

1 MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2005

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar in Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,
Notar in Passau

Schriftleiter:

Dr. Markus Krebs,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Rosendorfer: Überleitung von Ansprüchen aus
Überlassungsverträgen auf den Sozialhilfeträger 1

Keim: Probleme bei Abänderung und
Widerruf von Grundstückskaufangeboten 10

Everts: Der dritte Rentenerlass 13

Lichtenwimmer/Siebenhaar: Louisiana Civil Law Notaries 17

Rechtsprechung

Formlose Rücknahme des Widerrufs eines notariell
beurkundeten Angebots
(BGH, Urteil vom 26.3.2004, V ZR 90/03) 34

Bestimmtheitsgrundsatz bei skizzenhaftem Lageplan
(OLG Saarbrücken, Beschluss vom 20.4.2004,
5 W 208/04-50) 43

Zurückbehaltungsrecht eines Ehegatten gegenüber
Übernahmerecht des anderen
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 15.6.2004,
5 UF 20/04) 48

Auslegung einer Pflichtteils Klausel im Berliner Testament
(BayObLG, Beschluss vom 20.1.2004, 1Z BR 134/02) 50
mit Anmerkung *J. Mayer* 53

Eintragung der abstrakten Vertretungsbefugnis
bei GmbH & Co. KG
(OLG Köln, Beschluss vom 24.5.2004, 2 Wx 16/04) 56

Prüfungsumfang im Klauselerteilungsverfahren
(BayObLG, Beschluss vom 10.5.2004, 1Z BR 023/04) 63
mit Anmerkung *Apfelbaum* 64

Verfassungsrechtliche Anforderungen bei Rechtsetzungsbefugnissen der Notarkassen
(BVerfG, Beschluss vom 13.7.2004, 1 BvR 1298/94,
1 BvR 1299/94, 1 BvR 1332/95, 1 BvR 613/979) 67

Weitergabe der Grundbuchabrufkosten an den
Kostenschuldner zulässig
(BayObLG, Beschluss vom 27.10.2004, 3Z BR 185/04) 76

Geltung der BGB-Verjährungsvorschriften für Zahlungsansprüche aus öffentlich-rechtlichem Vertrag
(BayObLG, Urteil vom 25.5.2004, 1Z RR 005/03) 81
mit Anmerkung *Grziwotz* 83

Inhalt

Aufsätze

- Rosendorfer*: Überleitung von Ansprüchen aus Überlassungsverträgen auf den Sozialhilfeträger **1**
- Keim*: Probleme bei Abänderung und Widerruf von Grundstückskaufangeboten **10**
- Everts*: Der dritte Rentenerlass **13**
- Lichtenwimmer/Siebenhaar*: Louisiana Civil Law Notaries **17**

Buchbesprechungen

- Kersten/Bühling: Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ergänzungsband zur 21. Auflage (*Caspary*) **25**
- Grziwotz/Koeble (Hrsg.): Handbuch Bauträgerrecht (*Kutter*) **26**
- Müller: Praktische Fragen des Wohnungseigentums (*Kreuzer*) **27**
- Reithmann/Martiny: Internationales Vertragsrecht (*Fetsch*) **28**
- Schlüter/Knippenkötter: Die Haftung des Notars; Zugehör/Ganter/Hertel: Handbuch der Notarhaftung (*Heinemann*) **29**
- Formularbuch Recht und Steuern (*Pöppel*) **30**
- Gottwald: Grunderwerbsteuer (*Reimann*) **31**
- Schöttler: Verbraucherschutz durch Verfahren (*Volmer*) **32**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Formlose Rücknahme des Widerrufs eines notariell beurkundeten Angebots (BGH, Urteil vom 26.3.2004, V ZR 90/03) **34**
2. Duldungsvollmacht und Strukturvertrieb (BGH, Urteil vom 20.4.2004, XI ZR 164/03) **36**
3. Verkehrswertermittlung und Sittenwidrigkeit (BGH, Urteil vom 2.7.2004, V ZR 213/03) **38**
4. Nichtbestehen des Grundstücks im Grundbuch als Rechtsmangel (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 2.7.2004, 24 U 205/03) **40**

Sachen- und Grundbuchrecht

5. Verwechslung von dienendem und herrschendem Grundstück (BayObLG, Beschluss vom 11.8.2004, 2Z BR 122/04) **41**
6. Auslegung einer Pfandfreigabe vor Vermessung (BayObLG, Beschluss vom 9.9.2004, 2Z BR 107/04) **42**
7. Bestimmtheitsgrundsatz bei skizzenhaftem Lageplan (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 20.4.2004, 5 W 208/04-50) **43**

Inhalt (Fortsetzung)

8. Eintragungsfähigkeit einer Hypothek mit auf Basiszinssatz Bezug nehmender Zinsklausel
(LG Schweinfurt, Beschluss vom 28.7.2004, 43F T 42/04) **46**
9. Eintragungsfähigkeit einer Anrechnungsabrede bei einer Reallast
(LG Augsburg, Beschluss vom 5.8.2004, 4 T 2336/04) **47**
10. Isolierte Bewilligung einer Eigentumsvormerkung
(LG Bonn, Beschluss vom 24.9.2004, 6 T 196/04) **47**

Familienrecht

11. Zurückbehaltungsrecht eines Ehegatten gegenüber Übernahmerecht des anderen
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 15.6.2004, 5 UF 20/04) **48**
12. Zahlungsverprechen an den nichtehelichen Lebenspartner
als deklaratorisches Schuldanerkenntnis
(LG Coburg, Urteil vom 21.4.2004, 21 O 545/03) **49**

Erbrecht

13. Auslegung einer Pflichtteils Klausel im Berliner Testament
(BayObLG, Beschluss vom 20.1.2004, 1Z BR 134/02) **50**
mit Anmerkung *J. Mayer* **53**
14. Kein Recht zur Ausschlagung aus nur wegen der Ausschlagung wirksamer
letztwilliger Verfügung
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 1.7.2004, 3 W 102/04) **54**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. Amtsende des nur für bestimmte Aufgaben bestellten Notvorstand
eines Vereins (*nur Leitsatz*)
BayObLG, Beschluss vom 9.7.2004, 3Z BR 012/04 **56**
16. Eintragung der abstrakten Vertretungsbefugnis bei GmbH & Co. KG
(OLG Köln, Beschluss vom 24.5.2004, 2 Wx 16/04) **56**
17. Sittenwidrigkeit einer Hinauskündigungsklausel
(OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 23.6.2004, 13 U 89/03) **57**
18. Keine Tilgung der Stammeinlageforderung bei Aufrechnung
durch Gesellschafter (*nur Leitsatz*)
(KG, Urteil vom 13.8.2004, 14 U 23/03) **60**
19. Stichtagsbezogene Vorbelastungshaftung bei Mantelverwendung
(Thüringer OLG Jena, Urteil vom 1.9.2004, 4 U 37/04) **60**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

20. Prüfungsumfang im Klauselerteilungsverfahren
(BayObLG, Beschluss vom 10.5.2004, 1Z BR 023/04) **63**
mit Anmerkung *Apfelbaum* **64**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

21. Verfassungsrechtliche Anforderungen bei Rechtsetzungsbefugnissen der Notarkassen
(BVerfG, Beschluss vom 13.7.2004, 1 BvR 1298/94, 1 BvR 1299/94,
1 BvR 1332/95, 1 BvR 613/979) **67**
22. Belehrungspflicht bei rechtlich undurchführbarem Geschäft
(BGH, Urteil vom 15.7.2004, IX ZR 262/00) **72**

