finden wäre, müsste die tatsächliche Vermutung, dass das Testament zu dem darin angegebenen Zeitpunkt verfasst wurde (vgl. BayObLG FamRZ 1991, 237; 1992, 724; 1994, 593/594; allgemein zur Bedeutung tatsächlicher Vermutungen: *Stein/Jonas/Leipold* ZPO 21. Aufl. § 292 Rdnr. 6; § 286 Rdnr. 87 ff.; insbesondere 97 f.; MünchKomm/Pfütting ZPO 2. Aufl. § 292 Rdnrn. 7, 26 und 27), als jedenfalls erschüttert angesehen werden. In diesem Fall könnte das Landgericht die Aussagen der Beteiligten zu 2 und ihres Ehemannes vor dem Nachlassgericht nicht verwerten, ohne sie, weil es ganz entscheidend auf ihre Glaubwürdigkeit ankäme, nochmals selbst zu vernehmen, zumal die Anhörung bzw. Vernehmung durch den Nachlassrichter ohne Benachrichtigung der übrigen Beteiligten stattfand; diese erhielten auch keine Abschriften des Protokolls vom 10.1.1996.

Das Landgericht wird dabei zu beachten haben, dass alle als gesetzliche Erben in Betracht kommenden Personen zu beteiligten sind, nicht nur der Beteiligte zu 1, der die Beschwerde

eingelegt hat; es wird daher die Erben der nachverstorbenen Schwester zu ermitteln haben, die als ihre Erben auch in ihre Stellung als Beteiligte dieses Verfahrens nachgefolgt sind. Schließlich wird zu beachten sein, dass, je nachdem, wie eine etwaige Beweisaufnahme hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem das Testament tatsächlich verfasst wurde, ausfällt, die Frage nach der Testierunfähigkeit u. U. für einen anderen Zeitpunkt gestellt werden muss und eine Umkehr der Feststellungslast für die Testierunfähigkeit entsprechend § 2247 Abs. 5 Satz 1 BGB in Betracht kommt (vgl. BayObLG FamRZ 1996, 1438/1439; 1994, 593/594).

(...)

## Handels- und Gesellschaftsrecht Registerrecht

4. BGB § 705; HGB §§ 162 Abs. 3, 106 Abs. 2 (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin*)

1. **Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft sein.**
2. **In einem solchen Falle sind neben der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als solcher auch die ihr zum Zeitpunkt ihres Beitritts zu der Kommanditgesellschaft angehörenden Gesellschafter mit Namen, Geburtstag und Wohnort (entspr. § 106 Abs. 2 BGB) zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; Entsprechendes gilt für jeden späteren Wechsel in der Zusammensetzung der Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.**

BGH, Beschluss vom 16.7.2001 – II ZB 23/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

### *Zum Sachverhalt:*

Der Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der im Handelsregister eingetragenen GmbH & Co KG meldete für die persönlich haftende Gesellschafterin und zugleich für alle anderen Gesellschafter der Kommanditgesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister an, dass folgende Gesellschaften bürgerlichen Rechts in die Gesellschaft eingetreten seien: Die aus den Beteiligten zu 1), 2) und 3) bestehende Gesellschaft mit einer Einlage von 25.000 DM sowie die aus den Beteiligten zu 4) und 5) bestehende Gesellschaft mit einer Einlage von 35.000 DM. Das Registergericht lehnte die beantragte Eintragung ab. Die vom Urkundsnotar für die Beteiligten eingelegte Beschwerde wies das Landgericht zurück. Dagegen wendet sich der Urkundsnotar für die Beteiligten mit der weiteren Beschwerde.

Das Bayerische Oberste Landesgericht möchte der weiteren Beschwerde stattgeben, weil nach seiner Auffassung eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin in eine Kommanditgesellschaft eintreten kann. Es sieht sich daran jedoch durch einen auf weitere Beschwerde ergangenen Beschluss des OLG Zweibrücken vom 24.11.1981 (– 3 W 93/81 –, OLGZ 1982, 155 ff.) gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (Vorlagebeschluss vom 18.10.2001 – 3 Z BR 164/00 –, MittBayNot 2001, 330 ff.).

### *Aus den Gründen:*

(...)

III. Die weitere Beschwerde ist begründet.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft sein (vgl. *Breuninger*, Die BGB-

Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr 1991, S. 64 ff., 67 ff., 71; *Brodersen*, Die Beteiligung der BGB-Gesellschaft an den Personenhandelsgesellschaften 1988, S. 15 ff., 109–113; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht 3. Aufl. 1997 § 45 I 2 a S. 1305 ff., 1307; ablehnend: *Baumbach/Hopt*, 30. Aufl. 2000 § 161 Rdnr. 4 i.V.m. § 105 Rdnr. 29; *Boujong* in *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB § 105 Rdnr. 102; v. *Gerkan* in *Röhrich/Graf v. Westphalen*, HGB 1998 § 161 Rdnr. 18 i.V.m. Rdnr. 17 i.V.m. § 105 Rdnr. 65; *Ulmer* in *Großkomm.* HGB, 4. Aufl. 1988 § 105 Rdnr. 96; vgl. hierzu auch: BFH, Beschluss des Großen Senats v. 25.2.1991 – GrS 7/89, DB 1991, 889, 891, 894, der die Frage ausdrücklich offen lässt). Seine frühere gegenteilige Rechtsprechung (BGHZ 46, 291, 296; Urteil vom 22.11.1965 – II ZR 102/63 –, WM 1966, 188, 190; Urteil vom 7.7.1986 – II ZR 167/85 –, WM 1986, 1280; Urteil vom 19.2.1990 – II ZR 42/89 –, WM 1990, 586, 587) gibt der Senat auf.

1. Als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter kann die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach heutiger Auffassung als Teilnehmer am Rechtsverkehr jede Rechtsposition einnehmen, soweit nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen (*Senat*, Urteil vom 29.1.2001 – II ZR 331/00 –, WM 2001, 408, 409 = ZIP 2001, 330 m.w.N.). Auch ihre grundsätzliche Fähigkeit, Gesellschafter einer juristischen Person zu sein, steht heute nicht mehr in Frage (für die Aktiengesellschaft: BGHZ 118, 83, 99, 100; für die GmbH: BGHZ 78, 311, 312 ff.; für die Genossenschaft: BGHZ 116, 86, 87 ff.). Ebenso ist inzwischen die Fähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Gesellschafterin einer anderen Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu sein, anerkannt (*Senat*, Urteil vom 2.10.1997 – II ZR 249/96 –, ZIP 1997, 2120). Für die Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin an einer Kommanditgesellschaft gilt im Grundsatz nichts anderes.

2. Der Fähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, als Kommanditistin in eine Kommanditgesellschaft einzutreten, stehen spezielle rechtliche Gesichtspunkte nicht entgegen. Insbesondere ist die fehlende Registerpublizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kein entscheidender Hinderungsgrund für die Annahme ihrer Fähigkeit, die Stellung einer Kommanditistin einzunehmen. Dies gilt auch im Hinblick auf die Bestimmungen in § 162 Abs. 3, 1 i.V.m. § 106 Abs. 2 HGB zur Publizität der Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft.

a) Soweit die Publizität der Offenlegung der Vertretungsverhältnisse dient, ist dies für die Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin ohne Bedeutung, da der Kommanditist gemäß § 170 HGB zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt ist.

b) Auch im Hinblick auf die anderen Zwecke, denen die Publizität der Gesellschafter dienen soll, steht die fehlende Publizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ihrer Fähigkeit, sich an anderen Gesellschaften zu beteiligen, nicht entgegen.

aa) Der Möglichkeit, sich zwecks Einschätzung der Bonität der Gesellschaft zuverlässig über die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises und ihrer Haftungsverhältnisse zu informieren, kommt für die Sicherheit des Rechtsverkehrs große Bedeutung zu. Dies nötigt aber nicht dazu, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts wegen ihrer fehlenden Publizität die Fähigkeit, Kommanditistin zu sein, abzusprechen.

bb) Vielmehr kann und muss dem bestehenden Publizitätsbedürfnis dadurch Rechnung getragen werden, dass § 162

Abs. 3 und 1, § 106 Abs. 2 HGB in einer Weise angewandt werden, die den Sinn und Zweck der Publizitätsregelungen auch für eine als Kommanditistin in eine Kommanditgesellschaft eintretende Gesellschaft bürgerlichen Rechts verwirklicht:

Nach § 162 Abs. 3 HGB ist der Eintritt und das Ausscheiden eines Kommanditisten mit den in § 162 Abs. 1 i.V.m. § 106 Abs. 2 HGB vorgesehenen Angaben ins Handelsregister einzutragen. Bei unmittelbarer Anwendung dieser Normen wären lediglich der Eintritt und das Ausscheiden der Gesellschaft bürgerlichen Rechts selbst einzutragen, da nur sie die Stellung einer Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft hat. Damit wäre für außenstehende Dritte lediglich offenbart, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Kommanditistin ist; Informationsmöglichkeiten über ihre Gesellschafter, und damit über die Haftungssituation böte eine solche Eintragung nicht. Dem Sinn der genannten Publizitätsregelungen entspricht es deshalb, diese Normen nicht lediglich unmittelbar auf die beteiligte Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern entsprechend auch auf deren Gesellschafter anzuwenden.

c) Dabei kann das zur Sicherheit des Rechtsverkehrs erforderliche Maß an Publizität nur gewährleistet werden, wenn die Gesellschafter verpflichtet sind, sowohl diejenigen Personen, die der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zeitpunkt ihres Beitritts zu der Kommanditgesellschaft angehören, als auch jeden späteren Wechsel in der Zusammensetzung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden.

aa) Danach sind zunächst neben der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als solcher die ihr zum Zeitpunkt ihres Beitritts angehörenden Gesellschafter mit Namen, Geburtstag und Wohnort ins Handelsregister einzutragen. Führt die Gesellschaft bürgerlichen Rechts keinen speziellen Namen, sind die einzelnen Gesellschafter mit dem Zusatz „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ anzugeben. Führt sie einen Namen, kann nichts anderes gelten.

bb) Entgegen der in dem Vorlagebeschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vertretenen Ansicht (*Anm. der Schriftleitung: MittBayNot 2001, 330 ff.*) fordert die Sicherheit des Rechtsverkehrs aber auch die Verpflichtung der Gesellschafter, einen späteren Wechsel ihrer Zusammensetzung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Es trifft zwar zu, dass bereits die Behandlung des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als eintragungsfähige Tatsache diesem die Möglichkeit gibt, durch die Eintragung seines Ausscheidens die fünfjährige Enthafungsfrist unabhängig von der Kenntnis des Gläubigers von diesem Umstand in Lauf zu setzen. Es mag auch sein, dass er von dieser Möglichkeit regelmäßig schon im eigenen Interesse Gebrauch machen wird. Unterbleibt eine solche Eintragung aber trotzdem – aus welchen Gründen auch immer –, so wäre das vom Gesetz vorgegebene Maß an Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht gewährleistet. In diesem Fall haftete der ausgeschiedene Gesellschafter zwar weiterhin für die Altverbindlichkeiten der Gesellschaft, entgegen der Handelsregistereintragung, die ihn unverändert als (mit-)haftenden Gesellschafter der Kommanditistin ausweist, aber nicht für erst nach seinem Ausscheiden neu begründete Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft, sofern man nicht § 15 Abs. 3 HGB entgegen der bisher herrschenden Meinung auch auf nur eintragungsfähige Tatsachen anwendet. Die Diskrepanz zwischen der tatsächlichen und der im Register verlautbarten Rechtslage kann nur dadurch überbrückt werden, dass auch

ein Wechsel im Gesellschafterbestand der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als eintragungspflichtige Tatsache anzusehen ist. Entgegen der Meinung des vorlegenden Gerichts ist der Rückgriff auf allgemeine Rechtsscheingesichtspunkte angesichts der zur Begründung einer Rechtsscheinhaftung erforderlichen zusätzlichen Voraussetzungen nicht geeignet, dem Rechtsverkehr ein gleiches Maß an Rechtssicherheit zu gewähren wie die Anwendung des § 15 Abs. 1 HGB.

3. Wie das vorlegende Gericht zutreffend ausgeführt hat, vermeidet die Anerkennung der Fähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Kommanditistin einer Handelsgesellschaft zu sein, zugleich Probleme, die auftreten können, wenn eine Personenhandelsgesellschaft, die Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft ist, wegen veränderter Umstände zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird und damit nach bisheriger Auffassung nicht mehr Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft sein konnte. Ähnliche Probleme ergeben sich nach bisheriger Auffassung auch dann, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Gesellschafterin einer anderen Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist und diese kraft Gesetzes zu einer Personenhandelsgesellschaft wird. Billigt man der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Fähigkeit zu, die Stellung einer Kommanditistin einzunehmen, kann das Problem im erstgenannten Fall nicht auftreten, im zweiten ist es unschwer dadurch zu lösen, dass die Gesellschaft Kommanditistin der neu entstandenen Handelsgesellschaft wird.

#### **Anmerkung der Schriftleitung:**

Vgl. die Regelung in § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB i.d.F. des Gesetzes über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation – ERJuKoG – vom 10.12.2001, BGBl. I, S. 3422 ff.

5. GmbH §§ 8 Abs. 2, 19 Abs. 5, 30, 31; BGB § 366 (*Kapitalaufbringung bei Hin- und Herüberweisung*)

- 1. Die Hin- und Herüberweisung des Einlagebetrages binnen weniger Tage tilgt die Einlageschuld nicht, weil in einem solchen Falle nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Leistung zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung gestanden hat.**
- 2. Die Anwendbarkeit der §§ 30, 31 GmbHG setzt einen ordnungsgemäß abgeschlossenen Kapitalaufbringungsverfahren voraus.**
- 3. Kann der Gläubiger eine Leistung des Schuldners, etwa weil genau ein bestimmter offener Betrag gezahlt wird, einer von mehreren offenen Verbindlichkeiten zuordnen, steht es der Erfüllungswirkung der Zahlung nicht entgegen, dass der Schuldner sie nicht mit einer ausdrücklichen Tilgungsbestimmung versehen hat.**

BGH, Urteil vom 17.9.2001 – II ZR 275/99 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### *Zum Sachverhalt:*

Die Beklagte, die früher als V.B.V. firmierte, ist Gesellschafterin der am 24.8.1990 gegründeten, mit einem Stammkapital von 3 Mio. DM ausgestatteten und am 11.1.1991 in das Handelsregister eingetragenen O.-GmbH. Über das Vermögen dieser Gesellschaft ist am

7.1.1992 das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet und der Kläger zum Verwalter bestellt worden. Die Beklagte hatte eine Stammeinlage von 1.530.000 DM übernommen und einen entsprechenden Betrag am 28.9.1990 auf ein von der Gemeinschuldnerin bei der A.-Bank eröffnetes Konto überwiesen. Wenige Tage später, am 9.10.1990, ist ein Betrag in entsprechender Höhe an die Beklagte zurückgeflossen. Später hat die Beklagte für Milchlieferungen der Gemeinschuldnerin mehrfach Zahlungen geleistet und außerdem unter dem 27.6.1991 – ohne ausdrückliche Leistungsbestimmung – 1.530.000 DM aus den Niederlanden auf ein bei einer am Firmensitz ansässigen Bank eingerichtetes Konto der Gemeinschuldnerin überwiesen. Hiervon sind 2.295 DM als Gebühren abgezogen worden, so dass dem Konto der Empfängerin nur 1.527.705 DM gutgeschrieben worden sind. Bei der Gemeinschuldnerin ist dieser Vorgang entsprechend in den Buchungsunterlagen vermerkt und die Zahlung der V.B.V. zugeordnet worden.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Einlagepflicht der Beklagten sei nicht ordnungsgemäß erfüllt worden. Die Zahlung vom 27.6.1991 hat er mit – angeblich – ausstehenden Forderungen der Gemeinschuldnerin für Milchlieferungen verrechnet. Das Landgericht hat seiner entsprechenden Klage stattgegeben. Die Berufung, mit der sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung zur Zahlung eines 2.295 DM nebst Zinsen übersteigenden Betrages gewandt hat, hatte keinen Erfolg. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision ist begründet und führt zur Abweisung der Klage, soweit die Beklagte zu einem 2.295 DM nebst Zinsen übersteigenden Betrag verurteilt worden ist. Die Beklagte hat durch die Überweisung vom 27.6.1991 ihre Einlagepflicht in Höhe des noch im Streit befindlichen Betrages von 1.527.705 DM erfüllt.

Nur im Ergebnis ist dem Berufungsgericht zu folgen, dass die Beklagte ihrer Pflicht zur Leistung der Stammeinlage durch die Überweisung des Einlagebetrages am 28.9.1990 nicht nachgekommen ist. Seine Annahme, die Rücküberweisung vom 9.10.1990 habe gegen § 30 GmbHG verstoßen, beruht auf einer mangelnden Differenzierung zwischen der Pflicht des Gesellschafters zu ordnungsgemäßer Kapitalaufbringung und der darauf aufbauenden und durch § 31 GmbHG sanktionierten Pflicht zur Erhaltung des ordnungsgemäß eingezahlten Stammkapitals. Die Zahlungsvorgänge von Ende September/Anfang Oktober 1990 haben vielmehr deswegen die Einlageschuld der Beklagten nicht tilgen können, weil angesichts der in geringem zeitlichen Abstand erfolgten Hin- und Herüberweisung nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Einlagebetrag zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung gestanden hat (st. Rspr. BGHZ 113, 335, 348 f.; Urt. v. 16.3.1998 – II ZR 303/98 –, ZIP 1998, 780, 782 m.w.N.; ferner Urt. v. 27.11.2000 – II ZR 83/00 –, ZIP 2001, 157). Da es demnach schon an einer ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung in der Gründungsphase der Gemeinschuldnerin fehlt, kann die Rücküberweisung vom 9.10.1990 einen Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG nicht ausgelöst haben, so dass es auch nicht darauf ankommt, ob – wie die Revision den Ansatz des angefochtenen Urteils aufnehmend meint – die Überweisung vom 27.6.1991 diese Erstattungsforderung hat tilgen können.

Die Revision hat aber deswegen Erfolg, weil die offene Einlageschuld der Beklagten – soweit im jetzigen Stadium des Rechtsstreits noch von Bedeutung – durch die Überweisung vom 27.6.1991 erfüllt worden ist. Zu Unrecht ist der Kläger der Auffassung, mangels einer Tilgungsbestimmung der Beklagten, sei er in der Verrechnung der Zahlung auf andere Verbindlichkeiten der Gesellschafterin frei. Zwar hat die Beklagte ihre Überweisung nicht mit einer ausdrücklichen Til-



gungsbestimmung versehen. Dies steht der Erfüllungswirkung aber nicht entgegen, weil es ausreicht, wenn im Falle mehrerer durch die Zahlung nicht vollständig gedeckter Verbindlichkeiten für den Empfänger ersichtlich ist, dass eine bestimmte Forderung nach dem Willen des Leistenden getilgt werden soll (vgl. MünchKomm/Wenzel, 4. Aufl. § 366 Rdnr. 10 m.w.N.). Dies ist u. a. dann anzunehmen, wenn gerade der Betrag der Schuldsomme gezahlt wird. So verhält es sich im vorliegenden Fall: Die Überweisung vom 27.6.1991 deckte genau die offene Einlageschuld der Beklagten ab; es bestand zu dieser Zeit keine andere, auch nur annähernd diesen Betrag erreichende anderweite Verbindlichkeit der Gesellschafterin, nachdem eine Milchlieferungsrechnung über 1.535.653 DM unstreitig bereits Ende Februar 1991 ausgeglichen worden war. Die Überweisung konnte nach dem Willen der Beklagten nur die ausstehende Einlageschuld betreffen. Auch die Gemeinschuldnerin selbst hat, wie sich aus den Vermerken auf dem Bankbeleg und den Buchungsunterlagen der Gesellschaft ersehen lässt, diese Zahlung richtig eingeordnet, indem sie den von der Bank als Gebühren einbehaltenen Betrag von 2.295 DM als fehlend vermerkt und zu Gunsten der V.B.V. 1.527.705 DM verbucht hat. Jedenfalls in Höhe des jetzt noch streitigen Teils der Einlageschuld ist damit bereits Anfang Juli 1991 Erfüllung eingetreten, so dass der Kläger gehindert war, nachträglich die Zahlung auf andere – von der Beklagten im Übrigen bestrittene – Forderungen zu verrechnen. (...)

6. GmbHG § 46 Nr. 5 (*Niederlegung des Geschäftsführeramtes durch Erklärung gegenüber einem von mehreren Gesellschaftern*)

**Der Grundsatz, dass eine Willenserklärung mit Wirksamkeit gegenüber einem Gesamtvertreter abgegeben werden kann, findet auch auf die Rechtsverhältnisse Anwendung, in denen die GmbH nach § 46 Nr. 5 GmbHG gemeinsam durch ihre Gesellschafter vertreten wird (Ergänzung zu BGHZ 121, 257, 260).**

BGH, Urteil vom 17.9.2001 – II ZR 378/99 –, mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

#### *Zum Sachverhalt:*

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht der M.-GmbH auf Zahlung in Anspruch, die aus der Belastung des bei der Beklagten geführten Girokontos der Zedentin mit zwei Schecks herrühren. Die Parteien streiten darüber, ob H. U., der die Schecks für die Zedentin ausgestellt hat, als Geschäftsführer damals zu deren Alleinvertretung und damit zur Ausstellung der Schecks berechtigt war.

Nach § 5 Satz 2 der Satzung der M.-GmbH wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinschaftlich vertreten, wenn das Geschäftsführungsorgan aus zwei Mitgliedern besteht. Nach Satz 1 dieser Bestimmung wird sie durch einen Geschäftsführer allein vertreten, wenn dieser alleiniger Geschäftsführer ist. Zu Geschäftsführern der M.-GmbH waren K. und U. berufen.

Nach der Behauptung der Beklagten soll der Geschäftsführer K. sein Amt im Spätsommer oder Frühherbst des Jahres 1994 durch Erklärung gegenüber den beiden Gesellschafterinnen der Zedentin, der A.-GmbH und der M.-AG (Streithelferin zu 1) niedergelegt haben. K. sei damals auch Geschäftsführer der A.-GmbH gewesen. Aus dem der Zedentin von K. übersandten Telefax vom 10.9.1995 ergebe sich, dass K. auch für die Zukunft an der Niederlegung des Geschäftsführeramtes festgehalten habe. In dieser Mitteilung liege zugleich eine Amtsniederlegung für den Fall, dass eine solche bislang nicht wirksam erklärt worden sein sollte. Das Schreiben sei abschriftlich

dem Zeugen V. übersandt worden, der damals Geschäftsführer der A.-GmbH gewesen sei. Auch der Vorstand der Streithelferin zu 1 sei von dem Telefax unterrichtet worden. In einem mit dem Vorstand der Streithelferin zu 1 am 19.9.1995 geführten Telefongespräch habe K. seinen fortbestehenden Willen zur Amtsniederlegung erneut zum Ausdruck gebracht. Er habe erklärt, sein Geschäftsführeramts vor einem Jahr niedergelegt zu haben; er habe mit der Zedentin nichts mehr zu tun und lehne jede weitere Tätigkeit für sie ab. Auch darin sei eine Erklärung über die Amtsniederlegung enthalten. Die A.-GmbH habe darüber nicht informiert zu werden brauchen, weil sie von der im Herbst 1994 erfolgten Niederlegung bereits unterrichtet gewesen sei. Zudem sei der Rechtsgedanke des § 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG auch auf Willenserklärungen anwendbar, die gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter abzugeben seien.

Die Klägerin hat diesem Vortrag der Beklagten widersprochen. Insbesondere hat sie darauf hingewiesen, dass am 10.9.1995 nicht der Zeuge V., sondern der Zeuge H. Geschäftsführer der A.-GmbH gewesen sei. Ferner trägt die Revisionserwiderung im Wege der Gegengründe vor, dass U. durch Erklärung vom 5.5.1995 sein Geschäftsführeramts niedergelegt habe.

Die Klage hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision der Beklagten führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann nach dem gegenwärtigen Verfahrensstand nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagten aus der Einlösung der beiden Schecks kein Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 675, 670 BGB zusteht. Nach dem auf der Grundlage des Vortrages der Parteien von dem Berufungsgericht seiner Beurteilung zugrunde gelegten Sachverhalt steht nicht fest, dass U. als Geschäftsführer der Zedentin im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schecks nicht alleinvertretungsberechtigt und damit nicht befugt war, die Schecks für die M.-GmbH auszustellen.

1. Aus dem von der Klägerin nicht bestrittenen Vorbringen der Streithelferin zu 1 ergibt sich, dass K. gegenüber dem Geschäftsführer der Streithelferin zu 1, zum Ausdruck gebracht hat, er habe sein Geschäftsführeramts bereits vor einem Jahr niedergelegt. Diesen Standpunkt hat er mit der weiteren Äußerung bekräftigt, er habe mit der Sache – gemeint ist damit offensichtlich das an ihn herangetragene Anliegen, das Gegenstand seiner Telefaxantwort vom 10.9.1995 ist – nichts mehr zu tun. Das Amt sei niedergelegt, er habe mit der Firma M.-GmbH nichts mehr zu tun und lehne jede weitere Tätigkeit für sie ab. In dieser Bekräftigung liegt eine Bestätigung der Niederlegung des Geschäftsführeramtes. Sie ist als erneute Vornahme der Niederlegung anzusehen (vgl. § 141 Abs. 1 BGB).

Zur Begründung seiner Ansicht, diese Amtsniederlegung sei deswegen nicht wirksam, weil sie der anderen Gesellschafterin A.-GmbH nicht bekanntgegeben worden sei, beruft sich das Berufungsgericht auf die Senatsentscheidung vom 8.2.1993 (BGHZ 121, 257, 260). In diesem Urteil hat der Senat klargestellt, dass die Wirksamkeit der Niederlegung des Geschäftsführeramtes, für deren Entgegennahme ebenso wie für den Akt der Bestellung zum Geschäftsführer, den Widerruf der Bestellung sowie Abschluss, Aufhebung und Kündigung des Anstellungsvertrages und deren Entgegennahme die Gesamtheit der Gesellschafter zuständig ist, nicht davon abhängt, dass sie gegenüber allen Gesellschaftern ausgesprochen wird. Er hat es vielmehr als ausreichend angesehen, wenn die Niederlegung gegenüber einem Gesellschafter erklärt und den übrigen lediglich nachrichtlich übersandt wird. Offenge-

lassen hat er, ob die Abgabe der Erklärung gegenüber einem Gesellschafter auch dann genügt, wenn eine Benachrichtigung der übrigen Gesellschafter unterbleibt. Diese im Schrifttum umstrittene Frage (bejahend: *Plander*, ZHR 133 (1970), S. 327, 359 f.; *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG 3. Aufl. § 38 Rdnr. 27; *Meyer/Landrut/Müller/Niehus*, GmbHG 1987 § 38 Rdnr. 130; ablehnend: *Scholz/U. H. Schneider*, GmbHG 9. Aufl. § 38 Rdnr. 91; *Schneider/Schneider*, GmbH-Rundschau 1980, S. 4, 9 f.; zweifelnd: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl. § 38 Rdnr. 42; offen bei *Stein* in *Hachenburg*, GmbHG 8. Aufl. § 38 Rdnr. 138) ist zu bejahen.

Es ist ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz, dass im Rahmen der Gesamtvertretung eine Willenserklärung mit Wirksamkeit gegenüber einem Gesamtvertreter abgegeben werden kann (BGHZ 62, 166, 173; RGZ 53, 227, 230 f.). Er hat sich in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen – u. a. auch für die Organvertretung – niedergeschlagen (vgl. § 171 Abs. 3 ZPO; § 28 Abs. 2 BGB; § 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG; § 78 Abs. 2 Satz 2 AktG; § 25 Abs. 1 Satz 3 GenG; vgl. auch § 125 Abs. 2 Satz 3 HGB). Der Grundsatz ist auch auf die Rechtsverhältnisse anwendbar, in denen die GmbH nach § 46 Nr. 5 GmbHG gemeinsam durch ihre Gesellschafter vertreten wird.

Soweit das mit der Begründung abgelehnt wird, der einzelne Gesellschafter sei für das Organ nicht vertretungsbefugt (so *Scholz/U. H. Schneider* a. a. O., § 38 Rdnr. 91) bzw. die Gesellschafter hätten keine wechselseitige Vertretungsmacht und hätten sich deshalb auch nicht auf den Empfang solcher Erklärungen einzurichten (*Lutter/Hommelhoff* a. a. O., § 38 Rdnr. 42), tragen diese Erwägungen der Allgemeingültigkeit des dargelegten Grundsatzes nicht hinreichend Rechnung. Das Berufungsgericht hat eingewandt, dem Rechtsverhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft sowie der Gesellschafter untereinander fehle die vertretungstypische Vertrauensbeziehung des Geschäftsherrn zum Bevollmächtigten, kraft deren sich der Geschäftsherr Handlungen und Wissen des Bevollmächtigten zurechnen lassen wolle. Damit verkennt es jedoch, dass zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern sowie den Gesellschaftern untereinander ein Vertrauensverhältnis besteht, dessen Auswirkung die gegenseitige Treuepflicht ist und das sie verpflichtet, im Rahmen ihres Verhaltens einschließlich ihrer Entscheidungen den Belangen ihrer Mitgesellschafter und der Gesellschaft angemessen Rechnung zu tragen.

Auch praktische Belange stehen der Anwendung des Grundsatzes auf die Gemeinschaft der Gesellschafter nicht entgegen. Gesellschaften mit einem größeren Gesellschafterkreis werden in der Regel eine Empfangszuständigkeit in der Satzung und den mit den Geschäftsführern zu schließenden Verträgen vorsehen.

Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, dass K. in dem mit dem Zeugen Sch. geführten Telefongespräch vom 19.9.1995 sein Amt als Geschäftsführer in der M.-GmbH wirksam niedergelegt hat.

Soweit U. im November 1995 noch Geschäftsführer der M.-GmbH war, konnte er kraft seiner Alleinvertretungsmacht die beiden umstrittenen Schecks ausstellen. Dem steht jedoch das mit der Gegenrüge durch die Revisionserwiderung geltend gemachte Vorbringen der Klägerin entgegen, U. habe durch Erklärung vom 5.5.1995 sein Geschäftsführeramt unbedingt durch Erklärung gegenüber dem Zeugen G. niedergelegt, der zum Empfang dieser Erklärung durch die Streithelferin bevollmächtigt gewesen sei. Der Zeuge G. habe diese Erklärung

an das damalige Vorstandsmitglied der Streithelferin zu 1 H. D. weitergegeben, der sie zur Kenntnis genommen und ihr zugestimmt habe. Die Streithelferin zu 1 hat dieser Behauptung der Klägerin widersprochen.

2. Die Revision rügt auch zu Recht, dass das Berufungsgericht die von der Klägerin bestrittene Behauptung der Streithelferin zu 1, der Zeuge K. habe durch Erklärung gegenüber der Zedentin sowie ihren beiden Mitgesellschafterinnen, der A.-GmbH und der Streithelferin zu 1, sein Geschäftsführeramt niedergelegt, als nicht hinreichend substantiiert angesehen hat. Soweit das Berufungsgericht fordert, die Beklagte habe die vertretungsbefugten Personen der Gesellschafterin benennen und darlegen müssen, ob die Erklärungen diesen gegenüber unter Anwesenden abgegeben worden oder ihnen unter Abwesenden zugegangen seien, überspannt es die Anforderungen an die Darlegungslast der Beklagten.

Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen. Der Pflicht zur Substantiierung ist mithin nur dann nicht genügt, wenn das Gericht aufgrund der Darstellung nicht beurteilen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolge erfüllt sind (BGH, Urt. v. 16.3.1998 – II ZR 323/96 –, ZIP 1998, 956, 957).

Da die Beklagte behauptet hat, K. habe die Niederlegung des Amtes gegenüber beiden Gesellschafterinnen der Zedentin erklärt, ergibt sich daraus die Rechtsfolge, dass die Amtsniederlegung wirksam erfolgt ist (vgl. BGHZ 121, 257, 259 f.). Dass eine mündliche oder schriftliche Erklärung gegenüber einer juristischen Person nur dadurch wirksam werden kann, dass sie gegenüber ihren vertretungsberechtigten Organmitgliedern oder einer von diesen dazu bevollmächtigten Person abgegeben wird, ist eine Selbstverständlichkeit, die nicht näher dargelegt zu werden braucht und die sich im Übrigen aus dem Gesetz ergibt (vgl. § 78 Abs. 2 Satz 2 AktG, § 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG, §§ 167 ff. BGB). Da die Niederlegung des Amtes an keine besonderen Formvoraussetzungen gebunden ist, kann sie sowohl mündlich als auch schriftlich erklärt werden. Einer näheren Darlegung der Form bedarf es daher ebenfalls nicht. (...)

3. Die Revision rügt ferner zu Recht, dass das Berufungsgericht in dem an die M.-GmbH gerichteten Telefax des Zeugen K. vom 10.9.1995 lediglich eine Wissenserklärung, nicht aber eine Willenserklärung zur Amtsniederlegung gesehen habe. Ur. K. führt in diesem Schreiben u. a. Folgendes aus:

„Wie Sie wissen, bin ich als Geschäftsführer der M.-GmbH vor einiger Zeit zurückgetreten und habe somit keine Befugnisse mehr für die Firma.

Davon ausgehend, dass immer noch A. der zweite Gesellschafter ist, muss ich Sie auffordern, Ihr Anliegen mit A. zu besprechen und von ihr die Zustimmung zu erhalten ...

cc. Herr V. A. H. GmbH.“

Darin kommt einmal zum Ausdruck, dass der Zeuge sein Geschäftsführeramt in einem früheren Zeitpunkt niedergelegt hat. Diese Erklärung bekräftigt er, wie sich aus seiner Bemerkung ergibt, er habe „somit keine Befugnisse mehr für die Firma“ bzw. er müsse den Adressaten des Schreibens auffordern, sein Anliegen mit A. zu besprechen, um die erbetene Zustimmung von ihr zu erhalten. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts liegt in dieser Bekräftigung der früheren Amtsniederlegung und der damit ausgesprochenen Weige-

rung, für die M.-GmbH weiterhin tätig zu werden, zugleich die Bestätigung der Niederlegung des Geschäftsführeramtes. Diese ist als erneute Vornahme anzusehen (vgl. § 141 Abs. 1 BGB).

Eine Abschrift dieser Telefaxantwort ist an den Zeugen V. übersandt worden. Ob dieser oder der Zeuge Ha. zum damaligen Zeitpunkt Geschäftsführer der A.-GmbH waren, ist zwischen den Parteien umstritten. Nach der Behauptung der Streithelferin zu 1 hat sie von dem Telefax Kenntnis erlangt. Gegebenenfalls muss das Berufungsgericht auch insoweit noch die erforderlichen Feststellungen treffen.

## Zivilprozessrecht, Schlichtungsrecht

7. § 15a Abs. 1 EGZPO, Art. 1 Nr. 2 b BaySchIG (*Keine Umgehung des Schlichtungsverfahrens durch unzulässiges Mahnbescheidsverfahren*)

**Die Durchführung des Mahnverfahrens macht das obligatorische Schlichtungsverfahren nach dem BaySchIG nur dann entbehrlich, wenn ein Mahnverfahren nach § 688 ZPO überhaupt zulässig ist.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

AG Rosenheim, Urteil vom 11.4.2001 – 18 C 65/01 –

*Zum Sachverhalt:*

Die Parteien sind Grundstücksnachbarn im Gemeindegebiet von Edling. Mit Schreiben vom 12.7.00 machte der Prozessbevollmächtigte des Klägers gegenüber den Beklagten einen Anspruch zur Beseitigung überstehender Zweige einer Fichtenhecke und einer Fichtenbepflanzung an der gemeinsamen Grundstücksgrenze der Parteien geltend und setzte gleichzeitig eine Frist zur Beseitigung. Da der zwischen den Parteien streitige Rückschnitt der überwachsenden Zweige an der Grundstücksgrenze nach Auffassung des Klägers nicht innerhalb der gesetzten Frist durchgeführt wurde, beantragte der Prozessbevollmächtigte des Klägers den Erlass eines Mahnbescheides gegen beide Beklagten und machte einen Anspruch wegen „Vorschuss für Beseitigung überhängender Zweige“ geltend. Gleichzeitig ließ er im Mahnbescheidsantrag für den Kläger erklären, dass der Anspruch von einer Gegenleistung abhängt, diese aber erbracht sei. Die Mahnbescheide gegen die Beklagten wurden erlassen. Nach fristgemäßer Einlegung des Widerspruchs durch die Beklagten leitete der Kläger ins Streitige Verfahren über und begründete den geltend gemachten Anspruch.

Die Klage wurde als unzulässig abgewiesen.

*Aus den Gründen:*

Der Kläger hätte nach der Natur des geltend gemachten Anspruches vor Klageerhebung zwingend das nach Artikel 1 Nr. 2 b BaySchIG obligatorische Schlichtungsverfahren durchführen müssen. Dieser Schlichtungsversuch war auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Anspruch zunächst im Mahnverfahren geltend gemacht worden ist. § 15a Abs. 2 Ziffer 5 EGZPO findet nur dann Anwendung, wenn ein Mahnverfahren nach § 688 ZPO überhaupt zulässig ist. Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall:

1. Der Kläger macht sachlich Ansprüche wegen überhängender Zweige nach § 910 Satz 2 BGB geltend. Diese Ansprüche sind nach Artikel 1 Nr. 2 b BaySchIG unabhängig vom Streitwert der obligatorischen Schlichtung unterworfen. Der Lan-

desgesetzgeber hat insoweit den sachlichen Anwendungsbereich von § 15a Abs. 1 EGZPO in vollem Umfang übernommen. Das Bayerische Schlichtungsgesetz ist nach Artikel 21 Abs. 1 am 1.5.2000 in Kraft getreten und fand nach Artikel 22 Abs. 1 auf alle Klagen Anwendung, die vier Monate nach In-Kraft-Treten des Gesetzes, mithin nach dem 1.9.00 bei Gericht eingingen. Da die nachbarrechtlichen Ansprüche des § 910 BGB in vollem Umfang der obligatorischen Schlichtung unterliegen, muss dies zwangsläufig auch dann gelten, wenn der Kläger einen hiermit korrespondierenden Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB geltend macht, wie dies im Schreiben vom 12.7.00 an die Beklagten geschehen ist. Unabhängig von der Überlegung, dass das Gesetz keine Anspruchsgrundlage für eine „Vorschusszahlung“ zur Beseitigung kennt, macht der Kläger inhaltlich einen Beseitigungsanspruch wegen überhängender Zweige nach §§ 1004 Abs. 1, 910 Satz 2 BGB geltend. Dieser nachbarrechtliche Anspruch des Klägers, der nach § 15a Abs. 1 Ziffer 2 EGZPO in Verbindung mit Artikel 1 Nr. 2 b BaySchIG der obligatorischen Schlichtung unterliegt, kann nicht dadurch dem Güteversuch entzogen werden, dass nach § 15a Abs. 2 Nr. 5 EGZPO ein Mahnbescheid beantragt und anschließend ins Streitige Verfahren übergeleitet wird. Die bundesrechtliche Ausnahmeregelung ist einschränkend dahingehend auszulegen, dass ein obligatorischer Schlichtungsversuch bei Durchführung eines Mahnverfahrens nur dann entfällt, wenn dieses nach § 688 ZPO zum Zeitpunkt des Erlasses des Mahnbescheides überhaupt zulässig war.

2. Unterstellt man den – bestrittenen – Sachvortrag des Klägers hinsichtlich des Überwuchses an der Grundstücksgrenze als richtig, so hat er nach der überwiegenden Meinung in der Rechtsprechung entweder einen Anspruch auf Beseitigung der überhängenden Zweige durch die Beklagten nach §§ 1004 Abs. 1, 910 Abs. 1 BGB oder aber einen Anspruch auf Wertersatz nach §§ 812 Abs. 1, 818 in Verbindung mit § 910 Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn er nach Fristsetzung zur Beseitigung der überhängenden Zweige diese Arbeiten selbst ausführt oder ausführen lässt (BGH NJW 86, 2640). Im ersten Fall (Beseitigungsanspruch) ist ein Mahnverfahren nach § 688 Abs. 1 ZPO schon deshalb unzulässig, weil es sich nicht um einen Zahlungsanspruch, sondern um einen Anspruch auf Vornahme einer Handlung handelt, im zweiten Fall (Bereicherungsanspruch) setzt die Durchführung eines Mahnverfahrens nach § 688 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO zwingend voraus, dass die Gegenleistung durch den Kläger erbracht wurde, was vorliegend jedoch nicht der Fall war. Selbst wenn man dem Kläger den geltend gemachten Anspruch auf Zahlung einer „Vorschussleistung“ für die Beseitigung der Zweige zuerkennen sollte, wurde im Mahnbescheidsantrag vom 17.11.00 wahrheitswidrig angegeben, die Gegenleistung sei bereits erbracht. Der Klägervertreter, selbst als Gütestelle nach dem Bayerischen Schlichtungsgesetz zugelassen, hat hierzu in der mündlichen Verhandlung lediglich angegeben, die Rubrik sei „versehentlich“ angekreuzt worden. Da nach dem eigenen Vortrag des Klägers eine Beseitigung der überhängenden Zweige bis zur mündlichen Verhandlung weder von ihm noch von den Beklagten durchgeführt wurde, war folglich der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides nach § 688 ZPO von vornherein unzulässig. Dies konnte bei Erlass des Mahnbescheides wegen der Behauptung, die Gegenleistung sei erbracht, auch nicht erkannt werden.

3. Auf einen Anspruch, der in einem unzulässigen Mahnverfahren geltend gemacht worden ist, findet § 15a Abs. 2 Ziffer 5 EGZPO jedoch keine Anwendung. Das Gesetz zur

Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 15.12.1999 soll neben einer Entlastung der Zivilgerichte durch die Einführung eines obligatorischen außergerichtlichen Schlichtungsverfahrens die konsensuale Streitbeilegung im Interesse der Parteien fördern. Gerade in ihrem klassischen Anwendungsbereich der nachbarrechtlichen Streitigkeiten soll ein Güteversuch vor einer Schlichtungsstelle die Wiederherstellung des Rechtsfriedens und des persönlichen Verhältnisses zwischen den Parteien fördern und gerichtliche Auseinandersetzungen vermeiden. Ansprüche aus dem Nachbarrecht eignen sich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers besonders für die Durchführung einer außergerichtlichen Schlichtung, weil ein Gerichtsverfahren und insbesondere eine Entscheidung durch Urteil dem persönlichen Verhältnis der Parteien nicht förderlich ist, sondern bestehende Konflikte eher vertieft und weitere Streitigkeiten hervorruft. Auch wenn der Prozessbevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung erklärt hat, ein Güteversuch wäre auf Grund des außergerichtlichen Verhaltens der Beklagten aussichtslos gewesen, so vermag doch das gesetzlich zwingend vorgeschriebene Schlichtungsverfahren nicht dadurch umgangen werden, dass eine rechtlich nicht geschuldete Vorschussleistung verlangt und zudem im Mahnbescheidsantrag wahrheitswidrig angegeben wird, eine Gegenleistung sei bereits erbracht. Der Gesetzgeber hat die Ausnahmegvorschrift des § 15 a Abs. 2 EGZPO zwar objektiv dahingehend formuliert, dass eine Schlichtung bei Durchführung des streitigen Verfahrens dann entfällt, wenn ein Anspruch im Mahnverfahren geltend gemacht worden ist. Aus Sinn und Zweck der viel kritisierten Vorschrift (vgl. *Zöller*, 22. Auflage 2001, Rdnr. 13 zu § 15 a EGZPO) muss jedoch geschlossen werden, dass ein Mahnbescheid im Sinne des § 688 ZPO zulässigerweise beantragt worden ist. Der Bundesgesetzgeber hat deshalb das Mahnverfahren von der obligatorischen Schlichtung ausgenommen, weil Gläubigern von Zahlungsklagen nicht die Möglichkeit genommen werden sollte, gegen säumige Schuldner schneller einen vollstreckbaren Titel zu erwirken. Dass hierdurch auch – wie die Praxis zeigt – ein sprunghafter Anstieg der Mahnverfahren deshalb zu verzeichnen ist, weil versucht wird, eine an sich sinnvolle und nach dem gesetzgeberischen Leitbild auch gewollte Schlichtung zu umgehen, hat der Gesetzgeber in Kauf genommen. Der Anwendungsbereich des § 15 a Abs. 2 Ziffer 5 EGZPO muss jedoch dort seine Grenzen finden, wo mit falschen Angaben im Mahnbescheidsantrag unzulässig ein Mahnverfahren durchgeführt wird und anschließend ins Streitverfahren übergeleitet wird, ohne die für den tatsächlich in der Sache geltend gemachten Beseitigungsanspruch nach §§ 1004, 910 BGB zwingend erforderliche Schlichtung vor Klageerhebung durchzuführen. Um dem Gesetzeszweck des § 15 a Abs. 1 EGZPO zu entsprechen, ist die Ausnahmeregelung des § 15 a Abs. 2 Ziffer 5 EGZPO folglich einschränkend dahingehend auszulegen, dass nur ein im Sinne des § 688 ZPO zulässiges Mahnverfahren eine Schlichtung entbehrlich macht.

(...)

Die Klage war deshalb wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung als unzulässig abzuweisen. Lediglich ergänzend sei noch darauf hingewiesen, dass die Klage im Ergebnis auch unbegründet gewesen wäre, weil das Gesetz einen Anspruch auf Vorschusszahlung zur Beseitigung überhängender Zweige nicht kennt.

## Beurkundungs- und Notarrecht

8. BeurkG § 54c (*Einseitiger Widerruf einer Hinterlegungsanweisung*)

**Ein einseitiger Widerruf der Hinterlegungsanweisung ist für den Notar unbeachtlich, wenn nicht ausnahmsweise für den Notar erkennbar ist, dass der zugrunde liegende Vertrag unwirksam ist, dass er bei Auszahlung an der Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde oder dass dem einseitig Widerrufenden auf Grund nachträglich ersichtlich gewordener Umstände ein unwiederbringlicher Schaden droht.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Frankenthal (Pfalz), Beschluss vom 18.9.2001 – 1 T 136/01 –, mitgeteilt von Notar *Alfred Kluge*, Ludwigshafen a. Rhein

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligten zu 1. haben mit notariell beurkundetem Erwerbsangebot nebst notariell beurkundeter Annahmeerklärung des Beteiligten zu 2. von letzterem ein Hausgrundstück erworben.