Kostenrecht

23. Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten im Schlichtungsverfahren
(BayObLG, Beschluss vom 29.6.2004, 1Z BR 36/04) **73**
24. Kostenrechtlicher Wert des Anteils an einer Personengesellschaft
(BayObLG, Beschluss vom 4.8.2004, 3Z BR 20/04) **74**
25. Weitergabe der Grundbuchabrufkosten an den Kostenschuldner zulässig
(BayObLG, Beschluss vom 27.10.2004, 3Z BR 185/04) **76**
26. Notargebühren bei Gründung einer GmbH durch Vor-AG
(KG, Beschluss vom 18.5.2004, 1 W 7349/00) **78**
27. Kostenberechnung bei Euromstellung
(OLG Hamm, Beschluss vom 27.5.2004, 15 W 138/04) **79**

Öffentliches Recht

28. Geltung der BGB-Verjährungsvorschriften für Zahlungsansprüche
aus öffentlich-rechtlichem Vertrag
(BayObLG, Urteil vom 25.5.2004, 1Z RR 005/03) **81**
mit Anmerkung *Grziwotz* **83**

Hinweis für die Praxis

Einkommensteuerrechtliche Behandlung von wiederkehrenden Leistungen
im Zusammenhang mit der Übertragung von Privat- oder Betriebsvermögen
(Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 16.9.2004,
Gz. IV C 3 – S 2255 – 354/04) **85**

Standesnachrichten 91

Sonstiges III



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

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

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Überleitung von Ansprüchen aus Überlassungsverträgen auf den Sozialhilfeträger

Von Notarin *Sylvia Rosendorfer*, Ludwigsstadt

Gerade bei landwirtschaftlichen Übergaben, aber auch bei Überlassungen sonstiger Objekte an die nachfolgende Generation werden als Gegenleistung oft Rentenzahlungen, Nutzungsrechte und Wart- und Pflegeverpflichtungen vereinbart. Welche Konsequenzen ergeben sich hieraus, wenn der Übergeber seinen Lebensabend in einem Pflegeheim verbringen und Sozialhilfeleistungen beanspruchen muss?

Im Dezember 2001 waren laut Pflegestatistik 2001 des Statistischen Bundesamtes¹ 2,04 Millionen Menschen pflegebedürftig im Sinne des Pflegeversicherungsgesetzes (SGB XI); davon wurden 604 000 (etwa 30 %) in Pflegeheimen versorgt. Die deutliche Mehrheit (rund 1,44 Millionen) wurde also zu Hause gepflegt. Beachtenswert ist, dass davon eine Million Pflegebedürftige ausschließlich Pflegegeld erhielten, d. h., sie wurden in der Regel allein durch Angehörige versorgt.²

Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 21.9.2001³ und vom 23.1.2003⁴ könnten eine Kehrtwende in der Beurteilung von sog. Wegzugsklauseln einleiten. Solche Klauseln sollen verhindern, dass sich Naturalleistungspflichten, zu denen sich der Erwerber im Zuge einer Überlassung verpflichtet hat, bei einem dauerhaften Wegzug des Veräußerers vom übergebenen Anwesen in eine Geldzahlungspflicht umwandeln.

Der folgende Beitrag schaltet der Erörterung der vorgenannten Gerichtsentscheidungen einen Abschnitt vor, in dem die Voraussetzungen für eine Überleitung von Naturalleistungsansprüchen des Übergebers auf den Sozialhilfeträger dargestellt werden. Anschließend wird der Versuch unternommen, die Auswirkungen der genannten BGH-Entscheidungen auf die Kautelarpraxis einzuschätzen.

1. Tatbestandsmerkmale des § 93 SGB XII⁵

Sozialhilfe erhält nach § 2 Abs. 1 SGB XII nicht, wer sich vor allem durch Einsatz seiner Arbeitskraft, seines Einkommens und seines Vermögens selbst helfen kann oder wer die er-

forderliche Leistung von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. Zur Durchsetzung dieses sog. Nachrangigkeitsprinzips kann der Sozialhilfeträger gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII durch schriftliche Anzeige bewirken, dass ein Anspruch, den die leistungsberechtigte Person für die Zeit, für die Leistungen erbracht werden, gegen einen anderen hat, der kein Leistungsträger im Sinne des § 12 SGB I ist, bis zur Höhe seiner Aufwendungen auf ihn übergeht.

Neben dem Grundsatz der Gleichzeitigkeit (der überzuleitende Anspruch muss nach dem Gesetzeswortlaut für die Zeit bestehen, für die Leistungen erbracht werden) und der Schranke des § 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII, wonach der Anspruchübergang nur insoweit bewirkt werden darf, als bei rechtzeitiger Leistung des anderen entweder die Leistung nicht erbracht worden wäre oder ein Aufwendungsersatz oder

¹ Veröffentlicht unter www.destatis.de in der Rubrik „Online-Publikationen“.

² Leider hat das Statistische Bundesamt keine Zahlen dazu vorgelegt, in wie vielen Fällen der häuslichen Pflege eine Wart- und Pflegeverpflichtung bestand.

³ V ZR 14/01, MittBayNot 2002, 179 f.

⁴ V ZB 48/02, MittBayNot 2004, 180 ff. mit Anm. *Jörg Mayer*.

⁵ Bislang § 90 BSHG. Alte und neue Gesetzestexte sind unter www.bmgs.bund.de veröffentlicht. Zu den am 1.1.2005 in Kraft getretenen sozialhilferechtlichen Neuerungen siehe den Überblick von *Krauß*, MittBayNot 2004, 330 ff.

ein Kostenbeitrag zu leisten wäre, setzt die Überleitung voraus, dass überhaupt ein Anspruch gegeben ist.

Unter dem Begriff „Anspruch“ versteht man dabei wie im Zivilrecht (§ 194 BGB) das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Dingliche Rechte sind daher ebenso wenig wie Gestaltungsrechte auf den Sozialhilfeträger überleitbar, da sie sich durch ihre absolute Wirkung gegenüber jedermann auszeichnen.⁶ In diesem Bereich kommt es also gar nicht auf die Tatsache an, dass nach § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII der Übergang nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass der Anspruch nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden kann. Soweit aber das Gestaltungs- bzw. dingliche Recht einen Vermögenswert darstellt, kann der Sozialhilfeträger den Hilfeempfänger vorrangig auf dessen Einsatz verweisen (§§ 2 Abs. 1, 19 SGB XII).

Die weitere Untersuchung konzentriert sich auf das Problem der Überleitungsfähigkeit der beiden klassischen im Rahmen einer Überlassung in natura zu erbringenden Gegenleistungen, nämlich Wohnungsrecht⁷ und Wart- und Pflegeverpflichtung.

Bei einem als Gegenleistung für die Überlassung von Grundbesitz eingeräumten Wohnungsrecht muss differenziert werden, ob lediglich ein schuldrechtliches Wohnungsrecht vereinbart worden ist oder – wie im Regelfall – ein dingliches Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB bestellt worden ist, das einen speziellen Fall einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit darstellt. Die Überleitung eines dinglichen Wohnungsrechts als solches auf den Träger der Sozialhilfe scheidet nach dem oben Gesagten aus. Auf der zweiten Stufe stellt sich jedoch die Frage nach dem Bestehen überleitungsfähiger Wertersatzansprüche im Falle eines Heimaufenthalts.