In Ziffer III. des Vertrages ist neben verschiedenen, die Fälligkeit des Kaufpreises betreffenden Voraussetzungen bezüglich der Zahlungsmodalitäten geregelt, dass „der gesamte Kaufpreis zur Freistellung und zur Ablösung der voreingetragenen Grundpfandrechte bei Fälligkeit auf das neu einrichtende Notaranderkonto des amtierenden Notars (...) zu hinterlegen ist“. Ferner wurde der Notar dort angewiesen, „mit dem hinterlegten Kaufpreis, die vorgenannten Forderungen (...) abzulösen“ und den „eventuell nach Ablösung aller Darlehensforderungen verbleibenden Restkaufpreis (...) sodann auf ein noch zu benennendes Konto des Verkäufers zu überweisen“. Zudem findet sich in der notariellen Urkunde bezüglich des zu hinterlegenden Kaufpreises folgende Vereinbarung: „Ab dem Zeitpunkt der Hinterlegung tritt Bindung zwischen den Beteiligten unter der Treuhandschaft des Notars ein. Die Beteiligten sind darüber belehrt, dass sie von der Bindung an abweichende Weisungen bis zur Auszahlungsreife grundsätzlich nur einvernehmlich erteilen können.“

Der nach dem oben gesagten noch vorhandene, hinterlegte Restkaufpreis, der nach notarieller Mitteilung derzeit 13.962,61 DM beträgt, soll nach der angefochtenen Anündigung des Notars nun an den Beteiligten zu 2. ausgezahlt werden.

Hiergegen wenden sich die Beteiligten zu 1. mit ihrem Rechtsmittel, welches sie auf ihren erklärten Widerspruch gegen die Auszahlung stützen. Dieser wird damit begründet, dass wegen vorhandener, vom Beteiligten zu 2. arglistig verschwiegener Mängel an dem erworbenen Grundbesitz ein Einbehalt in Höhe des derzeit auf dem Notaranderkonto vorhandenen Betrages gerechtfertigt sei. Dieser dürfe auch deshalb nicht an den Beteiligten zu 2. ausgekehrt werden, weil letzterer einen Wohnsitz im Ausland habe und „in großem Umfang seinen Zahlungsverpflichtungen“ nicht nachkomme, so dass ihnen durch die Auszahlung ein unwiederbringlicher Schaden drohe. Schließlich fehle es auch an der Fälligkeit der Kaufpreisforderung, da die nach Ziffer X des Kaufvertrages durchzuführenden Reparaturarbeiten des Beteiligten zu 2. noch immer nicht erledigt seien.

*Aus den Gründen:*

1. Die eingelegte Beschwerde ist in entsprechender Anwendung der §§ 15 Abs. II BNotO, 54 BeurkG, 19 ff. FGG zulässig. (...)

2. Die Beschwerde führt jedoch in der Sache nicht zu dem angestrebten Erfolg.

Die Beteiligten haben dem Notar übereinstimmend eine konkrete Auszahlungsanweisung dergestalt erteilt, dass der nach Ablösung verschiedener anderweitiger Verbindlichkeiten verbleibende, sich derzeit auf knapp 14.000 DM belau-

fende Restkaufpreis an den Beteiligten zu 2. auszuführen ist. Diese Vereinbarung sollte nach dem Willen der Beteiligten in einer Weise bindend sein, dass abweichende Weisungen hiervon grundsätzlich nur einvernehmlich erteilt werden können, worüber die Beteiligten vom Notar ausweislich des Vertragstextes auch ausdrücklich belehrt wurden.

Ein einseitiger Widerruf – wie der mit Schreiben der Beteiligten zu 1. erklärte – ist danach für den verwahrenden Notar grundsätzlich unbeachtlich. Ein Notar der im Rahmen der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages Gelder verwahrt und unter bestimmten Voraussetzungen hierüber zu verfügen hat, ist verpflichtet den entsprechenden ursprünglichen Anweisungen der Beteiligten auch dann zu folgen, wenn ein Vertragsteil diesen ursprünglichen Anweisungen nachträglich widerspricht (OLG Düsseldorf in MittRhNotK 1988, 48, 49; KG in WM 1984, 981, 982/983; BayObLG in NJW-RR 1995, 1208, 1209; OLG Schleswig a.a.O.; LG Frankenthal (Pfalz) a.a.O. jeweils m.w.N.).

Von diesem Grundsatz ist nach ganz herrschender Meinung lediglich dann eine Ausnahme zu machen, wenn für den Notar erkennbar wird, dass

- der zugrunde liegende Vertrag unwirksam ist, oder
- er bei Auszahlung an der Verfolgung unerlaubter/unredlicher Zwecke mitwirken würde, oder
- dem einseitig widerrufenden auf Grund zwischenzeitlich ersichtlich gewordener Umstände ein unwiederbringlicher Schaden droht

(BayObLG in NJW-RR 1995, 1208, 1210; KG a.a.O.; OLG Schleswig a.a.O. jeweils m.w.N.).

Diese Ausnahmetatbestände sind vorliegend allesamt nicht gegeben.

a) Eine Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Kausalgeschäftes ist weder vorgetragen, noch sonst ersichtlich. Insbesondere beabsichtigen alle Beteiligten am Kaufvertrag festzuhalten. Der Vortrag der Beteiligten zu 1. bezüglich eines Einbehaltes auf Grund behaupteter, arglistiger verschwiegener Mängel an dem gekauften Objekt ist offensichtlich als Geltendmachung eines Minderungs- oder Schadensersatzanspruches zu verstehen.

b) Ob bei tatsächlichem Vorliegen des behaupteten arglistigen Verhaltens des Beteiligten zu 2. in der Auskehr des Restkaufpreises durch den Notar die Mitwirkung an der Verfolgung unerlaubter bzw. unredlicher Zwecke zu sehen wäre (in diesem Sinne wohl KG in WM 84, 981, 983 und OLG Schleswig a.a.O.), kann hier offen bleiben. Das hinsichtlich der Arglist des Beteiligten zu 2. und der Höhe eines etwaigen Minderungsanspruches wenig substantiierte Vorbringen der Beteiligten zu 1. wurde vom Beteiligten zu 2. bestritten. Es liegt jedoch außerhalb des Befugnis- und Aufgabenbereichs des Notars – für den das Vorliegen zumindest eines der oben aufgezählten Ausnahmetatbestände klar erkennbar sein muss – an die Stelle des Prozessgerichtes in einem möglichen Rechtsstreit über Gewährleistung- oder Schadensersatzansprüche zu treten und diesbezüglich Ermittlungen anzustellen (BayObLG in NJW-RR 1995, 1208, 1210; Thüringisches OLG, Beschluss vom 29.6.1999 (Az: 6 W 274/99); OLG Schleswig a.a.O.). Genau dies müsste er zur Aufklärung der von Seiten der Beteiligten zu 1. erhobenen Vorwürfe und Behauptungen aber tun, so dass es bezüglich des Ausnahmefalles der Mitwirkung an der Verfolgung unredlicher Zwecke jedenfalls an der erforderlichen eindeutigen Erkennbarkeit für den Notar fehlt.

c) Schließlich haben die Beteiligten zu 1. auch nicht dargelegt, dass ihnen auf Grund nach Kaufvertragsabschluss ersichtlich gewordener Umstände durch die Auskehr des Restkaufpreises an den Beteiligten zu 2. ein unwiederbringlicher Schaden droht. Dass der Beteiligte zu 2. seinen Hauptwohnsitz nicht in Deutschland, sondern in der Schweiz hat, war den Beteiligten zu 1. nach ihren eigenen Angaben schon während der Vertragsverhandlungen bekannt. Ungeachtet dessen, dass dieser Umstand nicht zur Vereitelung der Durchsetzung etwaiger schuldrechtlicher Ansprüche führt, handelt es sich demnach nicht um eine erst nach Vertragsabschluss bekannt gewordene Tatsache. Dem Vortrag, wonach die Durchsetzbarkeit von Ausgleichsansprüchen auf Grund von Zahlungsschwierigkeiten gefährdet sei, fehlt es an jeglicher Substantiierung. Insbesondere wird von Seiten der Beteiligten zu 1. nicht einmal behauptet, dass über das Vermögen des Beteiligten zu 2. ein Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt sei oder ein solcher Antrag auch nur im Raum stehe.

Nach alledem ist der Notar durch den einseitig erklärten Widerruf der Auszahlungsanweisung nicht an der Auskehr des Restkaufpreises an den Beteiligten zu 2. gehindert.

Etwas anderes ergibt sich letztlich auch nicht aus der Behauptung der Beteiligten zu 1., es fehle auf Grund der nicht vorgenommenen Beseitigung von Mängeln gemäß Ziffer X. des Kaufvertrages, bereits an der Fälligkeit der Kaufpreisforderung. In Ziffer III. des Vertrages haben die Beteiligten die auch vom Notar zu beachtenden Fälligkeitsvoraussetzungen nämlich detailliert aufgelistet. Danach sollte die Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs von der Erledigung der gemäß Ziffer X. durchzuführenden Arbeit gerade nicht abhängen.

## Kostenrecht

9. KostO § 39 Abs. 1 Satz 1 (*Geschäftswert des Gesellschaftsvertrages einer KG*)

**Ermächtigt ein Gesellschaftsvertrag über die Gründung einer Kommanditgesellschaft den persönlich haftenden Gesellschafter unter Zustimmung eines Beirats vertraglich bindend zur Aufnahme weiterer Kommanditisten bis zu einem bestimmten Höchstbetrag des Gesellschaftskapitals, ist für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages dieser Höchstbetrag des Gesellschaftskapitals anzusetzen, wenn jedenfalls einzelne Gesellschafter die Aufnahme neuer Kommanditisten nicht mehr verhindern können.**

BayObLG, Beschluss vom 25.7.2001 – 3Z BR 147/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*; Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Der beteiligte Notar beurkundete am 21.8.2000 einen Gesellschaftsvertrag, durch den die Golfanlage N. GmbH & Co. KG gegründet wurde. Die Gründungsgesellschafter übernahmen Einlagen in Höhe von 1,875 Mio. Euro. Nach dem Gesellschaftsvertrag ist die Aufnahme weiterer Kommanditisten vorgesehen, bis das Gesellschaftskapital insgesamt 4 Mio. Euro beträgt. Die Kosten der Beurkundung trägt nach der notariellen Urkunde die KG. Der Notar erstellte und übersandte dieser KG unter dem 4.9.2000 eine Kostenrechnung über 27.886,75 DM, wobei er als Geschäftswert den Höchstbetrag des Gesellschaftskapitals von 4 Mio. Euro (7.823.320 DM) zugrunde legte.

Auf Veranlassung der Notarkasse erstellte und übersandte der beteiligte Notar dem Beteiligten unter dem 21.2.2001 eine inhaltlich er-

gänzte, im Zahlenwerk unveränderte Neufassung dieser Kostenrechnung.

Die KG, vertreten durch einen der beiden Geschäftsführer der Komplementär-GmbH legte gegen die Kostenrechnung Beschwerde ein und wandte sich gegen den der Rechnung zugrunde gelegten Geschäftswert. Letzterer sei nur an den Einlagen der derzeitigen Kommanditisten in Höhe von 1.875.000 Euro (= 3.667.181,75 DM) auszurichten.

Das Landgericht hat der Beschwerde stattgegeben. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des beteiligten Notars.

#### Aus den Gründen:

Das vom Landgericht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassene und auch im Übrigen zulässige Rechtsmittel (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2 KostO) hat in der Sache Erfolg.

Es führt zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts und zur Zurückweisung der Erstbeschwerde, da der beteiligte Notar die Beurkundungskosten zutreffend berechnet hat.

1. Die Erstbeschwerde ist, was der Senat zu prüfen hat, zulässig. Die KG hat das Rechtsmittel wirksam im eigenen Namen eingelegt.

a) Zwar steht das Beschwerderecht gemäß § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO nur dem Kostenschuldner im Sinn der Kostenordnung zu (BayObLGZ 1971, 141/144). Antragsschuldner sind hier nur die Gründungsgesellschafter als die Vertragsteile, deren Erklärungen beurkundet wurden (§ 2 Nr. 1 KostO; vgl. *Korintenberg/Lappe* KostO 14. Aufl. § 2 Rdnr. 41). Die KG ist jedoch Übernahmeschuldnerin gemäß § 3 Nr. 2 KostO. Dies ergibt sich aus der Regelung in der notariellen Urkunde, wonach „die Gesellschaft“ die Kosten trägt. Diese Klausel ist von den am Beurkundungsvorgang Beteiligten im Sinn einer Kostenschuldnerschaft der KG verstanden worden, wie die Rechnungstellung an die KG und die Rechtsmitteleinlegung durch die KG, vertreten durch ihre persönlich haftende Gründungsgesellschafterin, zeigt. Die Übernahme der Kostenschuld in der Urkunde war möglich, da die Gesellschaft mangels abweichender Regelung im Vertrag, mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags entstanden war (vgl. *Röhrich/Graf von Westphalen/von Gerkan* HGB § 105 Rdnr. 15).

b) Das Rechtsmittel ist durch die vertretungsberechtigte Komplementär-GmbH namens der KG eingelegt worden. Für diese handelte zwar zunächst nur einer der beiden Geschäftsführer, während die GmbH ausweislich der Vertragsurkunde (S. 2) durch die beiden Geschäftsführer gemeinschaftlich vertreten wird (§ 35 Abs. 1 GmbHG). Aus dem weiteren Schriftverkehr im gerichtlichen Verfahren ergibt sich jedoch, dass auch der andere Geschäftsführer mit der Rechtsmitteleinlegung einverstanden war, so dass von einer wirksamen Vertretung der GmbH ausgegangen werden kann.

2. Das Landgericht hat den Präsidenten des Landgerichts als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars im Beschwerdeverfahren nicht ausdrücklich angehört (vgl. § 156 Abs. 1 Satz 2 KostO und zur Bedeutung der Anhörung BayObLGZ 1963, 141/148). Gleichwohl kann der Senat in der Sache entscheiden, da Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ausschließlich eine Rechtsfrage war, die Stellungnahme der Notarkasse vom 15.2.2001 alle hierfür wesentlichen Gesichtspunkte enthält und daher nicht zu erwarten war, dass die förmliche Anhörung des Präsidenten des Landgerichts zusätzliche Gesichtspunkte erbracht hätte. Dies ergibt sich schon daraus, dass diese Stellungnahme an den Präsidenten des Landgerichts gerichtet war

und von diesem offenbar formlos der zur Entscheidung berufenen Kammer zugeleitet wurde. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass der Präsident des Landgerichts Kenntnis hatte und keinen Anlass zu einer eigenen Stellungnahme sah.

3. Die weitere Beschwerde ist begründet. Der beteiligte Notar hat seiner Kostenrechnung zu Recht einen Geschäftswert von 7.823.320 DM entsprechend 4 Mio. Euro zugrunde gelegt.

a) Nach § 39 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 141 KostO bestimmt sich der Wert beurkundeter Erklärungen nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich diese Erklärungen beziehen. Beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages geben die Partner Willenserklärungen ab, durch die sie sich zu Leistungen aus ihrem Vermögen an die Gesellschaft verpflichten. Die Summe der Werte dieser Leistungen bildet den Geschäftswert der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages (vgl. BayObLGZ 1963, 141/149; 1982, 96/103 m.w.N.). Wird in dem Vertrag über die Gründung einer KG vereinbart, dass der persönlich haftende Gesellschafter berechtigt sein soll, weitere Personen als Kommanditisten aufzunehmen, so ist der dafür festgesetzte Höchstbetrag des Kommanditkapitals bei der Ermittlung des Geschäftswertes in voller Höhe zu berücksichtigen, vorausgesetzt, dass es sich nicht um eine bloße Absichtserklärung ohne rechtliche Bindungswirkung handelt, sondern um eine in dem Vertrag selbst erteilte ausdrückliche Ermächtigung des persönlich haftenden Gesellschafters, die nicht mehr von dem Einverständnis aller Gesellschafter abhängig ist, mithin eine verbindliche Ausgestaltung der künftigen Rechtsbeziehungen der Gesellschafter vorliegt (vgl. *Rohs/Wedewer* KostO 65. ErgLfg zur 2. Aufl. § 39 Rdnr. 25b; KG DNotZ 1973, 183/184; JurBüro 1974, 1571/1572; OLG Zweibrücken Rpfleger 1975, 408/409; OLG Köln MittBayNot 1999, 399/400). Soweit das Landgericht demgegenüber darauf abstellt, dass der Vertrag selbst die unmittelbare Grundlage für die Verpflichtungen zur Leistung der künftigen Einlagen in das Gesellschaftsvermögen bilden müsse (vgl. auch OLG Hamm BB 1974, 1090/1091; *Schalhorn* JurBüro 1973, 191/194), folgt der Senat dem nicht (vgl. *Ackermann* JurBüro 1976, 431/432; *Lappe* KostRspr § 39 Anm. zu Nr. 30).

Entscheidend ist, ob der Höchstbetrag, den das Gesellschaftskapital erreichen soll, dergestalt vertraglich bindend vereinbart ist, dass mindestens einer der Gründer aufgrund dieser im Gesellschaftsvertrag eingegangenen Bindung später den Vollzug der Erhöhung des Gesellschaftskapitals und damit die Schmälerung der auf seinen Kapitalanteil entfallenden Gewinnquote hinnehmen muss, auch wenn er die Maßnahme dann nicht mehr billigt (vgl. KG DNotZ 1973, 184). Ist dies der Fall, spielt es keine Rolle, ob die Befugnis des Komplementärs, neue Kommanditisten aufzunehmen, auf einer Ermächtigung, insbesondere einer im Voraus erteilten Zustimmung der Gründungsgesellschafter zum Eintritt weiterer Gesellschafter (vgl. *Palandt* BGB 60. Aufl. § 185 Rdnr. 7 und § 736 Rdnr. 5), oder auf einer (bindenden) Vollmacht beruht (s. aber OLG Zweibrücken und OLG Köln je a.a.O.).

Vorliegend wurde die Komplementär-GmbH bevollmächtigt, „im Namen der Gesellschaft“ (nicht der Gesellschafter) neue Kommanditisten aufzunehmen, bis ein Gesellschaftskapital von 4 Mio. Euro, mindestens aber von 3 Mio. Euro, erreicht ist (§ 3 Nr. 1 und § 8 Nr. 6 GV). Das erreichte Gesellschaftskapital soll dann unveränderliches Festkapital sein (§ 3 Nr. 4 GV). Die Neuaufnahmen sind von der vorherigen Zustimmung des Beirates abhängig (§ 8 Nr. 6 GV). Der Beirat besteht aus zunächst vier der acht Gründungskommanditisten. Er wächst bei Hinzukommen weiterer Kommanditisten auf

bis zu zehn Kommanditisten an. Die Zahl der Beiratsmitglieder bleibt jedoch stets unter der der Kommanditisten. Die Beiräte werden von der Gesellschafterversammlung gewählt (§ 16 Nr. 1 GV). Der Beirat beschließt mit einfacher Stimmenmehrheit (§ 19 Nr. 1 GV). Daraus folgt, dass ein Kommanditist, der nicht Mitglied des Beirates ist oder als solches überstimmt wird, einer Neuaufnahme nicht entgegengetreten kann. Andererseits ist die der Komplementär-GmbH zur Neuaufnahme erteilte „Vollmacht“ als Bestandteil des Gesellschaftsvertrages bindend. Dies gilt umso mehr, als sie zum Handeln für die Gesellschaft, nicht für die bei Aufnahme neuer Gesellschafter an sich berufenen Altgesellschafter (vgl. *Röhrich/von Westphalen/von Gerkan* § 105 Rdnr. 81) ermächtigt. Von dieser Bindung kann sich der Kommanditist nur durch Kündigung der Gesellschaft lösen, die zu seinem Ausscheiden führt (§ 24 Nr. 2 und 3 GV).

Daraus folgt, dass zumindest einige Kommanditisten keine Möglichkeit haben, später die Erhöhung des Gesellschaftskapitals durch Neuaufnahmen zu verhindern, auch wenn sie dies dann nicht mehr billigen sollten. Jedenfalls für diese Kommanditisten regelt der Höchstbetrag im Gesellschaftsvertrag abschließend und verbindlich, bis zu welcher Grenze die Quote ihrer Kapitalanteile gemindert und damit ihre Gewinnquote geschmälert werden darf. Am Rande sei bemerkt, dass vom Unternehmenszweck, dem Errichten und Betreiben einer Golfanlage, her die Zustimmung des Beirates weniger als Instrument zur Verhinderung von Kapitalerhöhungen bis zur im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Grenze denn als solches zur Abweisung unerwünschter Teilhaber dienen dürfte.

Somit liegt in der Regelung des Höchstbetrages des Gesellschaftskapitals eine verbindliche vertragliche Ausgestaltung der künftigen Rechtsbeziehungen der Gesellschafter, nicht nur eine bloße Absichtserklärung ohne rechtliche Bindungswirkung. Dieser Höchstbetrag ist daher für den Geschäftswert der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages maßgeblich. (...)

---

10. KostO § 21 Abs. 1 Satz 2 (*Neubestellung eines abgelaufenen Erbbaurechts*)

**Wird ein durch Zeitablauf erloschenes Erbbaurecht im Wesentlichen inhaltsgleich neu begründet, bleibt die aufgrund des alten Erbbaurechts erfolgte Bebauung des Grundstücks bei der Ermittlung des Grundstückswerts nur dann außer Betracht, wenn zur Zeit der Bebauung die Neubestellung des Erbbaurechts bereits feststand.**

BayObLG, Beschluss vom 27.7.2001 – 3Z BR 187/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligte zu 2 war Inhaberin eines am 9.1.1925 bestellten Erbbaurechts an einem 2.597 m<sup>2</sup> großen Grundstück des Freistaates Bayern. Sie hat das Grundstück in Ausübung dieses Rechts mit einem Zweifamilienhaus und Nebengebäuden bebaut. Noch bevor das Erbbaurecht, wie beabsichtigt, verlängert werden konnte, lief es am 31.12.1999 ab.

Mit vom beteiligten Notar beurkundeten Vertrag vom 29.3.2000 stellte der Grundstückseigentümer den Beteiligten (die Beteiligten zu 1 und 3 sind Ehemann und Sohn der Beteiligten zu 2) zu je 1/3 erneut ein Erbbaurecht an dem Grundstück, wobei die Beteiligten im Wesentlichen so gestellt wurden, als ob das ursprüngliche Erbbaurecht bei Erhöhung des Erbbauzinses rechtzeitig verlängert worden wäre.

Eine Entschädigung für den zwischenzeitlichen Rückfall des Eigentums an den Gebäuden wurde ausgeschlossen.

Mit (berichtigten) Kostenrechnungen vom 24.8.2000 verlangte der beteiligte Notar für die Beurkundung insgesamt 14.740,47 DM von den Beteiligten. Er legte dabei einen Geschäftswert zugrunde, den er durch Zusammenrechnung von Grundstücks- und Gebäudewert ermittelte.

Hiergegen erhoben die Beteiligten, obschon sie die Rechnungen bezahlten, Beschwerde. Sie meinen, der Gebäudewert müsse bei der Ermittlung des Geschäftswerts außer Betracht bleiben, da die Bebauung für Rechnung der Beteiligten zu 2 erfolgt ist.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

*Aus den Gründen:*

(...)

2. Die weitere Beschwerde hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO; § 550 ZPO).

a) Zwar hat das Landgericht den Grundstückseigentümer entgegen § 156 Abs. 1 Satz 2 KostO nicht gehört. Der Grundstückseigentümer ist als Vertragspartei Kostenschuldner (§ 141, § 2 Nr. 1, § 5 Abs. 1 Satz 1 KostO) und damit Beteiligter am Beschwerdeverfahren (vgl. *Korintenberg/Bengel* KostO 14. Aufl. § 156 Rdnr. 52). Eine nachträgliche Anhörung des Grundstückseigentümers erschien jedoch ausnahmsweise entbehrlich, weil die Beteiligten die Kostenrechnungen bereits bezahlt haben und daher ein Rückgriff auf den mithaftenden Grundstückseigentümer als ausgeschlossen erscheint.

b) Gegenstand der weiteren Beschwerde ist lediglich die Frage, ob § 21 Abs. 1 Satz 2 KostO anwendbar und damit der Gebäudewert bei der Bildung des Geschäftswertes nicht zu berücksichtigen ist. Darüber hinausgehende Beanstandungen enthält die weitere Beschwerde nicht (vgl. BayObLGZ 1969, 20/22). Grundlage des Verfahrens sind die berichtigten Kostenrechnungen vom 24.8.2000 (vgl. *Korintenberg/Bengel* § 156 Rdnr. 10).

c) § 21 Abs. 1 Satz 2 KostO ist der Vorschrift des § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO vergleichbar. Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. BayObLG JurBüro 1992, 339/340; BayObLGZ 2001, 6) soll diese Vorschrift eine unbillige Gebührenerhöhung vermeiden, die vorläge, wenn bei der Ermittlung des Grundstückswerts der Wert von Gebäuden berücksichtigt würde, die der Erwerber eines unbebauten Grundstücks in der Zeit zwischen der Beurkundung der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Übertragung und der späteren Eintragung in das Grundbuch, oder sogar schon vor der Beurkundung der schuldrechtlichen Verpflichtung, auf seine Rechnung errichtet oder errichten lässt. Ihre Anwendung setzt aber stets voraus, dass bereits bei Errichtung des Gebäudes die spätere Veräußerung des Grundstücks an den Erwerber feststeht, die Bebauung also eine vorweggenommene Eigentumsnutzung des Erwerbers darstellt. Nur dann steht der Umstand, dass zwischen der Errichtung des Gebäudes und der Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auf den Erwerber eine längere Zeitspanne liegt, der Anwendung der Privilegierung nicht entgegen.

d) Diese Kriterien gelten auch für die Auslegung von § 21 Abs. 1 Satz 2 KostO. Diese Vorschrift ist nahezu wortgleich mit § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO. Sie wurde gleichzeitig mit dieser Bestimmung nachträglich in die Kostenordnung eingefügt und verfolgt denselben Zweck wie diese. In

erster Linie wird von ihr die Fallgestaltung erfasst, dass der Erwerber des (künftigen) Erbbaurechts schon zu bauen beginnt, bevor der Bestellvorgang abgeschlossen ist (§ 873 Abs. 1 BGB, § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauV). Es sind jedoch auch Fallgestaltungen denkbar, bei denen die Zeitspanne zwischen Bebauung und Bestellung bzw. Entstehung des Erbbaurechts länger ist, als dies der Vorbereitung und Durchführung der notariellen Beurkundung bzw. Grundbucheintragung üblicherweise entspricht. Dann muss bei Errichtung des Gebäudes der spätere Erwerb des Erbbaurechts durch denjenigen, auf dessen Rechnung die Bebauung vorgenommen wurde, feststehen. Davon kann, wenn der Bebauer noch nicht einmal einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Begründung des Erbbaurechts hat (§ 11 Abs. 2 ErbbauV), nur gesprochen werden, wenn eindeutige objektive Anhaltspunkte gegeben sind, die bezogen auf den Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes den sicheren Schluss zulassen zum einen auf die feste Absicht des Grundstückseigentümers, dem Bebauer ein Erbbaurecht einzuräumen, zum anderen auf die feste Absicht des Bauers, vom Grundstückseigentümer ein Erbbaurecht zu erwerben (vgl. BayObLGZ 2001, 6/7).

e) Bei der Bebauung des Grundstücks durch die Beteiligte zu 2 stand nicht fest, dass sie (zusammen mit den beiden anderen Beteiligten) durch die Bestellung am 29.3.2000 und spätere Eintragung im Grundbuch erneut ein Erbbaurecht am Grundstück erwerben würde. Zwar hat das Landgericht nicht festgestellt, wann diese Bebauung erfolgt ist. Der Bewertungsbogen des Notars nennt das Baujahr 1968. Es kann jedenfalls, und nur darauf kommt es an, mit Gewissheit davon ausgegangen werden, dass die Bebauung viele Jahre vor Ablauf des alten Erbbaurechts erfolgt ist und zu diesem Zeitpunkt niemand daran dachte, dass eines damals noch fernen Tages das alte Erbbaurecht durch Zeitablauf enden und anschließend ein neues Erbbaurecht bestellt werden würde, an dem die Beteiligte zu 2 teil hat. Der Grundstückseigentümer ist mit Beendigung des alten Erbbaurechts Eigentümer auch der Gebäude geworden (§ 12, Abs. 3 ErbbauV). Er hatte die uneingeschränkte Wahlfreiheit, ob überhaupt erneut ein Erbbaurecht und gegebenenfalls wem und zu welchen Bedingungen ein solches eingeräumt werden sollte. Die Beteiligte zu 2 hatte weder eine Option auf eine Verlängerung noch ein Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts (§ 2 Nr. 6, § 31 ErbbauV). Damit stellt die Bebauung keine vorweggenommene Nutzung des am 29.3.2000 neu bestellten Erbbaurechts dar. Die Privilegierung des § 21 Abs. 1 Satz 2 KostO kommt den Beteiligten bei der Bewertung dieses neuen Erbbaurechts nicht zugute. (...)

## Öffentliches Recht

11. BGB § 313 S. 1 a. F., § 58 BauGB, §§ 56, 57 VwVfG  
(Freiwillige Umlegung)

### Zu den Grenzen zulässiger Vereinbarungen in städtebaulichen Verträgen.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BVerwG, Beschluss vom 17.6.2001 – 4 B 24/01 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

#### Zum Sachverhalt:

Die Kläger begehren von der beklagten Stadt die Rückzahlung von Geldleistungen, die sie oder ihre Rechtsvorgänger im Zusammenhang mit einer Baulanderschließung an die Beklagte erbracht haben.

Der Kläger zu 5 war Eigentümer größerer Grundstücksflächen in zentraler Stadtlage. Dabei handelte es sich um ehemalige, seit langem verfüllte Sandgruben. In einer dieser Gruben wurde 1933 der „Homo steinheimensis“\* gefunden. 1982 beschloss die Beklagte einen Bebauungsplan, der die Grundstücke des Klägers zu 5 sowie eine größere unbebaute Fläche einer Grundstückseigentümerin umfasste, die später im Wege der Erbfolge auf die Kläger zu 1 bis 4 überging. Die Beklagte führte mit dem Kläger zu 5 und der Grundstückseigentümerin zahlreiche Verhandlungen über eine freiwillige Neugestaltung der Grundstücke mit dem Ziel, den Bebauungsplan zu verwirklichen.

Nach erzielter Einigung gaben der Kläger zu 5 und die (andere) Grundstückseigentümerin mit notariellem Kaufvertrag vom April 1984 wechselseitig Flächen ihrer inzwischen neu gebildeten Baugrundstücke ab. Im Mai 1984 schloss die Beklagte mit den zuvor Genannten einen notariellen Vertrag über die unentgeltliche Abgabe von Grundstücksflächen, die für die Herstellung der öffentlichen Verkehrsflächen benötigt wurden, sowie über den Kauf einer Teilfläche für eine Grünanlage an der Stelle des Urmenschenfundes. Die Beklagte schloss mit den Vorgenannten ferner einen sog. Erschließungsvertrag, der diesen die Zahlung von Erschließungsbeiträgen (Ziffer I) und die Verpflichtung zur Leistung eines Vorteilsausgleichs für „die Schaffung von Bauland“ (Ziffer II) auferlegt. In diesem Vertrag erklären sich der Kläger zu 5 und die (andere) Grundstückseigentümerin außerdem zur Leistung eines „freiwilligen Betrages“ an die Beklagte in Höhe von 80.000 DM bereit (Ziffer III). Die vereinbarten Zahlungen wurden erbracht.

Später veräußerten die Kläger zu 1 bis 4 und der Kläger zu 5 ihre neu geschaffenen Baugrundstücke an einzelne Bauherren oder Bauträgergesellschaften. Die Grundstückskäufer übernahmen vertraglich die auf sie entfallenden Erschließungskosten. Die Beklagte stellte die Erschließungsanlagen 1992 endgültig her.

Mit ihrer 1993 erhobenen Klage begehren die Kläger die Erstattung der nach dem sog. Erschließungsvertrag von 1984 erbrachten Leistungen: Deren Ziffer I enthalte eine nichtige vertragliche Abwälzung der Erschließungskosten. Das führe zur Gesamtnichtigkeit der Vereinbarung. Auch die Verpflichtung zur Zahlung eines Vorteilsausgleichs sei nichtig. Es liege eine unzulässige Wertabschöpfung vor. Rechtsgrundlos sei auch die Leistung des Betrages von 80.000 DM gewesen.

Das Verwaltungsgericht hat der Klage der Kläger zu 1 bis 4 wegen fehlerhafter Berechnung der Erschließungskosten teilweise stattgegeben und im Übrigen ebenso wie die Klage des Klägers zu 5 abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Kläger zu 1 bis 4 in vollem Umfang und die Berufung des Klägers zu 5 bis auf einen geringen Teilbetrag zurückgewiesen, im Wesentlichen mit der folgenden Begründung: Werde unterstellt, dass die Vereinbarung über die Zahlung der Erschließungskosten nichtig sei, stelle die Rückforderung dieser Beträge jedenfalls eine unzulässige Rechtsausübung dar. Die (unterstellte) Nichtigkeit der Kostenregelung habe nicht zur Folge, dass auch die weiteren Vereinbarungen nichtig seien. Die Teilregelung über den Ausgleich des Umlegungsvorteils sei weder formnichtig noch überschreite sie die rechtlichen Grenzen einer vertraglich vereinbarten Bodenneuordnung. Auch fehle hier der Anhaltspunkt dafür, dass die Leistung des „freiwilligen Betrages“, der unstreitig dem von der Beklagten betriebenen Urmenschmuseum habe zugute kommen sollen, nichtig sei.

Mit der Beschwerde wenden die Kläger sich gegen die Nichtzulassung der Revision.

#### Aus den Gründen

Die auf die Zulassungsgründe des § 132 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 VwGO gestützte Beschwerde bleibt erfolglos. Das Beschwerdevorbringen rechtfertigt die Zulassung der Revision nicht.

\* Anm. der Schriftleitung: Der etwa 250000 Jahre alte sog. Steinheimer Schädel wurde 1933 von Fritz Berckheimer bei Steinheim an der Murr geborgen. Lange Zeit galt der „Homo steinheimensis“ als Vorfahr des modernen Menschen. Spätere Funde zeigten jedoch, dass er zusammen mit anderen Vor-Neandertalern aus Griechenland (Petralona), Frankreich (Arago) und England (Swanscombe) zur Vorfahrenlinie der Neandertaler gehört.



1. Die zum Anspruch auf Erstattung gezahlter Erschließungskosten erhobenen Rügen greifen nicht durch. (...)

2. Die zur Vereinbarung des Vorteilsausgleichs erhobenen Rügen bleiben ebenfalls erfolglos.

(...)

2.3 Die Beschwerde wirft die folgenden Rechtsfragen auf:

Bedarf eine Vereinbarung über eine freiwillige Umlegung, die den Umlegungsplan der gesetzlichen Umlegung ersetzt, im Hinblick auf die Neuordnung der Grundstücke und der damit notwendig verbundenen Verpflichtungen zur gegenseitigen Übertragung von Grundstücken der notariellen Beurkundung gemäß § 313 BGB?

Ist dies auch dann der Fall, wenn die Vereinbarung lediglich Teilgegenstände des Umlegungsplans – z. B. über einen Geldersatz für einen gemäß § 58 BauGB zu leistenden Flächenbeitrag – betrifft?

Ist es im Hinblick auf das Schriftformerfordernis des § 57 LVwVfG zulässig, die Einigung über die Neuordnung der Grundstücke als Bestandteil einer freiwilligen Umlegungsvereinbarung in „Teilabsprachen“ aufzuspalten, die teils in privatrechtlichen Tauschverträgen der betroffenen Eigentümer vollzogen wird, teilweise – hinsichtlich des Flächenbeitrags nach § 58 BauGB – ohne Beachtung der notariellen Form (§ 313 BGB) erfolgt oder verlangt das sich aus § 57 LVwVfG ergebende Erfordernis der sog. Urkundeneinheit die Annahme einer einheitlichen – notariell formbedürftigen – (Gesamt-)Umlegungsvereinbarung?

Die erste Frage ist nicht in einem Revisionsverfahren klärungsbedürftig. Ihre (positive) Beantwortung ergibt sich bereits aus § 313 Satz 1 BGB, nach dem ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung bedarf. Die zweite Frage beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls und ist hinsichtlich der Vereinbarung eines Geldbeitrages, der an die Stelle eines Flächenbeitrags treten soll (vgl. § 58 Abs. 1 Satz 3 BauGB), ohne weiteres zu verneinen. Der Geldbeitrag ist kein Flächenbeitrag, sondern ersetzt ihn ganz oder teilweise. Auf den Geldbeitrag, der zum Ausgleich der durch die Umlegung erwachsenen Vorteile anstelle eines Flächenbeitrags geleistet wird, findet die für Grundstücksgeschäfte geltende Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB keine Anwendung. Das gilt auch für den in der dritten Frage angesprochenen (und hier vorliegenden) Fall, dass sich die Neuordnung der Grundstücke in mehreren zeitlich zusammenhängenden Teilschritten vollzieht, die aus dem notariell beglaubigten Abschluss eines Vertrages über die wechselseitige Abgabe (Tausch) von Grundstücksflächen im Verhältnis zwischen den betroffenen Grundeigentümern und einem weiteren Vertrag über die Abgabe der für öffentliche Verkehrsflächen benötigten Grundstücksteile bestehen und durch die Vereinbarung eines Vorteilsausgleichs in Gestalt eines Geldbeitrages nach § 58 Abs. 1 Satz 3 BauGB ergänzt werden. Aus dem Erfordernis der Schriftform in § 57 VwVfG ergibt sich nicht, dass die einzelnen Verträge, die der Neuordnung der Grundstücke dienen, in einer einheitlichen, notariell formbedürftigen Umlegungsvereinbarung zusammengefasst werden müssen.

2.4 Das Berufungsgericht legt auf S. 14 seines Urteils näher dar, dass im Streitfall die Einigung über die Neuordnung der Grundstücke nach zahlreichen Besprechungen und Verhandlungen ohne Abschluss eines förmlichen Umlegungsvertrages, sondern in den zwei bereits genannten privatrechtlichen und notariell beglaubigten Verträgen sowie in der umstrittenen Vereinbarung vom 11.5.1984 erfolgt („vollzogen“ wor-

den) sei. Soweit die Beschwerde daran anknüpfend die Annahme des Berufungsgerichts, die Formerfordernisse des § 57 LVwVfG und des § 313 Satz 1 BGB seien eingehalten, als Verstoß gegen die Denkgesetze rügt, ist das Beschwerdevorbringen nicht nachvollziehbar.

2.5 Die Beschwerde wirft weiterhin die Frage auf, ob eine freiwillige Umlegung – trotz ihres relativ breiten Gestaltungsspielraums – auch über Teilgegenstände eines Umlegungsplans, insbesondere isoliert über einen Flächenbeitrag in Form eines Geldbeitrages zulässig ist.

Auch diese Frage führt nicht zu einem revisionsgerichtlichen Klärungsbedarf. Das Bundesverwaltungsgericht hat wiederholt vertragliche Regelungen als rechtens gebilligt, die unter dem Ausdruck des „freiwilligen Umlegungsverfahrens“ zusammengefasst werden (vgl. z. B. BVerwG, Urteil vom 6.7.1984 – BVerwG 4 C 24.80 – NJW 1985, 989: Vertrag zwischen Gemeinde und Grundstückseigentümern über die Durchführung einer „freiwilligen Baulandumlegung“; Beschluss vom 13.12.1994 – BVerwG 4 B 216.94 – = *Buchholz* 316 § 59 VwVfG Nr. 11: Vertrag zwischen Gemeinde und einem Grundstückseigentümer über einen unentgeltlichen Flächenabzug für die Herstellung der Verkehrsflächen und einen Flächenbeitrag als Ausgleich für spätere Umlegungsvorteile). Das Umlegungsrecht der §§ 45 ff. BauGB steht dem nicht entgegen. Es ist elastisch genug, um für besondere Vereinbarungen Raum zu lassen. Das gilt auch für einvernehmliche Regelungen solcher Art, die einseitig im Umlegungsplan nicht getroffen werden könnten. Hinter der weitgehenden Offenheit des Umlegungsrechts für einvernehmliche Regelungen mit den betroffenen Eigentümern steht das gesetzgeberische Ziel, mit dem Abschluss einer freiwilligen Baulandumlegung möglichst eine abschließende Bereinigung der Grundstücksverhältnisse mit dem Ziel zu erreichen, die Voraussetzungen für die Realisierung eines Bebauungsplans ohne förmliches Umlegungsverfahren zu schaffen. Grenzen für Vereinbarungen in der „freiwilligen Umlegung“ ergeben sich allerdings aus den in § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG normierten Rechtsgrundsätzen, dass die Gemeinde sich nicht Gegenleistungen einräumen lassen darf, die den gesamten Umständen nach unangemessen sind oder mit der vertraglichen Leistung der Gemeinde in keinem sachlichen Zusammenhang stehen.

Die Offenheit des Umlegungsrechts besteht auch gegenüber einer einvernehmlichen Neuordnung der Grundstücksverhältnisse, die sich wie hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aus mehreren privatrechtlichen Verträgen (Grundstückstausch, Abgabe von Verkehrsflächen an die Gemeinde) und einem verwaltungsrechtlichen Vertrag zusammensetzt, der neben der Übernahme von Erschließungskosten die umlegungsbegünstigten Grundstückseigentümer zur Leistung eines Vorteilsausgleichs in Form eines Geldbeitrages nach § 58 Abs. 1 Satz 3 BauGB verpflichtet. Entgegen der Beschwerde schließt der Umstand, dass ein zum Ausgleich der Umlegungsvorteile zu erbringender Flächenbeitrag nach § 58 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BauGB unter Anrechnung des Flächenabzugs nach § 55 Abs. 2 BauGB zu bestimmen ist, die Vereinbarung eines Geldbeitrages anstelle des – den Flächenabzug übersteigenden – Flächenbeitrags nicht aus. Ein derartiger Vorteilsausgleich kann sich insbesondere dann als zweckmäßig oder gar erforderlich erweisen, wenn Flächen, die nach dem gesetzlichen Umlegungsrecht eigentlich als Flächenbeitrag der Gemeinde zuzuteilen wären, z. B. im Hinblick auf die Festsetzungen des Bebauungsplans ganz oder teilweise den Eigentümern verbleiben und diese anstelle des Flächenbeitrags einen Geldbeitrag an die Gemeinde leisten sollen.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich ferner, dass Gemeinde und Eigentümer im Rahmen einer „freiwilligen Umlegung“ bei der Bemessung eines von den Eigentümern zu zahlenden Geldbeitrags, der an die Stelle eines Flächenbeitrags treten soll, nicht strikt an die für das gesetzliche Umlegungsverfahren in § 58 Abs. 1 Satz 2 BauGB genannten Bemessungsgrenzen gebunden sind. Auch insoweit kann ein städtebaulicher Vertrag die gesetzliche Ordnung des Umlegungsrechts verdrängen. Der Vertrag zwischen Eigentümer und Gemeinde darf bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise allerdings nicht zu einer übermäßigen Belastung des Eigentümers führen. Die Gemeinde darf sich nicht einen den Umständen nach unangemessen hohen Vorteilsausgleich versprechen lassen (vgl. § 11 Abs. 2 BauGB, § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG). Die in § 58 Abs. 1 BauGB vorgegebene Größenordnung für die Bemessung des Flächenbeitrags kann durchaus als Richtschnur herangezogen werden. Ob die Grenze der Angemessenheit überschritten wird, beurteilt sich jedoch nach den Umständen des Einzelfalls. Die von der Beschwerde aufgeworfene Frage, ob die Grenzen für die Bemessung des Flächenbeitrags in § 58 Abs. 1 Satz 2 BauGB im Rahmen einer freiwilligen Umlegung überschritten werden dürfen, ist daher zu bejahen und rechtfertigt die Zulassung der Revision ebenfalls nicht. (...)

3. Schließlich bleiben auch die Rügen erfolglos, die die Beschwerde zu den Gründen des Berufungsurteils erhebt, die sich mit der „Leistung eines freiwilligen Betrages“ der Grundstückseigentümer an die beklagte Stadt in Höhe von 80.000 DM befassen.

3.1 Die als grundsätzlich bedeutsam aufgeworfene Frage, ob die „Zahlung einer Spende zulässiger Gegenstand einer städtebaulichen Vereinbarung sein kann“, ist in dieser Allgemeinheit in einem Revisionsverfahren nicht klärungsfähig. Es ist eine im Wege der Vertragsauslegung im Einzelfall zu lösende Rechtsfrage, ob sich ein städtebaulicher Vertrag über die in § 11 Abs. 1 und 2 BauGB sowie in § 56 Abs. 1 Satz 2 und § 59 VwVfG (des Bundes und der Länder) genannten rechtlichen Schranken hinwegsetzt. Ob eine von den Vertragsparteien vereinbarte „Spende“ an die Gemeinde z. B. das Kopplungsverbot (§ 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) oder ein gesetzliches Verbot verletzt, das sich aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt (§ 59 Abs. 1 VwVfG), hängt insbesondere vom Zweck der Geldleistung und dem vertraglichen Zusammenhang ab, in dem sie steht. Im Streitfall sollte die „freiwillige Spende“ nach den unstreitigen Feststellungen des Berufungsgerichts dem von der Beklagten betriebenen Urmenschmuseum zugute kommen. Aus einem Einzelfall wie diesem lassen sich keine verallgemeinerungsfähigen Schlussfolgerungen ziehen.

3.2 Die Beschwerde rügt schließlich erfolglos, die Annahme des Berufungsgerichts, die Vertragspartner hätten sich in Ziffer III der umstrittenen Vereinbarung „verpflichtet, unabhängig von einer Gegenleistung der Beklagten die dort vereinbarten Geldbeträge zukommen zu lassen“, sei eine aktenwidrige Feststellung und verletze § 108 Abs. 1 VwGO. Die vorstehend wiedergegebene Formulierung der Urteilsgründe (Urteilsabschrift S. 18) bringt das Ergebnis einer rechtlichen Würdigung des schriftlichen Vertragsinhalts und damit ein Auslegungsergebnis zum Ausdruck, das anders als eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung nicht aktenwidrig sein kann. Die Rüge aktenwidriger Feststellungen setzt einen ohne weitere Beweiserhebung offensichtlichen Widerspruch zum Akteninhalt voraus und zielt auf eine fehlerhafte Ermittlung des entscheidungserheblichen Tatsachenstoffs. Die rechtliche Würdigung

eines Vertragstextes mit den Mitteln der Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB i.V.m. § 62 Satz 2 VwVfG) scheidet daher von vornherein als Gegenstand einer Rüge aktenwidriger (Tatsachen-)Feststellungen aus.