Für ein bloß schuldrechtlich vereinbartes Wohnungsrecht vertritt *Karpen* die Auffassung, dass der prinzipiell denkbaren Überleitung auf den Sozialhilfeträger die Änderung und Erschwerung der Erfüllung der Leistungspflicht durch den Schuldner entgegenstehe, wenn der Träger der Sozialhilfe zur Ausübung des Wohnungsrechts berechtigt wäre. Das Wohnungsrecht werde nämlich nur einer ganz bestimmten Person eingeräumt, so dass eine Änderung in der Person des Berechtigten zwingend zu einer Inhaltsänderung der zu erbringenden Leistung führen würde.⁸ Eine neuere Auffassung geht sogar so weit, die Überleitung generell nur noch bei Ansprüchen zuzulassen, die auf Geld gerichtet sind bzw. aufgrund landesrechtlicher Bestimmungen von Natural- in Geldleistungsansprüche umgewandelt worden sind. Als Argument hierfür wird der Wortlaut des § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII angeführt („bis zur Höhe seiner Aufwendungen“).⁹ Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Auch ein auf Naturalleistung gerichteter Anspruch kann durchaus einen Geldwert besitzen, so dass eine derartige Beschränkung im krassen Gegensatz zum Grundsatz des Nachrangs der Sozialhilfe stehen würde.¹⁰

Festzuhalten ist also, dass bei einem Wohnungsrecht – sei es nun schuldrechtlicher oder dinglicher Natur – primär nur Nebenleistungspflichten wie z. B. die Tragung von Neben-

kosten nach § 93 SGB XII überleitbar sind. Hinsichtlich des Wohnungsrechts selbst fragt sich, ob eine rechtliche Grundlage für die Umwandlung in eine Geldersatzrente gegeben ist, die ihrerseits einen überleitungsfähigen Anspruch darstellt.

Der Überleitung einer Wart- und Pflegeverpflichtung steht zwar gemäß § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII die fehlende Pfändbarkeit und Abtretbarkeit nicht entgegen; für den Sozialhilfeträger sind jedoch ausschließlich Geldleistungen von Interesse, so dass die Prüfung auch hier in die Frage mündet, ob sich bei einem Heimaufenthalt die primäre Leistungspflicht in einen Anspruch auf Geldersatz umwandelt.

Zu beachten ist, dass Geldrenten, die nach landesrechtlichen Bestimmungen an die Stelle der primären Naturalleistungspflichten treten, als Bestandteil eines Austauschvertrags unter § 93 SGB XII und nicht unter § 94 SGB XII fallen, der eine Spezialnorm für die Überleitung von Unterhaltsansprüchen darstellt.¹¹

2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Art. 18 BayAGBGB

Die Umwandlung von Altenteils- oder Leibgedingsleistungen in eine Pflicht zur Geldrentenzahlung für den Fall, dass der Altenteiler das übergebene Anwesen dauerhaft verlässt, ist in den über Art. 96 EGBGB fortgeltenden landesrechtlichen Vorschriften (in Bayern Art. 18 ff. BayAGBGB) spezialgesetzlich normiert. Hintergrund der speziellen Regelung der Leistungsstörungen (insbesondere der Ausschluss von Rücktrittsrechten nach Art. 17 BayAGBGB) ist der, dass der Übernehmer des Anwesens, der sich auf die Übergabe eingestellt hat, durch eine Rückgabe des Anwesens in seinen wirtschaftlichen Dispositionen schwerwiegend beeinträchtigt und möglicherweise sogar existenzlos gestellt würde.¹²

Das Augenmerk soll im Folgenden auf den in Art. 18 BayAGBGB normierten Regelfall gerichtet werden, dass der Auszug des Übergebers nicht durch sein eigenes Verhalten oder das des Übernehmers verursacht worden ist (siehe zu diesen Fällen Art. 19 und Art. 20 BayAGBGB). Nach Art. 18 Satz 1 BayAGBGB hat der Verpflichtete (also der Übernehmer) dem Berechtigten (dem Übergeber), wenn er aus besonderen Gründen das Grundstück auf Dauer verlassen muss, für die Befreiung von der Pflicht zur Gewährung der Wohnung und zu Dienstleistungen eine Geldrente zu zahlen, die dem Wert der Befreiung nach billigem Ermessen entspricht.

2.1 Leibgedingsvertrag

Aus der systematischen Stellung des Art. 18 BayAGBGB im dritten Abschnitt des Gesetzes ergibt sich, dass die Norm nur bei Vorliegen eines Leibgedingsvertrags einschlägig ist, der mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung steht (siehe Art. 7 BayAGBGB).

Auf den Begriff des Leibgedingsvertrags, der nirgends legaldefiniert, sondern vielmehr historisch tradiert ist und in der bauerlichen Hofübergabe wurzelt, soll hier nur überblicksartig eingegangen werden, da er für die sozialhilferechtliche Überleitungsproblematik – wie noch zu zeigen sein wird – nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist. Die Rechtsprechung¹³ definiert heute das Leibgeding als einen vertragsmäßig oder durch letztwillige Verfügung zugewendeten Inbe-

⁶ Vgl. *Karpen*, MittRhNotK 1988, 136.

⁷ Auf ein Nießbrauchsrecht hat der Eintritt des Pflegefalls dagegen keine Auswirkung, da sich die Rechtsausübung hier ohne weiteres durch die Vermietung des Objekts fortsetzen kann.

⁸ MittRhNotK 1988, 146 f.

⁹ OLG Braunschweig, Nds.Rpfl 1996, 93 ff. (Leitsatz in FamRZ 1997, 27).

¹⁰ Ebenso *Littig/Mayer*, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, Rdnr. 96.

¹¹ *Staudinger/Albrecht* (1997), Art. 96 EGBGB Rdnr. 61.

¹² BayObLGZ 94, 12 (20).

¹³ Z. B. BayObLG, MittBayNot 1993, 208 (209).

griff von Rechten verschiedener Art, die zu einer Einheit verbunden sind durch ihre Zweckbestimmung, dem Berechtigten ganz oder teilweise Versorgung zu gewähren. Das Leibgeding wird dabei häufig als „sozial motivierter Versorgungsvertrag“¹⁴ umschrieben, der besondere persönliche Beziehungen zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem voraussetzt,¹⁴ so dass die sonst bei Verträgen im Vordergrund stehende Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung zurücktritt.¹⁵ Ob es sich bei einem konkreten Rechtsgeschäft um einen Leibgedingsvertrag handelt, ist letztlich Ergebnis einer wertenden Betrachtung, bei der nicht der Wortlaut, sondern der tatsächlich vereinbarte Rechtsinhalt den Ausschlag gibt. Wesensmerkmal des Leibgedingsvertrags ist, dass er mit einer Veräußerung von Grundbesitz in Verbindung steht (Art. 7 Bay-AGBGB) und eine örtliche Bindung an das Grundstück aufweist, auf welchem dem Berechtigten die dinglich gesicherten Leistungen gewährt werden.¹⁶

Weiter wird der Leibgedingsvertrag durch das Nachrücken des Übernehmers in eine die Existenz – wenigstens teilweise – sichernde Wirtschaftseinheit charakterisiert,¹⁷ was gerade bei der Überlassung städtischer Grundstücke¹⁸ immer wieder Zweifelsfragen aufwirft. Nach Auffassung des Bay-ObLG¹⁹ braucht die Versorgung des Berechtigten nicht unbedingt „aus dem Grundstück“ erwirtschaftet zu werden, auch wenn dies dem traditionellen Bild einer landwirtschaftlichen Hofübergabe entspricht. Der Entscheidung über das Vorliegen eines Leibgedings liege vielmehr die wertende Betrachtung einer Mehrzahl von Kriterien zugrunde, wobei der auf persönlich-soziale Beziehungen gestützte Versorgungscharakter im Vordergrund stehe. Dem kann nur zugestimmt werden, vor allem da nicht einzusehen ist, weshalb die Übertragung eines städtischen Wohnhauses, das dem Erwerber ein Leben ohne Miet- und Schuldenlast ermöglicht, aus dem Anwendungsbereich des Leibgedingsvertrags ausgeschlossen werden soll.²⁰ Demzufolge ist mit Wolf²¹ der Begriff „Wirtschaftseinheit“ unabhängig von einer damit eventuell verbundenen gewerblichen Tätigkeit zu verstehen als Inbegriff von Rechten verschiedener Art, die durch ihre Zweckbestimmung, dem Berechtigten ganz oder teilweise Versorgung zu gewähren, miteinander verbunden sind.