Im Übrigen trifft die Auslegung des Vertragstextes durch das Berufungsgericht zu: In dem genannten Teil der Vereinbarung (Ziffer III) haben sich die Vertragspartner der beklagten Stadt in der Tat zur Leistung eines „freiwilligen Betrages“ verpflichtet, ohne diese Leistung vertraglich von einer Gegenleistung der Beklagten abhängig zu machen. Diese Vertragsgestaltung schließt nicht aus, dass die „freiwillige Leistung“ gleichwohl in einem inneren Zusammenhang mit einer Leistung der Beklagten steht, auf deren Erbringung zwar kein Rechtsanspruch besteht, deren Erfüllung aber gleichwohl Bedingung bzw. Geschäftsgrundlage für die (allein) vertraglich vereinbarte Leistung der Vertragspartner (Grundeigentümer) ist. Auf einen derartigen Zusammenhang verweist die Beschwerde, indem sie vorbringt, die „freiwillige Leistung“ für das Urmenschmuseum sei eine Gegenleistung für die Herstellung einer Grünanlage an der Fundstelle des Urmenschen. Der Beschwerde ist einzuräumen, dass sich das Berufungsgericht mit diesem funktionalen Zusammenhang nicht auseinandergesetzt hat. Es hat lediglich ausgeführt, es fehle jeder Anhaltspunkt für die Annahme, die freiwillige Verpflichtung, der Beklagten für das Urmenschmuseum eine unentgeltliche Zuwendung zu gewähren, sei nichtig; Hinweise, die eine solche Annahme rechtfertigen könnten, enthielten weder der Gesamtvortrag der Kläger noch der Inhalt der Akten. Diese Ausführungen enthalten jedoch ebenfalls keine Tatsachenfeststellung, die mit der Rüge einer aktenwidrigen Feststellung angegriffen werden könnte, sondern eine rechtliche Würdigung der „freiwilligen Leistung“ am Maßstab des § 59 VwVfG. Die Beschwerde legt im Übrigen auch nicht dar, dass der von ihr hergestellte innere Zusammenhang wechselseitiger Leistungen eine vom Gesetzgeber in § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG missbilligte Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung darstellt. (...)

#### Anmerkung:

Das Bundesverwaltungsgericht hatte kurz nach seiner Entscheidung vom 16.5.2000 (MittBayNot 2000, 474 (LS) = ZfIR 2000, 720 = DNotZ 2000, 760) nochmals Gelegenheit, sich mit den Grenzen zulässiger Vereinbarungen in städtebaulichen Verträgen zu befassen.

1. Nachdem das Bundesverfassungsgericht (ZfIR 2001, 768 sowie hierzu *Uechritz*, ZfIR 2001, 722 ff.) die Zulässigkeit der amtlichen Umlegung bejaht, aber gleichzeitig den Vorrang freiwilliger Vereinbarungen bestätigt hat, stellt sich die Frage, inwieweit freiwillige Vereinbarungen von dem Kernstück des Umlegungsverfahrens (*Stier*, in: *Hoppenberg* [Hrsg.], Handbuch des öffentlichen Baurechts, B Rdnr. 883), der Verteilungsregelung der §§ 55–65 BauGB abweichen dürfen. Ziel dieser Vorschriften ist es, einen für die künftige Verwertbarkeit der Grundstücke zweckmäßigen Zuschnitt zu erreichen und zugleich durch eine interne Verteilungsregelung einen sachgerechten Ausgleich zwischen den Beteiligten sicherzustellen. Hierzu werden die im Umlegungsgebiet gelegenen Grundstücke nach ihrer Fläche rechnerisch zu einer Masse vereinigt. Aus dieser Umlegungsmasse sind vorweg bestimmte, für öffentliche Zwecke benötigte Flächen auszuscheiden; sie werden regelmäßig der Gemeinde zugeteilt. Die verbleibende Masse ist die Verteilungsmasse. Für sonstige Flächen, die aus-

geschieden werden, muss geeignetes Ersatzland in die Verteilungsmasse eingebracht werden. Für die Verteilung der privat nutzbaren Flächen stehen die Verteilungsmaßstäbe der Wertumlegung (§ 57 BauGB) und der Flächenumlegung (§ 58 BauGB) zur Verfügung. Mit Einverständnis aller Beteiligten kann auch ein anderer Verteilungsmaßstab gewählt werden (§ 56 Abs. 2 BauGB). Beide Verfahren gehen von einem Anspruch jedes beteiligten Eigentümers (Sollanspruch) auf Zuteilung einer bestimmten Fläche (Sollzuteilung) aus. Bei der Wertumlegung ist gegebenenfalls ein Geldausgleich zu leisten. Bei der Flächenumlegung ist von dem Zuteilungsanspruch der in Fläche zu erbringende Vorteilsausgleich abzuziehen (§ 58 BauGB). Bei der Zuteilung von Grundstücken können die Umlegungsstelle sowie der Umlegungsausschuss auf Antrag der Gemeinde zugleich Bau-, Modernisierungs-, Instandsetzungs- oder Pflanzgebote anordnen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür gegeben sind (vgl. § 68 Abs. 1 Nr. 7 BauGB). Auch im Rahmen einer freiwilligen Umlegung können über die Umlegungsmaßnahmen hinaus weitere zulässige städtebauliche Vertragsinhalte vereinbart werden (vgl. VGH Mannheim, BauR 2001, 612).

2. § 11 Abs. 3 BauGB sieht ebenso wie § 57 VwVfG für diesbezügliche Vereinbarungen das Schriftformerfordernis vor, soweit nicht durch Rechtsvorschriften eine andere Form vorgeschrieben ist. Letzteres ist der Fall, wenn eine Verpflichtung zum Erwerb oder zur Veräußerung eines Grundstücks Gegenstand der Vereinbarung ist. Umstritten ist, inwieweit „zusammengesetzte“ Verträge insgesamt der notariellen Beurkundung bedürfen (vgl. dazu nunmehr *Keim*, DNotZ 2001, 827 ff.). Es handelt sich um den bekannten Streit, ob an und für sich nicht beurkundungsbedürftige Geschäfte, die in einem Regelungszusammenhang mit beurkundungsbedürftigen Geschäften stehen, nicht insgesamt formbedürftig werden. Betroffen ist nicht nur das öffentliche Recht, sondern auch das Zivilrecht. Die Beurkundungsbedürftigkeit wurde gerade auch von Notaren entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung verneint (so *Kanzleiter*, NJW 1997, 217 u. *Grone-meyer*, in: rws-Forum Immobilienrecht 2000, 2001, S. 75 f. gegen den Widerspruch von *Thode*; s. zum Ganzen auch *Wochner*, ebenda, S. 55 ff.). Bei (meist nur vorgeschobenen) „Kostenargumenten“ wird häufig übersehen, dass § 144 KostO für diesbezügliche Verträge eine weitgehende Kostenermäßigungsvorschrift vorsieht (vgl. dazu *Tiedtke*, Notarkosten im Grundstücksrecht, Rdnr. 836). Die Entscheidung lässt scheinbar eine Aufspaltung in schriftliche und notariell beurkundete Verträge zu. Allerdings darf dies nicht missverstanden werden (ähnlich *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl., § 6 Rdnr. 24; vgl. auch *Krautzberger*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 184). Auch im Zivilrecht (vgl. *Staudinger/Wufka*, BGB, 13. Bearb. 2001, § 313 Rdnr. 172 ff.) sind einzelne Verträge, die zu einem Gesamtkonzept gehören, bei denen sich aber der Wille der Beteiligten nicht auf ein einheitliches Vertragswerk erstreckt, nicht insgesamt beurkundungspflichtig. Dies gilt insbesondere dann, wenn entsprechend dem Ablauf der amtlichen Umlegung die freiwillige Umlegung in mehreren Schritten vorgenommen wird und nicht von vornherein ein Beteiligter die verbindliche Festlegung des Gesamtkonzeptes wünscht. Allerdings wird es den Grundstückseigentümern in den meisten Fällen auf die Übertragung bestimmter Bauplätze als Ergebnis der Umlegung ankommen.

3. Die Frage, ob Gemeinden das freiwillige Umlegungsverfahren dazu benützen können, sich in diesem Verfahren

besondere Vorteile zuwenden zu lassen, insbesondere eine höhere als die gesetzliche Landabgabe zu fordern, hat sich zum Kernproblem der Umlegungsmodelle entwickelt (ebenso *Dieterich*, Baulandumlegung, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 496 a.). Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu in seinem Urteil vom 6.7.1984 (NJW 1985, 989) entschieden, dass ein Vertrag über eine „freiwillige Umlegung“ nicht deshalb nichtig ist, weil die Beteiligten neben einem Flächenabzug eine Geldleistung der Eigentümer zur Deckung von Umlegungskosten vereinbart haben. Diese Entscheidung wird nochmals bestätigt. Die Gemeinde darf sich danach als Vorteilsausgleich allerdings nicht einen den Umständen nach unangemessen hohen Geldbetrag versprechen lassen. Insbesondere darf das freiwillige Umlegungsverfahren nicht zur „Planungsgewinnabschöpfung“ verwendet werden. Zulässig ist es allerdings, wenn die Gemeinde z. B. zur Deckung des dringenden Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen mehr Flächen erhält, als es ihrem Zuteilungsmaßstab entspricht und hierfür einen angemessenen Ausgleich in Geld oder durch Ersatzflächen leistet. Dieser Geld- oder Flächenausgleich kann dabei zum „limitierten“ Preis, der dem Verkehrswert für derart zweckgebundene Grundstücke entspricht, erfolgen. Weitergehende „freiwillige Zuwendungen“ unterliegen dem Koppelungsverbot, sofern sie nicht ausnahmsweise durch eine andere Aufgabenerfüllung gerechtfertigt sind. Das freiwillige Umlegungsverfahren darf weiterhin nicht zu einem Planungshandel mit dem Inhalt „Planung gegen Zahlung“ verwendet werden. Die Planungsleistung der Gemeinde ist nicht Gegengeschäft für Grundabtretungen (a.A. *Leisner*, NVwZ 1993, 935/938 u. *Bleutge*, MittBayNot 1996, 49). Dies entspricht auch der Rechtsprechung der Zivilgerichte (vgl. nur BGH, MittBayNot 1999, 96 = ZfIR 1998, 726 = DNotZ 1999, 398). Hierzu wird häufig übersehen, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Angemessenheit der Leistung der Gemeinde das Zustandekommen des Vertrags ist. Erfolgt der Vertragsabschluss durch Angebot und Annahme, so muss die Zahlung der Gemeinde noch im Zeitpunkt der Annahme dem Verkehrswert der Grundstücke entsprechen. Dies hat das OLG München in einem in seiner praktischen Auswirkung für den Grundstücksverkehr bisher wenig beachteten Urteil (MittBayNot 1999, 586 = NotBZ 1999, 977 = ZfIR 2000, 389) entschieden. Diese Entscheidung ist, was bisher nicht veröffentlicht wurde, zwischenzeitlich rechtskräftig. Deshalb sind die üblichen Angebotsmodelle, wonach Grundstückseigentümer der Gemeinde den Erwerb von bestimmten Grundstücken zu einem Bauerwartungslandpreis unterer Stufe anbieten und die Gemeinde dieses Angebot erst nach Durchführung der Bauleitplanung annimmt, höchst problematisch. Die Gemeinde muss diese Angebote bereits zu dem Zeitpunkt annehmen, in dem die Bauleitplanung einen Stand erreicht hat, der dem des Angebotspreises entspricht (ausführlich *Grziwotz*, NotBZ 1999, 148 ff.).

4. Unangemessen im Sinne der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts sind freiwillige Umlegungen stets dann, wenn mit Mehrleistungen gegenüber dem gesetzlichen Modell nicht städtebauliche Zwecke verfolgt werden. Insbesondere ist es unzutreffend, dass im Rahmen der privatrechtlichen Neuordnung der Grundstücksverhältnisse „Vertragsfreiheit“ herrscht (so aber *Dieterich*, a.a.O. Rdnr. 496). Auch der häufig zitierte Beschluss des BGH vom 26.4.1999 – II ZR 9/99 – (nicht veröffentlicht) kann hierzu nicht als Beleg dienen (so aber *Dieterich*, a.a.O.). Diese Entscheidung betraf nur einen Fall, in dem eine Gemeinde die Aufstellung eines Be-

bauungsplans von der Flächenabtretung von 37,5 % zu einem limitierten Preis für Einheimische vom Eigentümer gefordert hatte. Es handelt sich somit nicht um eine Zuwendung für die Planungsleistung der Gemeinde, die durch die Vertragsfreiheit gerechtfertigt worden wäre.

5. In der bekannten Auseinandersetzung zwischen *Otto Mayer* und *Paul Laband* über die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages (vgl. *Mayer*, AÖR 3, [1888], 3 ff. u. *Laband*, AÖR 2 [1887], 149) hat *Otto Mayer* die Ansicht vertreten, dass im „großen Gewaltverhältnis“ zwischen Staat und Bürger die „bloße Einwilligung des Untertanen in die Einwirkung auf ihn“ kein Vertrag sein könne. Vertrag sei nicht, wenn der eine Rechtswirkung erzeuge und der andere sich das gefallen lasse, sondern nur, wenn beide zusammen Rechtswirkungen schaffen würden. Diese Lehre klingt höchst modern. Die aktuelle Diskussion darüber, ob in städtebaulichen Verträgen der Grundsatz der Vertragsfreiheit gelte und die Beteiligten privatautonom vereinbaren könnten, was sie als angemessen ansehen, mutet demgegenüber anachronistisch an. Der Staat, zu dem als mittelbare Staatsverwaltung auch die Gemeinden gehören, unterliegt nach dem Grundgesetz einer Gesetzesbindung. Amtsträgern ist es sogar strafrechtlich untersagt, gesetzeswidrige Vorteile auch zu Gunsten eines Dritten entgegenzunehmen (ausführlich dazu *Grziwotz*, BauR 2000, 1437 ff. u. BauR 2001, 1530 ff.). Nahezu paradox wird die Diskussion, wenn es im Bereich des Privatrechts Aufgabe des Rechts sein soll, vertragliche Abreden daraufhin zu überprüfen, ob sie Ausdruck der Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner sind, um durch diese richterliche Inhaltskontrolle zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt (so insbes. BVerfG, MittBayNot 2001, 207 = DNotZ 2001, 222 = MDR 2001, 392 u. BVerfG, MittBayNot 2001, 485 = NotBZ 2001, 140 = DNotZ 2001, 708). Demgegenüber wird im Verhältnis zwischen dem Staat, der gerade nicht Grundrechtsträger ist, und dem Bürger, dessen Grundrechte vom Staat zu respektieren sind, der Grundsatz *volenti non fit iniuria* propagiert. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat in einem oberpfälzischen Fall die von einer Grundstückseigentümersin anlässlich der Aufstellung einer Außenbereichssatzung versprochene Zahlung für Spielplatzgeräte als rechtswidrig angesehen. Es hat ausdrücklich betont, der Grundsatz von Treu und Glauben könne einer Rückforderung des Bürgers nicht entgegenstehen, da andernfalls rechtswidriges Handeln der öffentlichen Hand sanktionslos bliebe (BVerwG, MittBayNot 2000, 474 = ZfR 2000, 720 = DNotZ 2000, 760).

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

12. §§ 3 BauGB-MaßnG, 28 BauGB, 117 Abs. 1, 504 BGB  
(*Kein öffentlich-rechtliches Vorkaufsrecht bei Scheingeschäft*)

**Ist der notarielle Grundstückskaufvertrag als Scheingeschäft nichtig, so liegen die Voraussetzungen für die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts (Vorkaufsfall) nicht vor.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Das Urteil ist rechtskräftig.

VG Ansbach, Urteil vom 25.9.2000 – AN 18 K 98.01234 –, mitgeteilt von Notarassessor *Dr. Jörn Heinemann*, Uttenreuth

*Zum Sachverhalt:*

Mit notariellem Kaufvertrag vom 4.7.1997 verkauften die Kläger als Eigentümer das Grundstück Fl.-Nr. x und 1/2 Miteigentumsanteil an dem Grundstück Fl.-Nr. y an den Zeugen z zu einem Kaufpreis von x DM. Der notarielle Kaufvertrag enthält unter Ziff. X den Hinweis auf die Bestimmungen des § 313 BGB.

Mit Schreiben vom 7.7.1997 zeigte der beurkundende Notar der Beklagten den Abschluss dieses Kaufvertrages an und bat um Überprüfung, ob hinsichtlich des Vertragsobjekts der Beklagten ein Vorkaufsrecht zustehe. Mit Schreiben vom 23.7.1997 bat die Beklagte den beurkundenden Notar um Vorlage der vollständigen Urkunde. Eine Abschrift dieser Urkunde ging bei dem Beklagten am 28.7.1997 ein.

Am 5.8.1997 beschloss der Ferienausschuss des Beklagten, das ihm nach § 3 Abs. 3 BauGB-MaßnG zustehende Vorkaufsrecht am Grundstück Fl.-Nr. x und an dem 1/2 Miteigentumsanteil am Grundstück Fl.-Nr. y, Gemarkung z, zu dem im Kaufvertrag vom 4.7.1997 vereinbarten Kaufpreis in Höhe von x DM auszuüben. Gleichzeitig wurde die Verwaltung beauftragt, zur Abwendung dieses Vorkaufsrechts mit dem Käufer Verhandlungen zu einem Erwerb des Grundstücks zu führen.

Mit Schreiben vom 18.8.1997 stellten die Kläger als Verkäufer und der Zeuge x als Käufer zur Vorlage in der nächsten Sitzung des Ferienausschusses bei der Beklagten den Antrag, von der Ausübung des Vorkaufsrechts Abstand zu nehmen und den Beschluss des Ferienausschusses vom 5.8.1997 aufzuheben und trugen im Wesentlichen Folgendes vor: Der notarielle Kaufvertrag sei im Vertrauen auf das Wort des Bürgermeisters geschlossen worden, dass einer Übertragung des Grundbesitzes aus Gemeindegeld keine Hinderungsgründe entgegenstünden. Seit über 10 Jahren bestehe zwischen den Klägern und der Familie des Zeugen x ein Handschlagvertrag, wonach der Grundbesitz im Veräußerungsfall nur an die Familie des Zeugen x verkauft werde. In Anbetracht der beabsichtigten Ausübung des Vorkaufsrechts sähen die Vertragsparteien von einer Übertragung des Grundbesitzes ab und nähmen Abstand von dem notariellen Kaufvertrag vom 4.7.1997 und seien sich einig, dass der Grundbesitz in diesem Falle Familienbesitz der Kläger und deren Nachkommen bleiben solle. Einer zur gegebenen Zeit möglichen Einbringung des Grundbesitzes in ein gemeindliches Wohnbaulandprojekt würden sich die Kläger keinesfalls verschließen. Ergänzend werde darauf hingewiesen, dass der zugrunde liegende notarielle Kaufvertrag vom 4.7.1997 nichtig sei.

In seiner Sitzung lehnte es der Ferienausschuss des Beklagten ab, von der Ausübung des Vorkaufsrechts Abstand zu nehmen.

Lt. Aktenvermerk wurde dies dem Kläger zu 1) telefonisch mitgeteilt.

Bei einer Vorsprache bei dem Beklagten erklärte der Kläger zu 1), dass weder die Verkäufer noch der Käufer ein Interesse an einem Vertrag zur Abwendung des Vorkaufsrechts hätten.

Mit Bescheid vom 24.9.1997 übte der Beklagte das Vorkaufsrecht aus.

Mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten ließen die Kläger Widerspruch einlegen und diesen im Wesentlichen wie folgt begründen: Die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Entstehen des Vorkaufsrechts nach § 3 Abs. 1 BauGB-MaßnG lägen nicht vor. Der zwischen den Vertragsparteien geschlossene Kaufvertrag vom 4.7.1997 sei unwirksam. Die dortigen Vertragsparteien hätten einen niedrigeren als den gewollten Kaufpreis beurkunden lassen. Zwischen den Vertragsparteien sei ein Kaufpreis in Höhe von y DM vereinbart worden. Dies ergebe sich aus dem privatschriftlichen Kaufvertrag der Parteien vom 7.7.1997. In rechtlicher Hinsicht sei festzustellen, dass sowohl der notarielle Kaufvertrag vom 4.7.1997 gem. § 117 Abs. 1 BGB als auch der privatschriftliche Kaufvertrag vom 7.7.1997 wegen Formmangels gem. §§ 125, 313 BGB nichtig seien. Auf das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen hätten die Beteiligten u.a. bereits im Schreiben vom 18.8.1997 ausdrücklich hingewiesen. Damit stehe in rechtlicher Hinsicht fest, dass mangels Vorliegens eines wirksamen Kaufvertrages das Vorkaufsrecht für den Beklagten nicht zur Entstehung gelangt sei.

Mit Widerspruchsbescheid vom 22.6.1998 wies das Landratsamt den Widerspruch der Kläger zurück.

Hiergegen richtet sich die Klage mit Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig.

(...)

Die Klage ist auch begründet, da die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts durch den Bescheid vom 24.9.1997 rechtswidrig ist und die Kläger in ihren Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Der Bescheid des Beklagten vom 24.9.1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 22.6.1998 ist rechtswidrig, da die Voraussetzungen für die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts gemäß §§ 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BauGB-MaßnG i.V.m. § 28 Abs. 2 Satz 2 BauGB i.V.m. § 504 BGB nicht vorliegen.

§ 3 BauGB-MaßnG findet zwar auf den vorliegenden Sachverhalt gemäß § 12 Abs. 3 BauGB-MaßnG und § 234 Abs. 1 BauGB in der Fassung der Bekanntmachung vom 27.8.1997, BGBl. 1 S. 2941) Anwendung; allerdings liegt kein den Vorkaufsfall auslösender rechtswirksamer Kaufvertrag über die streitgegenständlichen Grundstücke vor, was auch Voraussetzung für die Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts ist.

Zwar haben die Kläger mit notariellem Kaufvertrag vom 4.7.1997 die streitgegenständlichen Grundstücke an den Zeugen x verkauft. Dieser Kaufvertrag ist jedoch gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig, da er nur zum Schein abgeschlossen wurde. Die Kaufvertragsparteien haben absichtlich einen niedrigeren Kaufpreis beurkunden lassen, um Grunderwerbssteuer und Notargebühren zu sparen. In Wirklichkeit hatten die Kaufvertragsparteien mündlich, vor Abschluss des notariellen Kaufvertrags vereinbart, die Grundstücke zu einem Kaufpreis von y DM statt, wie beurkundet, x DM zu verkaufen.

(...)

An der Nichtigkeit des notariellen Kaufvertrags gemäß § 117 Abs. 1 BGB ändert – entgegen der Auffassung des Beklagten – auch der in der notariellen Urkunde enthaltene Hinweis des Notars „nicht beurkundete Abreden gelten nicht!“ nichts. Zunächst handelt es sich bei dem Hinweis lediglich um die Wiedergabe der Rechtsfolge des § 313 Satz 1 BGB durch den Notar, um so seiner Aufklärungspflicht gemäß § 17 BeurkG zu genügen. Dieser Hinweis kann nicht etwa in eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung der Parteien umgedeutet werden, den vorher verabredeten Schwarzkauf aufzuheben. Wäre diese Ansicht zutreffend, so wäre faktisch jeder Schwarzkauf durch den stets enthaltenen Hinweis des Notars „geheilt“. Vielmehr folgt aus diesem Hinweis, dass die Parteien bewusst und in Kenntnis der Rechtsfolge den zu niedrigen Kaufpreis als tatsächlich gewollt beurkunden haben lassen (*Pallandt/Heinrichs*, § 313 Rdnr. 36).

(...)

Es ist auch keine Rechtsgrundlage ersichtlich, aufgrund derer das nichtige Scheingeschäft als gültig und damit den Vorkaufsfall auslösend fingiert werden könnte. In der Literatur werden zwar unterschiedliche Lösungsmodelle vorgeschlagen, den Vorkaufsfall – trotz Nichtigkeit des Scheingeschäfts – als eingetreten zu behandeln, die aber allesamt nicht überzeugen können (so bereits *Ebert*, NJW 1956, 621, 624). Teilweise wird eine analoge Anwendung von § 4 Abs. 3 Reichssiedlungsgesetz (i.d.F. der Bekanntmachung vom 2.8.1961, BGBl. 1 S. 1098) auf alle Vorkaufsrechte befürwortet (*Staudinger/Mayer/Maly*, 12. Auflage, § 504 Rdnr. 24; *Staudinger/Mader*, 13. Auflage, § 504 Rdnr. 25). § 4 Abs. 3 Reichssied-

lungsgesetz ist jedoch eine Sondervorschrift, die nicht verallgemeinerungsfähig ist (*Wandel*, BWNotZ 1985, 55, 59; *Sörgel/Huber*, 12. Auflage, § 504 Rdnr. 25). Im Übrigen liegt auch keine ausfüllungsbedürftige, planwidrige Gesetzeslücke vor, zumindest nicht im Bereich des öffentlichen Baurechts. Die Neufassung des § 4 Abs. 3 Reichssiedlungsgesetz stellt eine Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung von Reichsgericht und OGH dar, wonach der Vorkaufsfall bei zu niedrig beurkundetem Kaufpreis nicht eintritt. Der Gesetzgeber hat es jedoch – in Kenntnis dieser Rechtsprechung – unterlassen, eine entsprechende Vorschrift in das damalige, bereits am 23.6.1960 verkündete Bundesbaugesetz und in das jetzige Baugesetzbuch einzufügen.

Nach anderer Ansicht soll die Berufung auf § 117 Abs. 1 BGB unter Umständen eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.d. § 826 BGB darstellen, die schadensersatzrechtlich dazu verpflichtete, den Vorkaufsberechtigten so zu stellen, als ob der ursprüngliche Vertrag in der mitgeteilten Fassung wirksam gewesen wäre (*Wandel*, a.a.O.; *Peßler*, NJW 1960, 1785, 1786 ff.). Allerdings darf durch die leichtfertige Annahme einer Schadensersatzpflicht nicht die gesetzgeberische Wertung überspielt werden, dass § 117 BGB eben keinen typisierten Vertrauensschutz enthält, wie etwa § 916 Abs. 2 des Österreichischen ABGB („einem Dritten, der im Vertrauen auf die Erklärung Rechte erworben hat, kann die Einrede des Scheingeschäfts nicht entgegengesetzt werden“), weshalb § 117 BGB in § 122 BGB auch keine Erwähnung gefunden hat (*Wandel*, a.a.O.). Schließlich gesteht selbst *Peßler* zu, dass es an der Sittenwidrigkeit dem Berechtigten gegenüber fehlen würde, wenn die Vertragsparteien das Geschäft nur zum Schein geschlossen haben, ohne den Berechtigten in seinem Recht schädigen zu wollen. Da die Kläger vorwiegend zur Steuer- und Gebührenersparnis handelten, aber nicht, um das Vorkaufsrecht des Beklagten zu vereiteln, scheidet § 826 BGB aus.

Auch eine Differenzierung zwischen privat-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen (gesetzlichen) Vorkaufsrechten wird befürwortet: Sinn und Zweck der gesetzlichen öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechte, sowie allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts gebühren es, eine Berufung auf die Nichtigkeit des Scheingeschäfts als treuwidrig abzulehnen (*Wandel*, a.a.O.; *Ebert*, a.a.O.). Zur Ausübung dieser Vorkaufsrechte müsse genügen, dass der bisherige Eigentümer seine Vorkaufsabsicht erkennen lasse, indem er sich in dem Kaufvertrag mit einem Dritten zur Veräußerung des Grundeigentums bereit erklärt habe. Diese Ansicht überzeugt in zweierlei Hinsicht nicht: Ein verwaltungsrechtlicher Grundsatz der Art, dass rechtswidrige Verwaltungsakte dann nicht aufhebbar seien, wenn sie auf ein Verhalten des den Verwaltungsakt Anfechtenden zurückzuführen sind, existiert nicht und lässt sich auch nicht Art. 48, 49 BayVwVfG entnehmen. Im Übrigen haben hier die Kläger noch im Widerspruchsverfahren die Nichtigkeit des Kaufvertrags offenbart, so dass es der Widerspruchsbehörde nach gebotener Amtsermittlung möglich gewesen wäre, den Sachverhalt aufzuklären und den rechtswidrigen Verwaltungsakt aufzuheben. Schließlich aber entfremdet sich diese Auslegung des gemeindlichen Vorkaufsrechts in unvertretbarer Weise vom Gesetzeswortlaut, der eben auf den tatsächlichen Verkauf und nicht auf die nach außen offenbarte Verkaufsabsicht abstellt. Schließlich müsste nach dieser Ansicht der Vorkaufsfall sogar dann ausgelöst werden, wenn die Parteien einen offensichtlich formnichtigen Vertrag geschlossen haben, weil auch ein solcher die Vorkaufsabsicht des Eigentümers hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen kann.

Teilweise wird auch eine analoge Anwendung von § 162 Abs. 1 BGB befürwortet (*Schurig*, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, S. 154–157; *Jauernig/Vollkommer*, 5. Auflage, § 504 Anm. 5 a; seit 6. Auflage aber aufgegeben). Allerdings ist einer solchen Ausdehnung des § 162 Abs. 1 BGB bereits das Reichsgericht (RGZ 98, 45, 51 ff.) überzeugend mit dem Argument entgegengetreten, dass der Berechtigte keinen Anspruch auf Eintritt des Vorkaufsfalls habe. Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Ansicht in ständiger Rechtsprechung angeschlossen. *Schurig* selbst hält den Einwand treuwidrigen Verhaltens dann für nicht anwendbar, wenn nicht das Vorkaufsrecht des Berechtigten vereitelt, sondern Steuern oder Ähnliches erspart werden sollen. Genauso liegt der Fall hier.

Zwar ist auch der Bundesgerichtshof bemüht, die „einfallsreiche Kautelarpraxis“ (BGHZ 115, 337, 339), die versucht, Vorkaufsrechte zu unterlaufen, auf unterschiedliche Weise zu begrenzen, etwa durch extensive Auslegung des § 506 BGB (BGHZ 110, 230, 232 ff.) oder des § 504 BGB auf „kaufähnliche Verträge“ (BGHZ 115, 337, 339 ff.). Damit soll jedoch einer Umgehung des Vorkaufsfalls entgegengewirkt werden. Ein Scheingeschäft ist jedoch kein Umgehungsgeschäft, da bei jenem die Rechtsfolgen tatsächlich, so wie verabredet gewollt sind (ganz herrschende Meinung: *Schurig*, a.a.O., *Ebert*, a.a.O., *Palandt/Heinrichs*, § 58 Auflage § 117 Rdnr. 5; unklar und deshalb wenig überzeugend, *Wandel*, a.a.O., der zwar Scheingeschäfte thematisiert, jedoch von Umgehungsgeschäften spricht). Der Bundesgerichtshof orientiert sich bei dieser neuen Rechtsprechung offensichtlich an einem Vorschlag *Schurigs* (vgl. BGHZ 115, 337, 340 m.w.N.). Auch *Schurig* a.a.O. trennt entschieden zwischen Vereitelung und Umgehung des Vorkaufsfalls. Nur in letzterem Fall können „rein formale Kriterien unter Umständen zurücktreten gegenüber einer materiellen Betrachtungsweise und einem interessengerechten Verständnis“. Vorliegend wollten die Käufer das Vorkaufsrecht des Beklagten nicht umgehen, sondern Steuern und Notargebühren sparen.

Den Grundsatz von Reichsgericht und OGH, dass ein Scheingeschäft keinen Vorkaufsfall auslöst, dem sich auch der Bundesgerichtshof und auch die herrschende öffentlich-rechtliche Literatur angeschlossen hat (*Battis/Krautzberger/Löhr*, 9. Auflage, § 504 Rdnr. 6; *Dyong/Stock* in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, 55. Lieferung Februar 1997, § 24 Rdnr. 34, zumindest für den Fall der absichtlichen Unterverbriefung; *MünchKomm/Westermann*, 3. Auflage, § 504 Rdnr. 14; *Soergel/Huber*, 12. Auflage, § 504 Rdnr. 24, 25), ist im Ergebnis zuzustimmen, da allein dieser eine dogmatisch fundierte Lösung des Problems ermöglicht.

Dass dabei rechtspolitisch unerwünschte Folgen eintreten, mag zu bedauern sein, kann jedoch nur durch ein Tätigwerden des Gesetzgebers, nicht aber mangels ausführungsbedürftiger Regelungslücke durch Rechtsfortbildung aufgehoben werden.

Schließlich steht dem Einwand der Formnichtigkeit des tatsächlich gewollten Kaufvertrags auch nicht der Grundsatz von Treu und Glauben entgegen. Zwar hat der Bundesgerichtshof in einem Fall die Berufung auf den Formmangel als treuwidrig zurückgewiesen, da die Parteien den Vertrag über vier Jahre aufrechterhalten hatten und die Formnichtigkeit offensichtlich nur vorschoben, um das Vorkaufsrecht zu Fall zu bringen. Auch wenn die Kläger die Formnichtigkeit des mündlich abgeschlossenen Kaufvertrags hier nur offenbart haben, um das Vorkaufsrecht des Beklagten zu vereiteln, so haben die Parteien weder lange Zeit den Vertrag als gültig behandelt, noch haben sie den Willen, an diesem festzuhalten.

Schließlich ist zu bedenken, dass der Beklagte bezüglich des formnichtigen, mündlichen Kaufvertrags überhaupt kein Vorkaufsrecht ausgeübt hat.

Der Klage war demnach stattzugeben. (...)

## Steuerrecht

13. ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b, § 12 BewG § 9 Abs. 1, BGB § 1939, § 2048, § 2150 (*Bewertung eines Kaufrechtsvermögens*)

**Gegenstand eines (Kaufrechts-)Vermächnisses, durch das der Erblasser dem Bedachten das Recht einräumt, einen Nachlassgegenstand zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis zu erwerben, ist das durch den Erbfall begründete Gestaltungsrecht, das mit dem gemeinen Wert zu bewerten ist; dieser ist mangels anderer Wertmaßstäbe nach dem Verkehrswert des Gegenstandes zu schätzen, auf den sich das Übernahmerecht bezieht. Die Steuer für diesen Erwerb entsteht erst, wenn der Bedachte das Recht geltend macht.**

BFH, Urteil vom 6.6.2001 – II R 76/99 –

### Zum Sachverhalt:

Der Kläger und Revisionskläger und seine Schwester sind Miterben zu je  $\frac{1}{2}$  Anteil nach der am 5.6.1991 verstorbenen Erblasserin (E); zu deren Nachlass gehörte u.a. ein Grundstück mit einem erhöhten Einheitswert von 46 480 DM und einem Verkehrswert von 185 000 DM. E hatte dem Kläger in einem privatschriftlichen Testament vom 6.5.1986 als Vermächtnis das Recht eingeräumt, dieses Grundstück innerhalb von zwei Jahren nach ihrem Tod „zum Anschlagswert in Höhe von zwei Dritteln eines einzuholenden Gutachtens eines vereidigten Sachverständigen oder eines gemeindlichen Schätzungsausschusses“ zu übernehmen. Nach Ausübung des Rechts übertrug die Testamentsvollstreckerin durch notariell beurkundeten Vermächtniserfüllungsvertrag vom 25.2.1992 gegen Zahlung von 61 667 DM ( $\frac{1}{3}$  des Verkehrswertes) das Alleineigentum an dem Grundstück auf den Kläger.

In der Erbschaftsteuererklärung setzte sie bei der Ermittlung des Nachlasswertes das Grundstück mit dem erhöhten Einheitswert und den Vermächtniserwerb des Klägers mit einem Drittel dieses Wertes, d.h. mit 15 493 DM, an. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt –FA–) sah in dem Übernahmerecht ein Vorausvermächtnis zugunsten des Klägers hinsichtlich des seiner Schwester an dem Grundstück zustehenden Anteils. Den Wert dieses Erwerbs ermittelte er durch Abzug der vom Kläger erbrachten Gegenleistung (61 667 DM) vom Verkehrswert des der Schwester als Miterbin zustehenden Anteils (92 500 DM), d.h. mit einem Betrag von 30 833 DM. Mit diesem Betrag berücksichtigte er den Vermächtniserwerb erstmals in dem nach § 164 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO 1977) geänderten Erbschaftsteuerbescheid.

Der Einspruch des Klägers, mit dem er geltend machte, dass der Wert des Rechts auf Übernahme eines zum Nachlass gehörenden Gegenstandes durch Abzug des Übernahmepreises vom Steuerwert des Gegenstandes zu ermitteln sei, blieb erfolglos.

Das Finanzgericht (FG) wies die Klage als unbegründet ab (EFG 2000, 23). Ein sog. Kaufrechtsvermächtnis, wie E es dem Kläger durch Einräumung des Übernahmerechts zugewendet habe, sei anders zu bewerten als ein reines Sachvermächtnis. Das reine Sachvermächtnis sei mit dem Steuerwert des Gegenstandes, auf dessen Übertragung es gerichtet sei, zu bewerten, weil der Anspruch auf Übertragung des Gegenstandes unmittelbar mit dem Erbfall entstehe. Demgegenüber entstehe der Anspruch auf Übertragung des Gegenstandes beim Kaufrechtsvermächtnis erst mit dem Abschluss des Kaufvertrags, der von einer entsprechenden Willensäußerung des Vermächtnisnehmers abhängt. Dem sich daraus ergebenden Sachleistungsanspruch stehe die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises gegenüber. Sachleistungsanspruch und -verpflichtung aufgrund

eines Kaufrechtsvermächtnisses seien daher wie Sachleistungsansprüche und -verpflichtungen aufgrund gegenseitiger Verträge, d. h. mit dem gemeinen Wert, zu bewerten.

Mit der vom FG zugelassenen Revision macht der Kläger Verletzung von § 12 Abs. 1 und 2 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) und der §§ 9, 121a des Bewertungsgesetzes (BewG) geltend.

Das FA hat die Erbschaftsteuer gegen den Kläger während des Revisionsverfahrens durch einen nach § 165 Abs. 2 AO 1977 geänderten und für endgültig erklärten Erbschaftsteuerbescheid aus nicht im Streit befindlichen Gründen auf 75 264 DM festgesetzt. Der Kläger hat diesen Bescheid zum Gegenstand des Verfahrens gemacht.

Er beantragt, unter Aufhebung des Urteils des FG den letztgenannten Erbschaftsteuerbescheid dahin gehend zu ändern, dass die Erbschaftsteuer auf 63 300 DM herabgesetzt wird.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

1. Als Erwerb von Todes wegen gilt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG u. a. der Erwerb durch Vermächtnis (§§ 2147 ff. BGB). Bei der Einräumung des Übernahmerechts handelt es sich, wie das FG zutreffend angenommen hat, um ein Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB) und nicht um eine Teilungsanordnung (§ 2048 BGB). Ein Vorausvermächtnis liegt vor, wenn der Erblasser dem durch die Anordnung begünstigten Miterben zusätzlich zum Erbteil einen Vermögensvorteil i.S. von § 1939 BGB zuwenden wollte (vgl. Urteil des BGH vom 8.11.1961 – V ZR 31/60 –, BGHZ 36, 115, sowie *Palandt/Edenhofer*, BGB, 60. Aufl., § 2048 Rdnr. 5). Davon ist im Streitfall auszugehen, weil der Kläger berechtigt war, das Grundstück zu einem um ein Drittel unter dem Verkehrswert liegenden Preis zu übernehmen, ohne den damit verbundenen Vorteil im Verhältnis zu seiner Schwester ausgleichen zu müssen.

2. Der Bewertung eines Vermächtnisses gemäß § 12 ErbStG hat die Bestimmung dessen vorauszugehen, was der Bedachte „durch Vermächtnis“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) mit dem Tod des Erblassers erworben hat. Dies ist Gegenstand des Vermächtnisses und nicht dasjenige, was er „aufgrund“ des Vermächtnisses, d. h. zu dessen Erfüllung, letztlich erhält (vgl. Urteile des BFH vom 10.11.1982 – II R 85–86/78 –, BFHE 137, 500, BStBl. II 1983, 329, und vom 25.10.1995 – II R 5/92 –, BFHE 179, 148, BStBl. II 1996, 97).

Bei dem Kaufrechtsvermächtnis erwirbt der Bedachte mit dem Tod des Erblassers ein Übernahmerecht. Dabei handelt es sich um ein Gestaltungsrecht, das es dem Bedachten ermöglicht, einen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Übertragung des Gegenstandes, wie er sich im Nachlass befindet, gegen Zahlung des vom Erblasser festgelegten Preises zu begründen (vgl. BGH, Urteil vom 28.1.1994 – V ZR 90/92 –, BGHZ 125, 41, 55, zum Recht auf Übernahme eines Anerbengutes nach dem Württembergischen Anerbengesetz vom 14.2.1930; vgl. auch BFH-Urteile vom 16.3.1977 – II R 11/69 –, BFHE 121, 519, BStBl. II 1977, 640; vom 21.7.1993 – II R 118/90 –, BFHE 172, 118, BStBl. II 1993, 765, und vom 4.5.2000 – IV R 10/99 –, BFHE 191, 529). Das Übernahmerecht als solches und nicht der erst durch dessen Ausübung entstehende Übertragungsanspruch ist Gegenstand des Vermächtnisses (vgl. BGH-Urteil vom 30.3.1959 – V ZR 66/58 –, BGHZ 31, 13, 20; BFH, Beschluss vom 13.4.1994 – II B 173/93 –, BFH/NV 1994, 794). Liegt der Preis – wie im Streitfall – unter dem Verkehrswert der Kaufsache, so ist der Bedachte bereits durch den Erwerb des Übernahmerechts i.S. von § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG bereichert, weil ihm dadurch eine Rechtsposition zufällt, die einen wirtschaftlichen Vorteil

verkörpert. Zivilrechtlich wird sogar ein Vermögensvorteil angenommen, wenn der Preis dem Verkehrswert entspricht (vgl. BGHZ 36, 115). Die Steuer kann allerdings abweichend von § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 1 ErbStG – entsprechend der Regelung für den Pflichtteilsanspruch (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b ErbStG) – erst mit der Geltendmachung des Rechts entstehen, weil der mit dem Erwerb des Rechts verbundene Vorteil sich erst dadurch realisiert. „Durch Vermächtnis“ erworben ist gleichwohl allein das Gestaltungsrecht und nicht der erst als Folge seiner Geltendmachung entstehende Anspruch auf Übertragung des Nachlassgegenstandes.

Für die Bewertung folgt daraus, dass das Übernahmerecht nicht mit dem für den Gegenstand maßgebenden Steuerwert (Einheitswert) angesetzt werden kann, sondern nach § 12 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 9 Abs. 1 BewG mit dem gemeinen Wert zu bewerten ist; dieser ist mangels anderer Wertmaßstäbe nach dem Verkehrswert des Gegenstandes zu schätzen, auf den sich das Übernahmerecht bezieht. Für den Ansatz des Übernahmerechts mit dem gemeinen Wert spricht zudem, dass der Anspruch auf Übertragung des Nachlassgegenstandes und die Verpflichtung zur Zahlung des Übernahmepreises ebenso miteinander verknüpft sind wie ein Sachleistungsanspruch und eine Zahlungsverpflichtung aus einem Gegenseitigkeitsverhältnis (vgl. MünchKomm/Schlichting, 3. Aufl., § 2174 Rdnr. 5), die ebenfalls mit dem gemeinen Wert zu bewerten sind (vgl. BFH, Urteile vom 6.12.1989 – II R 103/86 –, BFHE 159, 542, BStBl. II 1990, 434, und vom 15.10.1997 – II R 68/95 –, BFHE 183, 248, BStBl. II 1997, 820).

Soweit dem BFH-Urteil vom 12.6.1961 – II 164/59 S – (BFHE 73, 343, BStBl. III 1961, 391) eine andere Rechtsauffassung zugrunde liegt, hält der Senat daran nicht mehr fest.

Die Steuerfestsetzung lässt danach keinen Rechtsfehler erkennen. Das FG hat die Klage zu Recht abgewiesen.

#### Anmerkung:

##### 1. Einordnung

Das Besprechungsurteil<sup>1</sup> beschreitet teilweise erbschaftsteuerliches Neuland<sup>2</sup> und setzt andererseits die neuere Linie der Rechtsprechung<sup>3</sup> und überwiegenden Meinung<sup>4</sup> fort. Die

<sup>1</sup> BStBl. II 2001, 605 = ZEV 2001, 372 = DStR 2001, 1432 = DB 2001, 1916; vgl. zu diesem Urteil auch *Wachter*, ZNotP 2001, 382, 386 ff.

<sup>2</sup> Bisher hatte der BFH in älteren Entscheidungen das Kaufrechtsvermächtnis beim Vermächtnisnehmer noch mit dem Steuerwert des zu übertragenden Gegenstandes (früher dem Einheitswert) abzüglich des Nominalwerts der Gegenleistung bewertet, vgl. BFH vom 12.7.1961, II 164/59 S, BStBl. III 1961, 391. Ebenso noch FG Baden-Württemberg vom 19.11.1999, 9 K 249/97, EFG 2000, 1015 ff.

<sup>3</sup> Vgl. FG Nürnberg vom 19.11.1999, IV 300/97, (Rev.), DStRE 2000, 594 f. = ZEV 2000, 292 (LS); FG Nürnberg vom 25.11.1999, IV 310/98, (Rev.), DStRE 2000, 1042 ff. = ZEV 2000, 468 (LS); FG Düsseldorf vom 17.2.1999, EFG 1999, 569 = ZEV 1999, 326 ff., rkr., mit Anm. *Messner*, ZEV 1999, 327 f.; BFH vom 15.10.1997, II R 68/95, BStBl. II 1997, 820 ff. (zur Bewertung von Sachleistungsansprüchen bei noch nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen); vgl. auch die Finanzverwaltung in R 36 Abs. 2 ErbStR.