Klassische Inhalte eines Leibgedingsvertrags sind die Einräumung eines Wohnungsrechts auf dem überlassenen Grund-

stück, Gewährung von Tischkost, Wart und Pflege, Geldleistungen sowie die Übernahme von Beerdigungs- und Grabpflegekosten. Einigkeit besteht darüber, dass ein Leibgeding auch dann vorliegen kann, wenn nur einzelne solcher Verpflichtungen vereinbart werden.²² Sogar eine einzige Gegenleistung ist jedenfalls im städtischen Bereich als ausreichend anzusehen, da sich den maßgeblichen landesrechtlichen Bestimmungen keine Einschränkung dahin entnehmen lässt, dass erst ab einer bestimmten Mindestzahl von Rechten von einem Leibgeding zugunsten des Übergebers ausgegangen werden darf.²³ Entscheidend ist allein, dass die vereinbarte Leistungspflicht des Erwerbers die Versorgung des Veräußerers bezweckt. Gerade die Gewährung eines Wohnungsrechts darf zumindest bei bescheidenen Einkommensverhältnissen in ihrer existenzsichernden Wirkung nicht unterschätzt werden.²⁴

Umgekehrt darf man aber auch nicht aus den Augen verlieren, dass eine Grundstücksübertragung gegen eine Wohnungsgewährung mit Pflege- und Versorgungsverpflichtung allein noch keinen Leibgedingsvertrag ausmacht. Auch hier kann im Einzelfall gegenüber dem Versorgungsaspekt der Charakter eines gegenseitigen Vertrages mit beiderseits gleichwertigen Leistungen in den Vordergrund treten.²⁵

Irrelevant für die Beurteilung als Leibgeding ist dagegen die Vereinbarung bestimmter Bedingungen, unter denen die Leibgedingsrechte schon zu Lebzeiten des Berechtigten enden, so z. B. bei Wiederverheiratung oder bei Wegzug vom Vertragsobjekt.²⁶

2.2 Dauerhaftes Verlassen des Grundstücks

Der Geldersatzanspruch nach Art. 18 BayAGBGB setzt voraus, dass der Berechtigte aus besonderen Gründen das Grundstück auf Dauer verlassen muss. Es ist also weder ein Verschulden des Berechtigten noch des Verpflichteten Voraussetzung; erforderlich und ausreichend ist allein das Vorliegen besonderer Gründe für den Wegzug. Bei dauerhaftem Umzug des Berechtigten in ein Alten- oder Pflegeheim wird dies allgemein bejaht.²⁷

Die Abgrenzung, wann der Berechtigte das Anwesen dauerhaft und nicht nur vorübergehend verlässt, hat das BayObLG in seinem Beschluss vom 7.8.1997²⁸ thematisiert. Das Gericht orientiert sich dabei an der in § 7 Abs. 3 BGB enthaltenen Regelung; danach wird der Wohnsitz aufgehoben, wenn die Niederlassung mit dem Willen aufgehoben wird, sie aufzugeben. Zur Aufgabe des Wohnsitzes muss also der Wille hinzukommen, den Schwerpunkt der Lebensverhältnisse nicht am bisherigen Wohnsitz zu belassen. Bei einem länger andauernden Krankenhausaufenthalt oder dem Aufenthalt in einem Pflegeheim soll deshalb der Wohnsitz so lange nicht auf Dauer verlassen sein, wie nicht feststeht, dass der Berechtigte nicht mehr in seine Wohnung zurückkehren wird. Bei Begründung eines Zweitwohnsitzes bleibe der Aufenthalt in der ursprünglichen Wohnung dagegen unberührt.

14 BayObLG, MittBayNot 1993, 208 (209); OLG Köln, DNotZ 1990, 513 (515); *Staudinger/Albrecht* (1997), Art. 96 EGBGB Rdnr. 8.

15 Hierzu BayObLG, DNotZ 1994, 869.

16 Vgl. BayObLG, DNotZ 1975, 622 (625); BayObLGZ 1994, 12 (19 f.).

17 BayObLG, MittBayNot 1990, 168 (169).

18 Schon seit langem ist anerkannt, dass das Leibgeding als Rechtsinstitut nicht auf den landwirtschaftlichen Bereich beschränkt ist; siehe z. B. BGH, DNotZ 1982, 45.

19 MittBayNot 1993, 208 (209): Der Entscheidung lag die Überlassung eines aus Wohnhaus, Nebengebäude und Garten bestehenden Anwesens gegen Einräumung eines unentgeltlichen Nießbrauchs und Vereinbarung einer Wart- und Pflegeverpflichtung zugrunde. Ähnlich auch LG Bamberg, MittBayNot 1993, 154 f.

20 A. A. OLG Köln, Rpfleger 1992, 431 (432): Hier wurde aus dem Erfordernis des Nachrückens in eine die Existenz sichernde Wirtschaftseinheit gefolgert, dass bei der Übertragung eines ausschließlich eigenen Wohnzwecken dienenden Grundstücks ein Leibgedingsvertrag grundsätzlich nicht in Betracht kommt. So auch LG Duisburg, MittRhNotK 1989, 194 f. und OLG Hamm, MittRhNotK 1997, 80 f., wonach ein städtisches Grundstück, das nur zu Wohnzwecken nutzbar ist, für sich selbst keine Existenzgrundlage sein soll.

21 MittBayNot 1994, 117 (118).

22 *Staudinger/Albrecht* (1997), Art. 96 EGBGB Rdnr. 22.

23 Hierzu BGH, MDR 1964, 741; BayObLG, DNotZ 1976, 623; darauf Bezug nehmend OLG Hamm, Rpfleger 1986, 270 und LG Göttingen, NJW-RR 1988, 327 f., ferner aus jüngerer Zeit LG Köln, NJW-RR 1997, 594 f.

24 Siehe LG Göttingen, NJW-RR 1988, 327 (328).

25 BGH, NJW-RR 1989, 451.

26 *Staudinger/Albrecht* (1997), Art. 96 EGBGB Rdnr. 9.

27 *Staudinger/Albrecht* (1997), Art. 96 EGBGB Rdnr. 49.

28 DNotZ 1998, 299 ff.

2.3 Rechtsfolgen des Art. 18 BayAGBGB

Art. 18 BayAGBGB bestimmt in Satz 1, dass der Verpflichtete dem Berechtigten für die Befreiung von der Pflicht zur Gewährung der Wohnung und zu Dienstleistungen eine Geldrente zu zahlen hat, die dem Wert der Befreiung nach billigem Ermessen entspricht. Für andere Leistungen, die für den Berechtigten wegen seiner Abwesenheit vom Grundstück ohne Interesse sind, hat der Verpflichtete den Wert zu vergüten, den sie für den Berechtigten auf dem Grundstück haben (Art. 18 Satz 2 BayAGBGB). Entscheidend ist also nicht, welche Kosten der Berechtigte infolge der auswärtigen Unterbringung hat (insbesondere also Kosten der Heimunterbringung), sondern vielmehr der Wert der Vorteile, die dem Verpflichteten durch den Wegfall seiner primär geschuldeten Leistung entstehen.²⁹ Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des LG Duisburg³⁰, die eine Geldersatzpflicht ablehnt, wenn die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume weiter freigehalten werden, sei es, weil tatsächlich mit einer Rückkehr des Berechtigten zu rechnen ist, sei es nur aus Taktgefühl. Hier erlange der Verpflichtete nämlich keine Vorteile aus dem Wegfall des Wohnrechts.

Unklar ist, ob die Umwandlung der Naturalleistungspflicht in eine Geldersatzrente kraft Gesetzes bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale erfolgt oder ob hierfür noch ein Gestaltungsakt erforderlich ist, mit dem der Berechtigte deutlich macht, dass er statt der Leistung in natura künftig die Zahlung einer Geldrente begehrt.³¹

Die Regierung von Niederbayern hat bei einer Veranstaltung der Bezirksgruppe des Bayerischen Notarvereins in Landshut am 19.3.2003³² für die Bewertung von Naturalleistungen folgende Anhaltspunkte gegeben:

2.3.1 Wohnungsrecht

Wenn ein Wohnungsrecht die ausschließliche Nutzung des gesamten Wohnhauses durch den Berechtigten vorsieht, so ist die ortsübliche Miete heranzuziehen. Soweit nur einzelne Zimmer dem Wohnungsrecht unterliegen, ist pro Zimmer ein Wert von mindestens 25 € anzusetzen. Für die Übernahme von Nebenkosten wird in Anlehnung an die Sachbezugsverordnung für Strom 7,50 € pro Monat berechnet, für Wasser 1,50 €, für Heizung 40 € und für sonstige Nebenkosten 13 €. Die Verpflichtung des Übernehmers zur Tragung der Instandhaltungskosten wird mit einem Betrag zwischen 25 € und 100 € monatlich bewertet.

2.3.2 Wart und Pflege

Für den Bereich der Wart und Pflege muss mit der Überleitung folgender Geldersatzsummen gerechnet werden:

Für Dienstleistungen wie

- die Verrichtung aller Hausarbeiten, Besorgung aller Gänge zum Kaufmann, Arzt, Apotheker,
- die Reinigung und Ausbesserung der Kleidung, Wäsche und Schuhe,
- die Zubereitung der Mahlzeiten und Getränke einschließlich einer notwendig werdenden Kranken- und Diätkost

jeweils mindestens 15 € monatlich.

Bei Verpflichtung zu sorgsamer Wart und Pflege bei Gebrechlichkeit und Krankheit wird monatlich die Hälfte des Pflegegeldes für die Pflegestufe I (§ 37 Abs. 1, Satz 3 Ziffer 1 SGB XI) angesetzt, derzeit also 102,50 €.

Ist der Übernehmer verpflichtet, bei Bedarf eine Pflegekraft zur Verfügung zu stellen, so kann der Sozialhilfeträger bis zu 205 € pro Monat auf sich überleiten (volles Pflegegeld der Pflegestufe I gem. § 37 Abs. 1, Satz 3 Ziffer 1 SGB XI).

Muss der Übernehmer vertraglich alle durch Krankheit verursachten Kosten übernehmen, wenn und soweit Versicherungen dafür nicht aufkommen, und ist diese Verpflichtung lediglich durch die Leistungsfähigkeit des Übernehmers begrenzt, so ist auch für die Überleitbarkeit auf den Sozialhilfeträger die Leistungsfähigkeit maßgeblich.

3. Wegzugsproblematik bei einfachen Versorgungsverträgen

Bei einem Versorgungsvertrag, der die Voraussetzungen eines Leibgedingsvertrags im Sinne der landesrechtlichen Vorschriften nicht erfüllt, gelten mangels spezialgesetzlicher Regelung die Leistungsstörungenregelungen des BGB.³³ Eine analoge Anwendung der landesrechtlichen Vorschriften zum Leibgeding wird abgelehnt, da eine Lösung auch nach den Leistungsstörungenregelungen des BGB möglich ist.³⁴

Die Gerichte wenden hier – in der Regel ohne nähere Begründung – überwiegend die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage an.³⁵ Eingeleitet wurde diese Rechtsprechung durch ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1981³⁶, in dem es allerdings darum ging, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Verpflichtetem und Berechtigtem „heillos zerstört“ war und diesem deshalb das Festhalten an der Abrede nicht mehr zugemutet werden konnte; infolgedessen sei der Versorgungsanspruch durch Zahlung von Geldbeträgen in der Höhe abzugelten, die der Berechtigte für seine anderweitige Versorgung aufwenden muss.

Die Frage, ob ein Rückgriff auf die seit der Schuldrechtsreform in § 313 BGB normierten Grundsätze zum Wegfall der Geschäftsgrundlage hier überhaupt dogmatisch korrekt ist und nicht eher die Regelungen zur Unmöglichkeit vorrangig anzuwenden wären, soll dahingestellt bleiben. Der folgende Abschnitt beschränkt sich vielmehr auf den Meinungsstand in der Rechtsprechung, der für den vertragsgestaltenden Juristen Ausgangspunkt seiner Überlegungen sein muss.

Das OLG Hamm³⁷ hat einen nicht als Leibgedingsvertrag zu qualifizierenden Übergabevertrag dahin ausgelegt, dass der Veräußerer das Risiko übernimmt, ob der Erwerber die von ihm versprochenen Leistungen auf dem übergebenen Grundstück erfüllen kann, mit der Folge, dass die Erfüllungspflichten des Erwerbers erlöschen, wenn diese Voraussetzung nicht mehr vorliegt. Begründet wird dies mit dem Fehlen einer vertraglichen Zahlungsverpflichtung für den Fall, dass der Berechtigte infolge erhöhter Pflegebedürftigkeit nicht mehr auf dem übergebenen Anwesen leben kann. Dass die Parteien nur solche Gegenleistungen vereinbart haben, die dem Erwerber keinen finanziellen Aufwand abfordern, mache ihren Willen deutlich,

²⁹ Vgl. *Littig/Mayer* (Fn. 10), Rdnr. 110.

³⁰ NJW-RR 1987, 1349 (1350).

³¹ Zum Meinungsstand siehe *Mayer*, Der Übergabevertrag, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 46.

³² An dieser Stelle sei der Vortragenden, Frau Oberregierungsrätin *Kaltenstadler*, ganz herzlich gedankt.

³³ Siehe *Littig/Mayer* (Fn. 10), Rdnr. 101.

³⁴ Vgl. BGH, DNotZ 1982, 45 f.; OLG Hamm, MittRhNotK 1997, 80 (81).

³⁵ Z. B. BGH, NJW-RR 1989, 451.

³⁶ DB 1981, 1614 f.

³⁷ MittRhNotK 1997, 80 ff.

es sollten die mit jenem Vertrag begründeten Rechte auf die Zeit begrenzt werden, in welcher der Begünstigte auf dem übertragenen Grundstück lebt. Als weiteres Argument wird angeführt, dass in dem konkreten Fall der Veräußerer sein Vermögen durch vorweggenommene Erbfolge auf seine Kinder übertragen wollte; die Vermögensaufteilung nach bestimmten Quoten könne aber durch Zahlungspflichten des Erwerbers im Pflegefall gefährdet werden.

Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung bejaht das Gericht dagegen eine Geldersatzpflicht hinsichtlich des dem Übergeber eingeräumten Wohnungsrechts, dies jedoch nur aufgrund der besonderen Umstände des Falles: Anders als bei der Übergabe geplant, wurde das Anwesen zum Zeitpunkt der Unterbringung des Veräußerers im Pflegeheim nicht mehr vom Erwerber bewohnt, so dass durch den Auszug des Veräußerers der Weg frei wurde für die Vermietung des gesamten Objekts. Anders wäre die Lage gewesen, wenn der Erwerber das überlassene Grundstück selbst bewohnt hätte: Das Gericht lehnt für diesen Fall einen wirtschaftlichen Vorteil bei Auszug des Veräußerers ab, da die dem Wohnrecht unterliegenden Räume mangels Abgeschlossenheit nicht separat hätten vermietet werden können.