<sup>4</sup> So schon Erlass des FinMin Baden-Württemberg vom 26.1.1993, DStZ 1993, 192; ebenso FinMin Mecklenburg-Vorpommern vom 8.3.1993, DStR 1993, 608; zustimmend *Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck*, ErbStG, § 3 Rdnr. 132; zustimmend *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 3 Rdnr. 181; a.A. *Meincke*, ErbStG, § 3 Rdnr. 44, der für eine Bewertung des Kaufrechtsvermächtnisses mit dem Steuerwert abzüglich der Gegenleistung plädiert.

steuerliche<sup>5</sup> Behandlung des Kaufrechtsvermächtnisses war bisher noch umstritten und ungeklärt<sup>6</sup>. Das Urteil kann dennoch nicht überraschen. Die niedrigeren Grundbesitzwerte nach den § 12 Abs. 3 ErbStG i.V.m. § 138 ff. BewG sind nach der neueren Rechtsprechung nur dann der Besteuerung zugrunde zu legen, wenn es sich bei dem zugewandten Gegenstand um den Grundbesitz selbst handelt. Erwirbt der Begünstigte andere Vermögensgegenstände, beispielsweise lediglich den Anspruch auf Grundstücksübereignung, so ist der Verkehrswert des Anspruchs maßgebend<sup>7</sup>. Ebenso wenig sind nach Meinung der Rechtsprechung die Grundbesitzwerte nach den §§ 138 ff. BewG anzuwenden, wenn es sich beim Zuwendungsgegenstand nicht um den Grundbesitz selbst handelt, sondern um das entgeltliche Recht, den Grundbesitz gegen eine Gegenleistung zu erwerben. Dies wurde in der vorliegenden Sache vom BFH endgültig entschieden. Die Behandlung des Kaufrechtsvermächtnisses entspricht der Versagung der Grundbesitzwerte nach den §§ 138 ff. BewG in solchen Fällen, in denen der Grundbesitz im Rahmen eines synallagmatischen Austauschverhältnisses erworben wird<sup>8</sup>.

## 2. Konsequenzen für die Gestaltungspraxis

Es fragt sich, wie das Besprechungsurteil aus Sicht der Praxis zu bewerten ist. Der vom BFH entschiedene Fall verdeutlicht, dass die ErbSt beim Kaufrechts-Vermächtnisnehmer höher ausfallen kann, als wenn ihm der Grundbesitz voll unentgeltlich vermacht worden wäre.

### Beispiel:

*Der Erblasser setzt E zum Erben ein und vermacht dem Vermächtnisnehmer V*

a) ein Grundstück im Verkehrswert von 1 Mio. DM und einem Grundbesitzwert von 500.000 DM voll unentgeltlich ohne weitere Auflagen oder Gegenleistungen;

b) das Recht, das Grundstück im Verkehrswert von 1 Mio. DM und einem Grundbesitzwert von 500.000 DM gegen Zahlung von 800.000 DM verbilligt zu kaufen;

c) das Recht, das Grundstück im Verkehrswert von 1 Mio. DM und einem Grundbesitzwert von 500.000 DM gegen Zahlung von 300.000 DM verbilligt zu kaufen.

Im Ausgangsbeispiel a) hat V 500.000 DM<sup>9</sup> abzüglich seines persönlichen Freibetrages nach §§ 16, 17 ErbStG zu versteuern.

Für die Besteuerung des Beispiels b) hat der BFH es in dem Besprechungsurteil abgelehnt<sup>10</sup>, die zu versteuernde Bereicherung des Vermächtnisnehmers aus der Differenz des Steuerwertes von 500.000 DM und der Gegenleistung von 800.000 DM zu errechnen. Das ergäbe eine zu versteuernde Bereicherung von –300.000 DM, somit in jedem Fall eine Steuerlast von Null DM. Der BFH ermittelt den Wert der Zuwendung im Fall b) vielmehr aus der Differenz des gemeinen Wertes von 1 Mio. DM und der Gegenleistung von 800.000 DM. Damit sind in Variante b) 200.000 DM nach Abzug der persönlichen Freibeträge von V zu versteuern.

Auch in Beispielsfall c) ermittelt der BFH den Wert der Zuwendung aus der Differenz des gemeinen Wertes von 1 Mio. DM und 300.000 DM. Obwohl V in der Variante b) wirtschaftlich wesentlich schlechter steht als in Variante a), da er zusätzlich 300.000 DM Gegenleistung zu erbringen hat, muss er 700.000 DM versteuern, in Beispielsfall a) dagegen nur 500.000 DM. Wie so oft im Steuerrecht denkt der Leser unwillkürlich an Shakespeares geflügeltes Wort aus *Hamlet*<sup>11</sup>: „Ist es zwar Wahnsinn, so hat es doch Methode“. Auch *Moench*<sup>12</sup> spricht von einem „schwer nachvollziehbaren Ergebnis“. Dem BFH<sup>13</sup> ist die Besonderheit dieses Ergebnisses durchaus bewusst, wie sich aus den Gründen des einstweiligen Verfügungsverfahrens, das der vorliegenden Sache vorausgegangen ist, ergibt. Dennoch hat er so entschieden.

Das vorstehende Beispiel könnte zu der Annahme verleiten, das Besprechungsurteil und die Aussetzung eines Kaufrechtsvermächtnisses sei stets nachteilig für die Beteiligten. Ob dies zutrifft, hängt allerdings wesentlich davon ab, wie das Kaufrechtsvermächtnis auf Ebene des Erben behandelt wird. Mit dieser Frage befasst der BFH sich in seinem vorliegenden Urteil nicht. Als Ausgangspunkt steht zunächst fest, dass der Erwerb des Grundbesitzes durch den Erben mit den Grundbesitzwerten nach den §§ 12 Abs. 3 i.V.m. §§ 138 ff. BewG zu bewerten ist<sup>14</sup>. Es fragt sich jedoch, welche Auswirkungen die Erfüllung des Vermächtnisses durch Hingabe des Grundstücks und Erhalt des Bargeldes beim Erben hat. Nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG kann der Erbe die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen von seinem Erwerb absetzen. Einerseits<sup>15</sup> wird insoweit (überzeugend) die Meinung vertreten, der Erbe

<sup>5</sup> Vgl. zur zivilrechtlichen Sichtweise jüngst BGH, ZEV 2001, 362 ff. = NJW 2001, 2883 f.

<sup>6</sup> Vgl. BFH vom 13.4.1994, II B 173/93, BFH/NV 1994, 794 f. (Vorentscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutz zu dem hier besprochenen Urteil). Kritisch *Meinke*, ErbStG, § 3 Rdnr. 44; für eine Anwendung der Grundsätze der gemischten Schenkung *ders.*, § 12 Rdnr. 23 a.E.; dagegen wiederum FG Baden-Württemberg vom 19.11.1999, 9 K 249/97, EFG 2000, 1015, 1018.

<sup>7</sup> Vgl. dazu jüngst BFH vom 21.5.2001, II R 10/99, ZEV 2001, 373 f.; dazu auch BFH vom 15.10.1997, II R 68/95, BStBl. II 1997, 820 ff.; *Messner*, ZEV 1999, 327, 328; *Wälzholz*, ZEV 2001, 392 ff.

<sup>8</sup> Vgl. BFH vom 15.10.1997, II R 68/95, BStBl. II 1997, 820 ff.; BFH vom 6.12.1989, II R 103/86, BStBl. II 1990, 434 ff.; BFH vom 10.4.1991, II R 118/86, BStBl. II 1991, 620 ff.; BFH vom 26.6.1991, II R 117/87, BStBl. II 1991, 749 ff.; BFH vom 11.12.1991, II R 49/89, BStBl. II 1992, 260 ff.; BFH vom 27.11.1991, II R 12/89, BStBl. II 1992, 298 ff. (die vorgenannten Urteile betreffen teilweise die vergleichbaren Probleme bei der Vermögensteuer). Anders noch BFH vom 25.7.1984, II R 81/82, BStBl. II 1984, 771 ff.; BFH vom 3.3.1978, III R 7/76, BStBl. II 1978, 298 ff.

<sup>9</sup> Sachleistungsvermächtnisse werden nach herrschender Meinung mit dem Grundbesitzwert nach § 12 Abs. 3 ErbStG i.V.m. §§ 138 ff. BewG bewertet, vgl. R 92 Abs. 2 ErbStG; *Moench*, ErbStG, § 3 Rdnr. 101 f.; *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 3 Rdnr. 170; *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 3 Rdnr. 172; vgl. BFH vom 15.10.1997, II R 68/95, BStBl. II 1997, 820, 823; dogmatisch überzeugend *Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck*, ErbStG, § 3 Rdnr. 23.

<sup>10</sup> Anders früher noch BFH vom 12.7.1961, II 164/59 S, BStBl. III 1961, 391.

<sup>11</sup> „*Though this be madness, yet there is method in 't*“, sagt Polonius über *Hamlet* in *Hamlet*, Akt 2, Szene 2.

<sup>12</sup> *Moench*, ErbStG, § 3 Rdnr. 108. Auch *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 3 Rdnr. 178 weisen auf die Wertungswidersprüche hin.

<sup>13</sup> BFH vom 13.4.1994, II B 173/93, BFH/NV 1994, 794 f.

<sup>14</sup> Ebenso *Moench*, ErbStG, § 3 Rdnr. 107; *Christoffel* in: *Memento Steuerrecht*, 2. Auflage, 2001, Rdnr. 7020.

<sup>15</sup> *Christoffel* in: *Memento Steuerrecht*, 2. Auflage, 2001, Rdnr. 7020; *Messner*, ZEV 1999, 327, 328 unter Berufung auf das „Korrespondenzprinzip“; *Moench*, ErbStG, § 3 Rdnr. 107; *Herrmann/A. Michel* in: *Wilms*, ErbStG, § 10 Rdnr. 112; *Wachter*, ZNotP 2001, 382, 387. Unklar *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 10 Rdnr. 97.



könne den Verkehrswert des Vermächtnisgegenstandes abzüglich der zu erhaltenden Gegenleistung von seinem Erwerb abziehen. In den Beispielfällen bedeutet dies, dass der Erbe in der Variante b) seinen Erwerb von 500.000 DM um 200.000 DM (1.000.000 DM abzüglich 800.000 DM) mindern kann, während er in Variante c) seinen Erwerb von 500.000 DM um (1.000.000 DM abzüglich 300.000 DM) 700.000 DM mindern könnte. Auffällig ist an dem zuletzt genannten Ergebnis, dass der Erbe nur 500.000 für den Erwerb des Grundstücks anzusetzen hatte, während er bei Ausübung und Erfüllung des Vermächtnisses seinen Erwerb um 700.000 DM verringern darf. Nach dieser Meinung sind stets 500.000 DM zu versteuern, aufgrund des Kaufrechtsvermögens allerdings sehr ungleich verteilt. Dieser überzeugenden Meinung stimmt auch das Finanzministerium Mecklenburg-Vorpommern<sup>16</sup> zu.

*Gebel*<sup>17</sup> hält die Entstehung eines negativen Wertes beim Erben dagegen für unangemessen. Er vertritt daher die Meinung, der Grundbesitz sei beim Erben gar nicht zu berücksichtigen, wenn der Wert der vom Vermächtnisnehmer zu zahlenden Gegenleistung höher sei als der Steuerwert des Grundstücks. Diese Meinung führt in Variante c) zu dem Ergebnis, dass der Erbe seinen Erwerb gar nicht mindern könnte, der Vermächtnisnehmer den Grundbesitz hingegen mit 700.000 DM zu versteuern hätte. Ein einleuchtender Grund für diese Sachbehandlung oder eine gesetzliche Grundlage hierfür ist nicht ersichtlich. Ferner führt die vorgenannte Meinung zu einer Besteuerung des Grundstücks mit insgesamt 700.000 DM, obwohl es nach dem Willen des Gesetzgebers nur mit einem Wert von 500.000 DM zu erfassen ist.

Einzig konsequent und gerecht ist die zuerst genannte Lösung, wonach das Kaufrechtsvermögen beim Erben zu einer Minderung gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG in der Höhe führt, wie sie beim Vermächtnisnehmer als Bereicherung angesetzt wird. Jede andere Lösung führt zu Systembrüchen und Widersprüchlichkeiten in der Besteuerung des Kaufrechtsvermögens. Für diese Meinung spricht ferner, dass auch berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten (wie Vermächtnisse) nach § 12 ErbStG bewertet werden. Da es sich jedoch um eine im Austauschverhältnis stehende Sachleistungsverpflichtung des Erben handelt, ist sie bei ihm mit dem gemeinen Wert nach § 9 BewG, also dem Verkehrswert anzusetzen. Dieser Meinung dürfte auch der BFH<sup>18</sup> zuneigen. Folgt man der vorstehend bezeichneten, oben zuerst aufgeführten Meinung, so leuchtet es ein, dass das Kaufrechtsvermögen für die Gestaltungspraxis kein „Teufelszeug“ ist, sondern beträchtliche Gestaltungsspielräume eröffnet<sup>19</sup>.

#### Beispiel:

*Erblasser E möchte nach dem Vorableben seiner Ehefrau seinen besten Freund F und seinen einzigen Sohn S von Todes wegen wertgleich bedenken. Er fragt seinen Notar, wie er seinem besten Freund möglichst viel Vermögen zu optimalen steuerlichen Konditionen vererben kann. Es ist Barvermögen von 500.000 DM und ein Grundstück mit einem Verkehrswert von 1.000.000 DM und einem steuerlichen Grundbesitzwert von 500.000 DM vorhanden.*

<sup>16</sup> DStR 1993, 608.

<sup>17</sup> In: *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 3 Rdnr. 181; im Ergebnis ähnlich *Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck*, ErbStG, § 3 Rdnr. 132 unter Berufung auf ein aus dem Bereicherungsprinzip folgendes Nettoprinzip.

<sup>18</sup> Vgl. BFH vom 15.10.1997, II R 68/95, BStBl. II 1997, 820 ff.

<sup>19</sup> So bereits *Messner*, ZEV 1999, 327, 328.

Ungeachtet der genauen zivilrechtlichen Ausgestaltung (Testamentsvollstreckung etc.) könnte F als Alleinerbe eingesetzt werden und mit einem Kaufrechtsvermögen zugunsten des S belastet werden; der Kaufpreis könnte auf 250.000 DM festgesetzt werden. Konsequenz: S hätte 750.000 DM (1.000.000 DM – 250.000 DM) in Steuerklasse I nach Abzug seiner persönlichen Freibeträge zu versteuern und wäre in Höhe von 750.000 DM, also der Hälfte des Nachlasswertes wirtschaftlich bereichert. Die Steuerlast für S beträgt bei 12% und einem Freibetrag in Höhe von 400.000,- DM demnach 42.000 DM. F hätte dagegen zunächst einen erbrechtlichen Erwerb von 1.000.000 DM (500.000 DM Barvermögen + 500.000 DM Grundbesitzwert). Mit Ausübung des Kaufrechtsvermögens könnte er jedoch eine Verbindlichkeit in Höhe von 1.000.000 DM absetzen und hätte gleichzeitig den Anspruch in Höhe von 250.000 DM zu aktivieren. Wirtschaftlich erhalten F und S damit 750.000 DM Zuwendung. Steuerlich hat F dagegen nur 250.000 DM zu versteuern. Nach Abzug des Freibetrages in Höhe von 10.000 DM verbleibt eine Steuerlast bei 23% auf 240.000 DM in Höhe von 55.200 DM.

Hätte der Steuerpflichtige seinen Notar nicht nach Rat gefragt und stattdessen Sohn und Freund zu Miterben je zur Hälfte eingesetzt, so hätten Sohn und Freund je 500.000 DM versteuern müssen. Die Steuerlast hätte insgesamt nicht (42.000 + 55.200=) 97.200 DM betragen, sondern 7000 DM für S und für F (490.000 x 23% =) 112.700 DM, zusammen also 119.700 DM. Die Differenz macht über 20.000 DM aus. Das Kaufrechtsvermögen ermöglicht mithin durch Vereinbarung niedriger Gegenleistungen, die Steuerlast deutlich von dem Beteiligten mit der schlechten Steuerklasse zu demjenigen hinzuverlagern, der einer besseren Steuerklasse unterliegt.

### 3. Vermeidungsstrategien

Die vorstehend bezeichneten steuerlichen Konsequenzen werden von den Beteiligten in anderen Fällen als dem eben aufgezeigten nicht gewollt sein. Es fragt sich daher, ob und wie sich die Wirkungen eines Kaufrechtsvermögens vermeiden lassen.

Grundsätzlich entsteht die Steuer für den Erwerb eines Vermächtnisses mit dem Tod des Erblassers, § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG i.V.m. § 9 Abs. 1 Hs. 1 ErbStG. Der BFH stellt in der vorliegenden Sache jedoch ausdrücklich klar, dass die Steuer bei Erwerb eines Kaufrechtsvermögens analog der Regelung zum Pflichtteil gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 b) ErbStG erst mit dessen Geltendmachung entstehe. Daraus folgt für die Praxis, dass bis zu diesem Zeitpunkt der Erwerbsgegenstand des Vermächtnisnehmers noch modifiziert werden kann. Auf diese Weise kann die Bewertung dessen, was der Steuerpflichtige erwirbt, noch verändert werden.

Es ist allgemein anerkannt<sup>20</sup>, dass die Hingabe von Grundbesitz gegen Verzicht auf einen noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch mit den Grundbesitzwerten des § 12 Abs. 3 ErbStG i.V.m. §§ 138 ff. BewG zu bewerten ist, § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG. Das Gleiche gilt<sup>21</sup> bei Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses gegen Erhalt einer Abfindung in Form von Grundbesitz, § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG. Anderes gilt hingegen bei Hingabe von Grundbesitz an Er-

<sup>20</sup> *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 3 Rdnr. 303; *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 3 Rdnr. 332; *Meincke*, ErbStG, § 3 Rdnr. 53 f.; BFH vom 7.10.1998, II R 52/96, BStBl. II 1999, 23 ff. = ZEV 1999, 34 mit Anm. *Daragan*.

<sup>21</sup> *Moench*, ErbStG, § 3 Rdnr. 209 i.V.m. 213.

füllungs statt für den auf Geld gerichteten Pflichtteils- oder Vermächtnisanspruch<sup>22</sup>.

Der einfachste Weg<sup>23</sup> zur Vermeidung der oben beschriebenen Wirkungen eines Kaufrechtsvermächtnisses besteht daher darin, das Vermächtnis (vor Annahme!) auszuschlagen. Dies ist nicht fristgebunden. Als Gegenleistung und Abfindung hierfür kann sich der Vermächtnisnehmer den Grundbesitz wie folgt vergünstigt zuwenden zu lassen: Ein Miteigentumsanteil kann voll unentgeltlich als Abfindung auf den Ausschlagenden übertragen werden, der andere Miteigentumsanteil kann voll entgeltlich an den Vermächtnisnehmer verkauft werden<sup>24</sup>. Der Kauf unterliegt bereits tatbestandlich nicht der Erbschaftsteuer. Die Grundstücksabfindung ist nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG i.V.m. § 12 Abs. 3 ErbStG i.V.m. § 138 ff. BewG mit dem Grundbesitzwert zu bewerten.

#### 4. Problemfall: Anordnung der Übernahme von Verbindlichkeiten<sup>25</sup> beim Grundstücksvermächtnis

Ein Kaufrechtsvermächtnis kommt in der Praxis relativ selten vor, ein normales Grundstücksvermächtnis dagegen häufig. Im Regelfall soll der Vermächtnisnehmer auch die auf dem Grundbesitz lastenden Grundpfandrechte samt allen Rückgewähransprüchen und Eigentumsrechten<sup>26</sup> erhalten und die am Grundbesitz abgesicherten Verbindlichkeiten übernehmen. Auch sonst ist es aus dem Steuerrecht bekannt<sup>27</sup>, dass die Übertragung von Grundbesitz gegen Übernahme von Verbindlichkeiten voll- oder teilentgeltlich ist, also steuerlich wie ein Verkauf zu behandeln ist. Es stellt sich daher die Frage, ob auch diese Konstellation – wie das Kaufrechtsvermächtnis – dazu führt, dass dem Vermächtnisnehmer nicht mehr die steuerlichen Grundbesitzwerte zugute kommen. Diese Frage ist m.E. zu verneinen<sup>28</sup>. Bei der Verpflichtung, die Verbindlichkeiten zu übernehmen, handelt es sich zivilrechtlich um eine Bedingung, eine Auflage oder um ein Untervermächtnis zugunsten des oder der Erben. In jedem dieser Fälle wird jedoch kein selbständig zu bewertendes (Gestaltungs-)Recht wie beim Kaufrechtsvermächtnis geschaffen, es entsteht vielmehr

ein unmittelbarer Anspruch auf Grundstücksübertragung<sup>29</sup>. Dies entspricht der zivilrechtlichen Differenzierung des BGH<sup>30</sup> zwischen Kaufrechtsvermächtnis und Grundstücksvermächtnis mit Untervermächtnis. Daher können richtigerweise die Grundsätze des Besprechungsurteils nicht auf den Fall eines Grundstücksvermächtnisses mit der Verpflichtung zur Übernahme von Verbindlichkeiten übertragen werden. Der Grundbesitzerwerb des Vermächtnisnehmers ist daher mit dem Grundbesitzwert des § 12 Abs. 3 ErbStG zu bewerten. Es bleibt für die Praxis nur zu hoffen, dass die Rechtsprechung sich dieser Meinung anschließen wird. Ist kein Kaufrechtsvermächtnis (teilweise auch Übernahmerecht genannt) gewollt, sondern ein Grundstücksvermächtnis unter Auflage oder Untervermächtnis, so ist dies im Rahmen der Testamentsgestaltung möglichst klar zum Ausdruck zu bringen, da die Rechtsprechung<sup>31</sup> in unklaren Fällen eher zum Kaufrechtsvermächtnis neigt.

#### 5. Grunderwerb- und einkommensteuerliche Behandlung des Kaufrechtsvermächtnisses

Schenkungsteuerpflichtige Erwerbe von Grundbesitz sind nach § 3 Nr. 2 GrEStG steuerbefreit. Grundsätzlich ist daher auch der Erwerb von Grundbesitz aufgrund eines Vermächtnisses nach dieser Vorschrift von der Grunderwerbsteuer ausgenommen. Dies gilt nach h.M.<sup>32</sup> auch, wenn der Erwerb des Grundstücks aufgrund eines Kaufrechtsvermächtnisses erfolgt, obwohl das vermachte und der Erbschaftsteuer unterliegende Recht nicht der Grundstückserwerb selbst ist und der Erwerb des Grundstücks erst nach Ausübung des vermachten Gestaltungsrechts durch Abschluss eines Kaufvertrages erfolgt.

Einkommensteuerlich<sup>33</sup> kann ein Kaufrechtsvermächtnis einen steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn auslösen. Bei Privatvermögen ist dies der Fall, wenn die zeitlichen Grenzen des § 23 EStG eingehalten sind. Bei Betriebsvermögen sind Veräußerungsvorgänge stets steuerpflichtig. Handelt es sich um einen Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil gilt jedoch die Besonderheit, dass ein teilentgeltlicher Vorgang nicht aufgespalten wird, sondern nach der Einheitstheorie nur dann ein Gewinn entsteht, wenn die Gegenleistung den Gesamtbuchwert übersteigt.

Notarassessor Dr. Eckhard Wälzholz, Rosenheim

<sup>22</sup> BFH vom 25.10.1995, II R 5/92, BStBl. II 1996, 97 ff.; *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 3 Rdnr. 202; *Christoffel* in: Memento Steuerrecht, 2. Auflage, 2001, Rdnr. 7016 ff. (alle Vorstehenden zum Barvermächtnis; die Nachstehenden zum Pflichtteilsanspruch); BFH vom 7.10.1998, II R 52/96, BStBl. II 1999, 23 = ZEV 1999, 34 mit Anm. *Daragan*; *Meincke*, ErbStG, § 3 Rdnr. 53; *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 3 Rdnr. 203; *Moench*, ErbStG, § 3 Rdnr. 124 ff.