Demgegenüber hat das OLG Düsseldorf in zwei Entscheidungen aus den Jahren 1987³⁸ und 1993³⁹ den Versorgungscharakter der zugrunde liegenden Verträge betont und deshalb in Anlehnung an die landesrechtlichen Vorschriften zum Leibgeding nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage die vereinbarten Wart- und Pflegeverpflichtungen dahingehend angepasst, dass der Verpflichtete eine Geldrente zu zahlen hat, die nach dem Wert der Vorteile zu bemessen ist, die er durch die Befreiung von den Primärleistungspflichten erlangt. Bei der vertraglichen Übernahme von Versorgungsleistungen könne sich eine grundlegende Veränderung nicht nur aufgrund der allgemeinen Wirtschaftslage, sondern auch aus den persönlichen Verhältnissen der Beteiligten ergeben. Bei Verträgen, die der Versorgung des Begünstigten durch Sicherstellung seines Unterhalts dienen, dürfte auch schon eine Auslegung nach Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB) ergeben, dass in Fällen grundlegender Veränderungen die Notwendigkeit für eine Wertausgleichung oder, sofern notwendig, Inhaltsänderung der einzelnen Leistungspflichten entstehen kann. Auf die landesrechtlichen Leibgedingsvorschriften wird hierbei als Richtlinie Bezug genommen.

In seinem zweiten Urteil bezieht sich das OLG Düsseldorf zudem auf eine BGH-Entscheidung⁴⁰, der jedoch wieder ein von den üblichen „Pflegeheimfällen“ abweichender Sachverhalt zugrunde liegt: In einem ansonsten als Kauf ausgestalteten Vertrag wurde neben einem Wohnungsrecht eine Pflegeverpflichtung vereinbart; der Berechtigte verlangte vom Verpflichteten Geldersatz, weil dieser seiner Pflegeverpflichtung nicht nachgekommen war und außerdem die Wohnung nach einem Brand nicht mehr nutzbar war. Hier wurde das Berufungsurteil bereits deshalb aufgehoben und zurückverwiesen, weil Feststellungen über das Vorliegen eines Leibgedingsvertrags fehlten. Der BGH wies darauf hin, dass die geltend gemachten Ansprüche unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu prüfen seien, falls die landesrechtlichen Leibgedingsvorschriften nicht einschlägig seien.

Den vorhandenen BGH-Entscheidungen lässt sich also nicht unbedingt entnehmen, ob der BGH nun bei einem von beiden Seiten unverschuldeten Wegzug des Berechtigten in ein

Pflegeheim eine an die landesrechtlichen Leibgedingsvorschriften angelehnte Vertragsanpassung nach § 313 BGB n. F. vornehmen wird.

In einer jüngeren Entscheidung hat das OLG Celle⁴¹ aus § 1093 Abs. 2 BGB abgeleitet, dass bei Umzug in ein Pflegeheim dem Wohnungsberechtigten die durch Vermietung oder sonstige Nutzung zu erzielenden Erträge nach § 242 BGB zu stehen, wenn sich dieser in einer existenzbedrohenden Notlage befindet und nach Lage und Art der Räume eine Nutzung durch andere Personen ohne Beeinträchtigung des Verpflichteten möglich ist. § 1093 Abs. 2 BGB zeige den Willen des Gesetzgebers, dem Wohnungsberechtigten die Nutzung auch im Pflegefall zu ermöglichen. Da die Aufnahme von Pflegepersonen in die Wohnung heutzutage so gut wie ausgeschlossen sei, sei eine Nutzung auch im Pflegefall nur durch eine Vermietung der Wohnung durchzuführen. Demnach ist für eine Geldersatzpflicht im Einzelfall entscheidend, ob die Wohnung abgeschlossen und vermietbar ist.

Die recht knapp gehaltenen Begründungen für eine Geldersatzpflicht nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage legen die Vermutung nahe, dass vor dem Hintergrund leerer öffentlicher Kassen und einer immer größer werdenden Zahl von alten und pflegebedürftigen Menschen der Gedanke der Gleichbehandlung von echten Leibgedingsverträgen und sonstigen Versorgungsverträgen eher ausschlaggebend war als dogmatische Überlegungen.

Der Vertragsgestalter muss also auch bei einem sonstigen Versorgungsvertrag die Möglichkeit einer Umwandlung von Natural- in Geldleistungen bei Wegzug des Veräußerers vom Vertragsobjekt ins Kalkül ziehen. Außerdem ist wohl davon auszugehen, dass die Gerichte künftig für die Nachfolge in eine existenzsichernde Wirtschaftseinheit und damit für das Vorliegen eines Leibgedings verstärkt auch eine Existenzsicherung durch Wohnvorteil oder Mietwert ausreichen lassen. Für die Gestaltung von Wegzugsklauseln ist die Differenzierung zwischen echten Leibgedingsverträgen und sonstigen Versorgungsverträgen im Ergebnis also wohl ohne Belang.

4. Die neuere BGH-Rechtsprechung bei Wegzugsfällen

Der folgende Abschnitt widmet sich der Frage, ob die BGH-Entscheidungen vom 21.9.2001 und vom 23.1.2003 möglicherweise eine Entwicklung eingeleitet haben, die dazu führt, dass die Verpflichtung des Übernehmers zur Zahlung einer Geldrente bei dauerhaftem Wegzug des Übergebers vom überlassenen Grundstück nicht mehr wirksam vertraglich ausgeschlossen werden kann.

Zivilrechtlicher Ausgangspunkt ist Art. 7 BayAGBGB, der bestimmt, dass die in den Art. 8–23 BayAGBGB getroffenen Regelungen zum Leibgedingsvertrag dispositiv sind. Aus rein zivilrechtlicher Sicht steht einer vertraglichen Ausschlussklausel also nichts im Weg. Eine solche ginge auch den Grundsätzen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage vor.⁴²

Bisher waren Klauseln in Übergabeverträgen, die ein Ruhen oder Erlöschen der Naturalleistungspflichten⁴³ im Falle des

38 NJW-RR 1988, 326 f. = MittRhNotK 1988, 13 f.

39 NJW-RR 1994, 201 f.

40 NJW-RR 1989, 451 f.

41 DNotI-Report 1999, 104.

42 Krauß, MittBayNot 1992, 100 f.

43 Bei reinen Geldzahlungen oder geldwerten Naturalleistungen (z. B. Gewährung von Tischkost) wäre das Entfallen der Leistungspflicht bei einem Heimaufenthalt im Hinblick auf das sozialhilferechtliche Nachrangprinzip nicht vertretbar; so auch Littig/Mayer (Fn. 10), Rdnr. 134 ff.

dauerhaften und nicht vom Übernehmer veranlassten Wegzugs des Übergebers vom Vertragsanwesen vorsehen, „guter notarieller Standard“⁴⁴. Solche Wegzugsklauseln wurden im Hinblick auf das sozialhilferechtliche Nachrangprinzip jedenfalls dann als unproblematisch erachtet, wenn ganz allgemein auf den Wegzug vom Vertragsanwesen abgestellt wird und nicht auf eine Heimunterbringung des Übergebers oder gar auf den Bezug von Sozialhilfe.⁴⁵

4.1 Die Entscheidung vom 21.9.2001, V ZR 14/01⁴⁶

Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Erwerberin hatte sich den Veräußerern gegenüber zu Wart- und Pflegeleistungen verpflichtet, wozu nach dem Vertragstext auch „der freie Bezug von Arzneimitteln, ärztliche Versorgung und freier Krankenhausaufenthalt“ gehören sollte, sofern die Kosten nicht durch die gesetzliche Krankenversicherung gedeckt würden. Von den Kosten für die Unterbringung in einem Pflegeheim war nicht die Rede. In dem Gerichtsverfahren klagte nun der Sozialhilfeträger gegen die Erwerberin auf Ersatz der entstandenen Heimunterbringungskosten. Der BGH legte den Übergabevertrag dahingehend aus, dass die Übernehmerin zwar nicht die vollen Kosten der Heimunterbringung, jedoch einen Betrag in Höhe der eigenen ersparten Aufwendungen zu erstatten hat. Der BGH stützte dieses Ergebnis im Wesentlichen darauf, dass eine am Wortlaut orientierte Auslegung, wonach die Übernehmerin für die Heimunterbringungskosten gerade nicht aufzukommen hat, ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter, nämlich des zuständigen Trägers der Sozialhilfe, sei. Ferner führt der BGH an, die Auslegung des Berufungsgerichts, wonach die Übernehmerin für Pflegekosten, die außerhalb des Hofes und nicht in einem Krankenhaus anfielen, nicht aufkommen sollte, verletzte die Interessenlage des Übergebers, da die Vorstellung, zum „Sozialfall“ zu werden, in bäuerlichen Kreisen geradezu unerträglich sei.

4.2 Die Entscheidung vom 23.1.2003, V ZB 48/02⁴⁷

Dass das Argument des unzulässigen Vertrags zu Lasten Dritter nicht greift,⁴⁸ hat der BGH mittlerweile in seinem Beschluss vom 23.1.2003 richtig gestellt: Der Sozialhilfeträger wird nämlich durch eine Regelung, die den Übernehmer frei werden lässt, wenn der Übergeber auf Dauer in einem Pflegeheim untergebracht wird, nicht verpflichtet. Eine bloß mittelbare wirtschaftliche Beeinträchtigung ist aber nach einzelner Auffassung für die Annahme eines Vertrages zu Lasten Dritter gerade nicht ausreichend; vielmehr wird nur eine unmittelbare vertragliche Verpflichtung des Dritten ohne seine Mitwirkung für unzulässig erachtet.⁴⁹

Allerdings kommt auch die neue BGH-Entscheidung unter Berufung auf das Gebot einer interessengerechten Vertragsauslegung zu einer Verpflichtung des Erwerbers, in Höhe der eigenen ersparten Aufwendungen für die Kosten der Heimunterbringung des Veräußerers aufzukommen. In dem entscheidungsgegenständlichen Überlassungsvertrag aus dem Jahre 1972 wurden der Übergeberin folgende Ansprüche ein-

geräumt: Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht an einzelnen Räumen des fraglichen Anwesens, Beköstigungsrecht und ein Anspruch auf Erbringung sämtlicher häuslicher Arbeiten sowie eine Betreuung und Pflege in gesunden und kranken Tagen, solange kein Krankenhausaufenthalt notwendig wird. Der V. Zivilsenat stellt zunächst fest, dass ein dauerhafter Aufenthalt in einem Pflegeheim nicht mit einem Krankenhausaufenthalt gleichzusetzen sei.⁵⁰ Somit fehlt wie auch schon bei der vorangegangenen Entscheidung eine vertragliche Regelung zum Fall der Übersiedlung des Berechtigten in ein Alten- oder Pflegeheim. Der BGH begründet die Einstandspflicht des Übernehmers wie folgt: Aus der vertraglichen Regelung komme insgesamt der Wille der Parteien zum Ausdruck, der Veräußerin durch die Altenteilsrechte eine umfassende Altersversorgung zu gewähren. Das zeige, dass die Übergeberin nicht auf die Inanspruchnahme von Sozialleistungen verwiesen, sondern umfassend von der Familie versorgt werden sollte. Von der Interessenlage her weise dieser Fall daher keine grundlegenden Unterschiede zu dem Fall auf, den der Senat mit Urteil vom 21.9.2001 entschieden habe.

4.3 Geldersatzleistungspflicht laut BGH

Nun soll die Rechtsfolgende der zitierten BGH-Entscheidungen näher beleuchtet werden. Das Gericht hat in das Urteil vom 21.9.2001 einfließen lassen, dass die Vertragsteile die Erbringung der Wart- und Pflegeleistungen auf dem übergebenen Hof vereinbart hatten, die Übernehmerin also laut Vertrag nur die dadurch anfallenden Kosten zu tragen hatte. Das Urteil hat diesem Umstand Rechnung getragen, indem die Erwerberin nicht für die vollen Heimunterbringungskosten, sondern nur für einen Betrag in Höhe der eigenen ersparten Aufwendungen aufkommen muss. Auch im Beschluss vom 23.1.2003 lässt das Gericht an die Stelle der nicht mehr zu erbringenden Sachleistungen Zahlungsverpflichtungen treten, die „nur den Wert der ersparten Aufwendungen für die an sich geschuldeten Sachleistungen abschöpfen“.

Die Folgefrage lautet also, was der BGH mit dieser Beschränkung gemeint hat, d. h. worin die ersparten Aufwendungen bestehen, wenn der Veräußerer die vereinbarten Naturalleistungen wegen Heimunterbringung nicht mehr in Anspruch nimmt.

Das BGB gewährt an etlichen Stellen einen Anspruch auf „Ersatz von Aufwendungen“, so z. B. in §§ 284, 526 Satz 2, 670, 683, und regelt in §§ 256, 257 einzelne Rechtsfolgen, wenn ein Aufwendungsersatzanspruch besteht; eine Legaldefinition des Aufwendungsbegriffs existiert jedoch nicht. Laut Rechtsprechung und Lehre sind Aufwendungen freiwillig erbrachte Aufopferungen von Vermögenswerten (im Gegensatz zum unfreiwillig erlittenen Schaden), die im Interesse eines anderen liegen.⁵¹ Im Bereich des Auftragsrechts ist anerkannt, dass wegen der Unentgeltlichkeit des Auftrags die eigene Arbeitskraft, die der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags verwendet, keine Aufwendung darstellt.⁵² Ließe sich dies auf vertraglich vereinbarte Wart- und Pflegeleistungen übertragen, so wären die finanziellen Folgen zumindest in diesem Teilbereich nicht allzu dramatisch. Allerdings ist zu berück-

⁴⁴ Mayer, MittBayNot 2002, 153.

⁴⁵ Krauß, MittBayNot 1992, 101.

⁴⁶ MittBayNot 2002, 179 f. = DNotZ 2002, 702 ff.

⁴⁷ MittBayNot 2004, 180 ff. mit Anm. Jörg Mayer.

⁴⁸ So bereits die Urteilsanmerkungen von Krauß, DNotZ 2002, 710, Mayer, MittBayNot 2002, 153, und Kornel, ZEV 2002, 118.

⁴⁹ Vgl. MünchKomm/Gottwald, § 328 Rdnr. 172, 178; Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 328 Rdnr. 10.

⁵⁰ Mit Recht weist Krauß, DNotZ 2002, 707, darauf hin, dass der BGH mit der Differenzierung zwischen Krankenhaus- und Heimaufenthalt wohl zuviel in den Vertragstext aus dem Jahre 1983 (bzw. 1972) hineininterpretiert, da erst die Einführung der Pflegeversicherung zu einer bewussten Unterscheidung zwischen Krankheit und Pflegebedürftigkeit geführt habe.

⁵¹ Siehe z. B. MünchKomm/Krüger, § 256 Rdnr. 2.