<sup>23</sup> Vgl. zu weiteren Überlegungen *Wälzholz*, ZEV 2001, 392 f.

<sup>24</sup> Diesbezüglich wird dann vermutlich GrESt anfallen.

<sup>25</sup> Vgl. zu einem ähnlichen Fall FG München vom 23.6.1999, 4 K 1163/95, EFG 1999, 1088, dazu auch *Geck/Messner*, ZEV 2000, 21, 22; *dies.* kritisch ZEV 2000, 99, 100.

<sup>26</sup> Vgl. dagegen bei fehlender Bestimmung im Testament BayObLG, MittBayNot 2001, 403 f.

<sup>27</sup> Vgl. *Heinicke* in: Schmidt, EStG, § 23 Rdnr. 24 m.w.N.; BFH vom 5.4.1990, GrS 4-6/89, BStBl. II 1990, 847 ff.; BMF vom 11.1.1993, BStBl. I 1993, 62 Tz. 71; BMF vom 13.1.1993, BStBl. I 1993, 80 Tz. 9.

<sup>28</sup> Ebenso FG München vom 23.6.1999, 4 K 1163/95, EFG 1999, 1088. Ebenso wohl *Baummann/Schulze zur Wiesche*, Handbuch der Vermögensnachfolge, 2001, S. 447. Kritisch gegenüber dem Urteil des FG hingegen *Geck/Messner*, ZEV 2000, 99, 100; ebenso *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 3 Rdnr. 178 a.E.

<sup>29</sup> Vgl. auch das FG Nürnberg vom 25.11.1999, IV 310/98, (Rev.), DStRE 2000, 1042 ff., das auch streng zwischen Kaufrechtsvermächtnis und Vermächtnis unter Auflage unterscheidet.

<sup>30</sup> So ausdrücklich und mit erfreulicher Klarheit BGH, ZEV 2001, 362, 363 = NJW 2001, 2883, 2883.

<sup>31</sup> FG Nürnberg vom 25.11.1999, IV 310/98, (Rev.), DStRE 2000, 1042 ff.

<sup>32</sup> BFH vom 21.7.1993, II R 118/90, BStBl. II 1993, 765 ff. = MittBayNot 1994, 172; zustimmend *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 3 Rdnr. 57; *Moench*, ErbStG, Einführung Rdnr. 46; *Wachter*, ZNotP 2001, 382, 386.

<sup>33</sup> Vgl. BMF vom 11.1.1993, BStBl. I 1993, 62, Tz. 71; *Hörger/Stephan*, Die Vermögensnachfolge im Erbschaft- und Ertragsteuerrecht, 1998, Rdnr. 270 f.; *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 535 ff., teilweise kritisch. Die Übernahme von Verbindlichkeiten ist u.E. insoweit ebenso zu behandeln wie ein Kaufrechtsvermächtnis. Anders dagegen, wenn das Untervermächtnis zugunsten eines Dritten ausgesetzt wird, vgl. BFH vom 16.5.1995, VIII R 18/93, BStBl. II 1995, 714 f., vgl. auch *Hörger/Stephan*, ebenda, Rdnr. 278.

### Grunderwerbsteuer:

#### Anzeigepflicht der Notare nach § 18 GrEStG bei Übertragung von Gesellschaftsanteilen

(OFD München, Verfügung vom 6.11.2001 – S 4540 – 35 St 351 –, OFD Nürnberg, Verfügung vom 29.10.2001 – S 4540 – 58/St 43 –)

In einem konkreten Fall ist die Frage aufgeworfen worden, ob der Notar verpflichtet ist, bei Geschäftsanteilsabtretungen im Rahmen seiner Anzeigepflicht (§ 18 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 20 Abs. 1 und 2 GrEStG) in der – neben der notariellen Urkunde – dem Finanzamt einzureichenden Veräußerungsanzeige sämtliche Gesellschaftsgrundstücke i.S. des § 2 GrEStG genau bezeichnet aufzulisten.

Zwischenzeitlich haben sich die obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder mit der Problematik befasst und sind zu folgendem Ergebnis gekommen:

Bei der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen besteht für den Notar bezüglich des Vorhandenseins von Grundstücken, die grunderwerbsteuerlich der Gesellschaft zuzurechnen sind, keine besondere Nachforschungspflicht, so dass er sich im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht auf die Angaben der Beteiligten beschränken kann. Diesbezüglich besteht für den Notar deshalb nur eine „**Erkundigungspflicht**“. Da der amtliche Vordruck „Veräußerungsanzeige“ für solche Fälle nur bedingt geeignet ist, können die Anzeigepflichtigen ihrer An-

zeigepflicht in einem vereinfachten Verfahren durch die Übersendung der notariellen Urkunde **und einer soweit als möglich ausgefüllten Veräußerungsanzeige** nachkommen. Die in § 20 Abs. 1 Nr. 2 (Bezeichnung des Grundstücks nach Grundbuch, Kataster, Straße und Hausnummer), Nr. 3 (Größe des Grundstücks und bei bebauten Grundstücken die Art der Bebauung) sowie in § 20 Abs. 2 GrEStG (Firma und Ort der Geschäftsleitung der Gesellschaft sowie die Bezeichnung des oder der Gesellschaftsanteile) geforderten Angaben brauchen in der Veräußerungsanzeige nicht gemacht zu werden. Durch die Verwendung des Vordrucksatzes „Veräußerungsanzeige“ – wenn auch nicht vollständig ausgefüllt – ist sichergestellt, dass die übersandten Urkunden im Finanzamt als grunderwerbsteuerliche Anzeigen erkennbar sind.

Die ggf. im Besteuerungsverfahren erforderlichen weiteren Sachverhaltsermittlungen (insbesondere bezüglich der der Gesellschaft grunderwerbsteuerlich zuzurechnenden Grundstücke) sind im Rahmen der §§ 88 ff. AO vom Finanzamt durchzuführen.

Das gemeinsame Merkblatt der Oberfinanzdirektionen München und Nürnberg über die steuerliche Beistandspflicht der Notare wird bei der nächsten Neuauflage entsprechend geändert. Die diesbezügliche Information der bayerischen Notare wird durch das Bayer. Staatsministerium der Finanzen über die Landesnotarkammer veranlasst.

Diese Verfügung wird in die GrESt-Kartei aufgenommen.

---

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Lorenz Bülow, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/551 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46,- € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 12,- € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.

### Personaländerungen

#### 1. Neuwahl des Vorstands der Notarkammer Pfalz am 27.10.2001

Ehrenpräsident: Notar JR Dr. Dieter Wischermann,  
Kaiserslautern

Präsident: Notar JR Klaus-Peter Seiberth, Frankenthal

Stellvertretender Präsident: Notar Dr. Gerald Wolf,  
Germersheim

Weitere Mitglieder: Notar Helmut Jacob, Kaiserslautern  
Notar Dr. Benno Sefrin, Hassloch  
Notar Dr. Robert Kiefer, Zweibrücken

#### 2. Verstorben :

Notar a. D. Albert Walter, Kitzingen, verstorben am 21.11.01.

#### 3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.4.2002:

Notar Gerhard Huber, Prien am Chiemsee

Mit Wirkung vom 1.5.2002:

Notar Elmar Büttel, Kempten

Notar Horst Sulzbach, Nördlingen

Mit Wirkung vom 1.7.2002:

Notar Edwin Oberacher, München

Notar Dr. Hans-Erwin Oberacher, München

Mit Wirkung vom 1.8.2002:

Notar Dr. Herbert Schlierf, Kaufbeuren

Notar Dietrich Ohr, Schongau

#### 4. Es wurde verliehen :

Mit Wirkung vom 1.11.2001:

Dahn dem Notarassessor  
Martin Kluge  
(bisher in Frankenthal Notar-  
stellen Barth/ JR Seiberth)

Lauterecken dem Notarassessor  
Dr. Bernd Gilcher  
(bisher in Kaiserslautern  
Notarstelle JR Dr. Wischermann)

Mit Wirkung vom 1.2.2002:

München dem Notar  
(in Sozietät mit Dr. Hans-Joachim Vollrath  
Notar Dr. Reuss) (bisher Geschäftsführer der  
Landesnotarkammer Bayern)

Mit Wirkung vom 1.4.2002:

Bamberg dem Notar  
(in Sozietät mit Dr. Jens Eue  
Notar Hillmann) (bisher in Kulmbach)

#### 5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.11.2001:

Dr. Alexander Pappmehl, Kaiserslautern (Notarstellen  
Pres/Jacob)

#### 6. Versetzung und sonstige Veränderungen :

Notar Robert Sieghörtner, Roth, wurde mit Wirkung vom  
31.5.2001 promoviert

Notarassessor Jörn Heinemann, Bad Neustadt a.d.Saale,  
(Notarstelle Dr. Wübben), wurde mit Wirkung vom  
20.7.2001 promoviert

Die Notare Dr. Wolfram Schneeweiß und Konrad Lautner,  
Straubing, haben sich mit Wirkung vom 1.11.2001 zur ge-  
meinsamen Berufsausübung verbunden

Notarassessor Christoph Schrenk, Uffenheim (Notarstelle  
Thiede), ab 15.11.2001 in Erlangen (Notarstellen Dr. Rie-  
der/Dr. Sommerhäuser)

Notarassessor Thomas Baumann, Kempten (Notarstelle  
Dr. Zechel), ab 1.12.2001 in Weilheim (Notarstelle Dr.  
Bracker)

Notarassessorin Dr. Susanne Frank, München (Notar-  
stelle Wilfart-Kammer), ab 1.12.2001 in München (Notar-  
stellen Dr. Keidel/Dr. Korte)

Notarassessor Gregor Stein, Alzenau (Notarstelle Brück-  
ner), ab 7.1.2002 in Würzburg (Deutsches Notarinstitut)

Die Notare Dr. Wolfgang Reuss und Dr. Hans-Joachim  
Vollrath, München, haben sich mit Wirkung vom 1.2.2002  
zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden

Notarassessor Christoph Hagspiel, Garmisch-Parten-  
kirchen (Notarstellen Dr. Aumüller/Dr. Reiner), ab  
18.2.2002 in Augsburg (Notarstellen Fügler/ Dr. Waibel)

Inspektor i. N. Stefan Hüttner, München (Notarstelle  
Weiß), ab 1.11.2001 in Schweinfurt (Notarstellen Schin-  
eis/Dr. Schmidt)

Amtmann i. N. Walter Kapp, Rain am Lech (Notarstelle  
Olshausen), ab 1.1.2002 in Höchstädt a.d. Donau (Notar-  
stelle Feist)

#### 7. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsärztin i. N. Elisabeth Eder, Lichtenfels (Notarstelle  
Dr. Schmidlein), ab 1.12.2001 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Karl-Heinz Rauch, Bamberg (Notarstellen  
Hillmann/Höfler), ab 1.12.2001 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Siegfried Zaus, Kemnath (Notarstelle Dr.  
Wörner), ab 1.1.2002 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Horst Erker, Bad Aibling (Notarstellen  
Dr. Graßmann/Altinger), ab 1.1.2002 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Josef Merz, Bamberg (Notarstellen Hill-  
mann/Höfler), ab 1.1.2002 im Ruhestand

Inspektorin i. N. Alexandra Mergel, Speyer (Notarstellen  
Dr. Rieder/Rohr), Kündigung zum 31.12.2001

## Sonstiges

### Zweites Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg zum Thema Vertragsobjekt Ehe und Lebenspartnerschaft, am Freitag, 19.4.2002 in den Räumlichkeiten des Juliusspitals, 97070 Würzburg, Klinikstraße 1

#### Themen:

- 1. Güter- und Vermögensrecht der eingetragenen Lebenspartnerschaft**  
Prof. Dr. Dagmar Kaiser, Universität Mainz
- 2. Erbschaft- und schenkungsteuerliche Rahmenbedingungen der Vermögensnachfolge eingetragener Lebenspartner**  
Notarassessor Thomas Reich, Deutsches Notarinstitut, Würzburg
- 3. Erbrechtsgestaltung bei der eingetragenen Lebenspartnerschaft**  
Notar Dr. Hans-Jürgen von Dickhuth-Harrach, Köln
- 4. Grenzen der Vertragsfreiheit im Unterhaltsrecht – Konsequenzen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**  
Prof. Dr. Thomas Rauscher, Universität Leipzig
- 5. Auswirkungen des § 23 EStG im Zusammenhang mit Scheidungsvereinbarungen**  
Prof. Dr. Klaus Tiedtke, Universität Würzburg

Jeweils im Anschluss an die Vorträge **Diskussion**. Gemeinsames Mittagessen mit der Möglichkeit zum Gedankenaustausch.

**Tagungsleitung:** Prof. Dr. Klaus Tiedtke, Universität Würzburg

**Teilnahmegebühr** (inkl. Verköstigung und Tagungsband): 110 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., 160 € für Nichtmitglieder.

Der Kostenbeitrag wird vor Beginn der Tagung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., mit Verwendungszweck: „**Symposium April 2002**“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ: 79020076, Konto-Nr. 6671594, überwiesen.

#### Anmeldungen und Information:

**Ausschließlich** beim Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 09 31/35 57 60, Fax: 09 31/35 57 62 25; E-Mail: notrv@dnoti.de

---

#### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Kempten, Notarstellen Büttel/Dr. Huber, Königstraße 6, 87435 Kempten

Obernburg, Notarstellen Herrmann/Volmer, ab 1.1.2002 Römerstraße 6a, 63785 Obernburg, Telefon : 0 60 22/70 97-0, Fax: 0 60 22/70 97 29

Straubing, Notarstellen Dr. Schneeweiß/ Lautner, Viktualienmarkt 3, 94315 Straubing, Telefon: 094 21/99 05-0, Fax: 094 21/99 05 25

Weilheim, Notarstelle Dr. Drasch, Eisenkramergasse 11/I, 82362 Weilheim

Frankenthal/Pfalz, Notarkammer Pfalz , ab 15.1.2002 Bahnhofstraße 36, 67227 Frankenthal/Pfalz

## Veranstaltungen des DAI 6/2001

- Die notarielle Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsmodernisierung  
(*Amann/Hertel*)  
11. Januar 2002 in Frankfurt/Main  
12. Januar 2002 in Gelsenkirchen  
18. Januar 2002 in Hamburg  
19. Januar 2002 in Berlin
- Notare als Mediatoren, Schlichter und Schiedsrichter  
(*Wegmann/Wagner/Bietz*)  
19. Januar 2002 in Frankfurt/Main
- Intensivkurs zu Ehegattenverträgen  
(*Langenfeld/Riemann*)  
7.–9. Februar 2002 in Lüneburg
- Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts und Steueränderungsgesetz 2001 – Neue Gestaltungsmöglichkeiten in der notariellen Praxis  
(*Koch/Spiegelberger*)  
15. Februar 2002 in Berlin  
16. Februar 2002 in Frankfurt
- Praktikertagung zum Bauträgervertrag – Aktuelle Fragen nach der Schuldrechtsmodernisierung  
(*Basty/Thode*)  
22. Februar 2002 in Mainz
- Grundstückserwerb und Immobiliengesellschaft Zivilrecht, Grunderwerb und Umsatzsteuer  
(*Görlich/Heckschen/Spiegelberger/Viskorf*)  
1. März 2002 in Wiesbaden
- Intensivkurs Erbrecht – Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Tod und vorbereitende Erbfolgemeasures  
(*Basty/Frenz/Nieder*)  
7.–9. März in Potsdam
- Notarforum: Aktuelle Fragen zur Notarhaftung – Aktuelle Rechtsprechungsübersicht, Gefahrenquelle Verwahrungstätigkeit, Verhaltensregeln bei drohendem Haftungsfall  
(*Zugehör/Ganther/Hertel/Schlee*)  
15. März 2002 in Berlin
- Praktikertagung: Das Anderkonto in der notariellen Praxis  
(*Hertel*)  
22. März 2002 in Rendsburg  
23. März 2002 in Wiesbaden

Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare (bzw. soweit vermerkt: Fachinstitut für Steuerrecht) –, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 02 34/9 70 64 18, Telefax 02 34/70 35 07, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de

---

## NEUERSCHEINUNGEN

---

1. Amann/Brambring/Hertel, Die Schuldrechtsreform in der notariellen Praxis, Verlag C.H. Beck, München, 2002, 574 Seiten, € 45,-.
2. Demharter, Grundbuchordnung, Verlag C.H. Beck, München, 24. Auflage 2002, XVIII und 1310 Seiten, € 68,-.
3. Fingerhut/Kroh, Das neue Schuldrecht in der Unternehmenspraxis, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002, rund 80 Seiten, € 11,-.
4. Heidinger (Red.), Gutachten zur Euroumstellung im Gesellschaftsrecht 1999/2000/2001, DNotI, Würzburg 2001, ermäßigt € 25,- (bei Direktbestellung).
5. Kirchhof, Einkommensteuergesetz – Kompaktkommentar, C. F. Müller Verlag, 2. Auflage 2002, ca. 2200 Seiten, € 97,-.
6. Kopp/Heidinger, Notar und Euro, DNotI, Würzburg, erweiterte und neu bearbeitete 2. Auflage 2001, 112 Seiten ermäßigt € 15,- (bei Direktbestellung).
7. Schreiber [Hrsg.], Immobilienrecht: Handbuch, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2001, 1279 Seiten, € 188,-.
8. Schmidt-Räntsch, Das neue Schuldrecht – Ersterläuterung, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002, rund 300 Seiten, ca. € 40,-.
9. Zöller, Zivilprozessordnung, Verlag Dr. Otto Schmidt, 23. Auflage, 2002, rund 2850 Seiten, ca. € 150,-.

**1. EuGH: Das Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte erfasst grundsätzlich auch durch Grundpfandrechte gesicherte Darlehen**

1. Die Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist dahin auszulegen, dass sie auf einen Realkreditvertrag wie den im Ausgangsverfahren fraglichen anwendbar ist, so dass der Verbraucher, der einen derartigen Vertrag in einem der in Artikel 1 dieser Richtlinie genannten Fälle geschlossen hat, über das Widerrufsrecht nach Artikel 5 der Richtlinie verfügt.
2. Der nationale Gesetzgeber ist durch die Richtlinie 85/577 daran gehindert, das Widerrufsrecht nach Artikel 5 dieser Richtlinie für den Fall, dass der Verbraucher nicht gemäß Artikel 4 dieser Richtlinie belehrt wurde, auf ein Jahr nach Vertragsabschluss zu befristen.

(Urteil vom 13.12.2001 – C-481/99 –)

**2. BGH: Aufgabe eines Betriebszweiges durch Unternehmensnießbraucher**

(§§ 1030, 1036 Abs. 2, 1037 Abs. 1, 1039, 1041, 1051 BGB)

1. Der Nießbraucher eines Hofes, dem die Stellung eines Unternehmers eingeräumt ist, ist befugt, einzelne Betriebszweige unter Aufrechterhaltung des landwirtschaftlichen Betriebs im Übrigen aufzugeben.
2. Veräußert der Unternehmensnießbraucher Anlagevermögen des Hofes, ist er bereits während des Bestehens des Nießbrauchs verpflichtet, durch Reinvestition den landwirtschaftlichen Betrieb in seinem Bestand zu erhalten; hierbei steht ihm ein unternehmerischer Ermessensspielraum zu. Die Reinvestition kann auch durch Tilgung von Hofverbindlichkeiten erfolgen.
3. Der Eigentümer des Hofes kann, wenn Reinvestitionen für veräußerte Anlagegüter unterbleiben, Sicherheitsleistung verlangen.

(Urteil vom 2.11.2001 – V ZR 264/00 –)

**3. BFH: Verfassungswidrigkeit der erbschaftsteuerlichen Privilegierung von Grundbesitz, Betriebsvermögen und anderem Vermögen**

(Art. 3 Abs. 1, Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG)

Das BMF wird aufgefordert, dem Verfahren beizutreten. Im Streitfall geht es u.a. um die Frage, ob die Vorschrift des § 19 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 10 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ErbStG, § 12 ErbStG i.d.F. des JStG 1997 in Verbindung mit den in dieser Vorschrift in Bezug genommenen Vorschriften des BewG i.d.F. des JStG 1997 sowie §§ 13a, 19a ErbStG i.d.F. des JStG 1997 wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) insofern verfassungswidrig ist, als

- § 19 Abs. 1 ErbStG die Anwendung eines einheitlichen Steuertarifs auf alle Erwerbsvorgänge vorsieht, obwohl Betriebsvermögen, (bebauter) Grundbesitz, land- und forstwirtschaftliches Vermögen und nicht notierte Anteile an Kapitalgesellschaften nur mit einem (z.T. geringen) Teil ihrer Verkehrswerte in die Bemessungsgrundlage eingehen und übriges Vermögen mit dem gemeinen Wert (§ 9 BewG) oder diesem vergleichbaren Werten (vgl. §§ 10 bis 16 BewG) anzusetzen ist,
- das Gesetz den ungekürzten Abzug der mit dem unterbewerteten Vermögen zusammenhängenden Schulden zulässt,
- die in der Unterbewertung liegende Privilegierung keinem Nachsteuerungsvorbehalt unterliegt,
- die der Begünstigung von „Betriebsvermögen“ dienenden §§ 13a und 19a ErbStG es zulassen, auch „Privat“-Vermögen durch einfache Rechtsformwahl (gewerblich geprägte Personengesellschaft; Kapitalgesellschaft) in den Begünstigungsbereich dieser Vorschriften zu bringen.

(Beschluss vom 24.10.2001 – II R 61/99 –)

**4. BayObLG: Begründung von Teileigentum an zu errichtender Tiefgarage; Verfahren, wenn Errichtung endgültig unterbleibt**

(§ 242 BGB, § 8 Abs. 1 WEG)

Teileigentum kann auch in der Weise begründet werden, dass mit dem Miteigentumsanteil das Sondereigentum an einer erst noch zu errichtenden Tiefgarage verbunden wird. Wird die Tiefgarage nicht errichtet und haben die Wohnungseigentümer kein Interesse an ihrer Erstellung, kann es nach Treu und Glauben geboten sein, den bestehenden Zustand in der Weise zu bereinigen, dass die Wohnungseigentümer ohne Zahlung eines Wertausgleichs die Miteigentumsanteile übernehmen, die mit dem Sondereigentum an der Tiefgarage verbunden sind, und dass das Sondereigentum aufgehoben wird.

(Beschluss vom 7.11.2001 – 2Z BR 10/01 –)

**5. Pfälzisches OLG Zweibrücken: Keine Satzungsbescheinigung bei vollständiger Neufassung der Satzung**

(§ 54 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz GmbHG, §§ 8 ff. BeurkG)

Bei der vollständigen Neufassung eines Gesellschaftsvertrages handelt es sich um eine Vertragsänderung im Sinne des § 54 Abs. 1 GmbHG, so dass § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG grundsätzlich Anwendung findet; die Vorlage einer notariellen Bescheinigung im Sinne des § 54 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz GmbHG ist jedoch entbehrlich, wenn die Gesellschafter der GmbH die neue Satzung in dem dem Handelsregister vorzulegenden Wortlaut beschließen und ein Notar die Neufassung der Satzung als Gesellschafterbeschluss gemäß §§ 8 ff. BeurkG wirksam beurkundet hat.

(Beschluss vom 10.10.2001 – 3 W 200/01 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F