⁵² Palandt/Sprau, § 670 Rdnr. 3.

sichtigen, dass wir uns hier – anders als im Auftragsrecht – zumindest dann im Bereich der Entgeltlichkeit bewegen, wenn man die Überlassung unter Vorbehalt von Gegenleistungen als gemischte Schenkung und nicht als bloße Schenkung unter Auflage betrachtet;⁵³ der Vermögensübertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge stehen nämlich die vertraglichen Verpflichtungen des Übernehmers als Gegenleistung gegenüber.

Vorsichtshalber muss man wohl davon ausgehen, dass die ersparten Aufwendungen für die Wart und Pflege letztlich von den Sozialhilfeträgern nicht anders bewertet werden als die Geldrente nach Art. 18 BayAGBGB, die dem Wert der Befreiung (von den vereinbarten Leistungen) nach billigem Ermessen entspricht. Nach der Verwaltungspraxis des Bezirks Niederbayern wäre also mit einem Betrag von monatlich 102,50 € zu rechnen (Hälfte des Pflegegelds nach der Pflegestufe I), was auch der Reaktion des Bezirks Oberfranken auf die Entscheidung vom 21.9.2001 entspricht.⁵⁴

Während im ersten Urteil der Zahlungsanspruch des Sozialhilfeträgers auf einer Wart- und Pflegeverpflichtung der Übernehmerin beruhte, schneidet der Beschluss vom 23.1.2003 auch die Frage an, wie die Geldersatzansprüche aufgrund eines eingeräumten Wohnungsrechts zu bemessen sind. Beachtlicherweise fasst der erkennende Senat unter die Zahlungspflicht nicht den Sachwert des Wohnungsrechts selbst, sondern nur die tatsächlich ersparten Aufwendungen, etwa für Wasser, Strom und Heizung sowie für in zeitlichen Abständen anfallende Maßnahmen zur Unterhaltung der Wohnung. Allerdings musste das Gericht zur Höhe der ersparten Aufwendungen nicht abschließend Stellung nehmen, da die Entscheidung in einem Prozesskostenhilfeverfahren erging. *Mayer* weist in seiner Urteilsanmerkung⁵⁵ zu Recht darauf hin, dass bei einem echten Leibgedingsvertrag die landesrechtlichen Ausführungsgesetze zum BGB zu beachten seien. Danach ist bei dauerhaftem Wegzug eine Geldrente zu zahlen, die dem Wert der Befreiung nach billigem Ermessen entspricht (Art. 18 Satz 1 BayAGBGB). Laut *Mayer* lasse dies befürchten, dass in diesen Fällen immer noch der Sachwert der Wohnung abzugelten sei, somit also nach überwiegender Meinung die erzielbare Nettomiete.

4.4 Stellungnahme

Zunächst ist erfreulich, dass der Beschluss vom 23.1.2003 den Spuk des unzulässigen Vertrages zu Lasten des Sozialhilfeträgers gebannt hat, der den Einsatz von Wegzugsklauseln ernsthaft in Frage gestellt hat. Zweitens muss festgehalten werden, dass in beiden zitierten Entscheidungen schon die Auslegung der vertraglichen Regelungen zur Einstandspflicht des Erwerbers für die Kosten der Heimunterbringung des Veräußerers geführt hat. Da es schon seit geraumer Zeit Usus ist, den Umfang der geschuldeten Leistungen gerade auch für den Wegzugsfall präzise festzulegen, bergen die heute üblichen notariellen Regelungen wohl nicht mehr die Gefahr, dass eine Vertragsauslegung unerwartete Ergebnisse zeitigt.⁵⁶

Der BGH geht von einem Interesse des Veräußerers aus, durch die vereinbarten Altenteilsleistungen vor der (nach Auffassung des Gerichts) als Schande empfundenen Inanspruchnahme von Sozialleistungen geschützt zu werden. Dieser

Gedanke mag 1972 bzw. 1983 vielleicht noch zutreffend gewesen sein, als die streitgegenständlichen Übergabeverträge abgeschlossen wurden. Heute ist aber weiten Teilen der Bevölkerung eher die Vorstellung unerträglich, sich durch den Übergabevertrag eventuell Ansprüche auf staatliche Leistungen abzuschneiden, wie ängstliche Rückfragen in Beratungsgesprächen immer wieder zeigen. Über die tatsächliche Interessengerechtigkeit der vom V. Zivilsenat vorgenommenen Vertragsauslegung kann man also geteilter Meinung sein.

An der Begründungslinie der beiden Entscheidungen stimmt Folgendes bedenklich: Ausgehend von dem (angeblichen) Interesse des Veräußerers, nicht auf Sozialleistungen angewiesen zu sein, könnte in Bezug auf Klauseln, die eine Geldersatzpflicht des Erwerbers bei dauerhaftem Wegzug des Veräußerers vom Vertragsanwesen ausschließen, leicht der Bogen zur Beeinträchtigung von Gemeinwohlbelangen durch Inanspruchnahme nachrangiger Sozialleistungen geschlagen werden. Über die rechtliche Zukunft von Wegzugsklauseln entscheidet m. E. somit die Beantwortung der Frage, ob sich eine solche vertragliche Regelung mit einem sittenwidrigen Verzicht auf nahehelichen Unterhalt vergleichen lässt.

4.5 Beeinträchtigung von Gemeinwohlbelangen durch Wegzugsklauseln?

Die Beurteilung von Wegzugsklauseln soll daher im Folgenden in den Kontext der Rechtsprechung zum sittenwidrigen Verzicht auf nahehelichen Unterhalt gestellt werden. Während die frühere Rechtsprechung Sittenwidrigkeit nur bei Handeln in Schädigungsabsicht angenommen hat,⁵⁷ kann nach heutiger Auffassung ein solcher Unterhaltsverzicht auch ohne Schädigungsabsicht sittenwidrig sein, wenn von den Vertragsparteien die Möglichkeit hingenommen wird, dass der verzichtende Teil später zum Sozialfall wird. Entscheidend kommt es auf den Gesamtcharakter der Vereinbarung an, welcher der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmen ist.⁵⁸

Auf den ersten Blick sind diese für den Verzicht auf nahehelichen Unterhalt entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze auf einen vertraglichen Ausschluss der Geldersatzrente nach Art. 18 BayAGBGB bzw. § 313 BGB zumindest partiell übertragbar: Beiden Fallkonstellationen ist gemeinsam, dass letztlich die Allgemeinheit über Sozialhilfeleistungen für eingetretene Unterhaltslücken aufkommen muss. Gleichzeitig darf man aber nicht aus den Augen verlieren, dass die Wegzugsrente im Gegensatz zum gesetzlichen Unterhaltsanspruch ihren Ursprung in vertraglich erst begründeten Ansprüchen hat.

Fraglos liegt eine unzulässige Umgehung des Nachrangprinzips der Sozialhilfe zumindest dann vor, wenn die Leistungspflicht des Übernehmers allein für den Fall des Bezugs von Sozialhilfeleistungen ausgeschlossen werden soll (Beispiel: „Die vereinbarten Geld- oder Naturalleistungen entfallen bei Bezug nachrangiger Sozialleistungen entschädigungslos.“). Aber auch Ausschlussklauseln, die allein auf die Unterbringung des Übergebers in einem Alters- oder Pflegeheim abstellen, muss nach h. M. die Anerkennung versagt werden, da es sich geradezu aufdrängt, dass die nicht gedeckten Heimkosten auf den Träger der Sozialhilfe abgewälzt und der Übernehmer seiner finanziellen Verantwortung entbunden werden soll.⁵⁹

⁵³ Zum diesbezüglichen Meinungsstreit siehe z. B. *Mayer* (Fn. 31), Rdnr. 7 ff.

⁵⁴ Siehe *Mayer*, MittBayNot 2002, 153.

⁵⁵ MittBayNot 2004, 182.

⁵⁶ So auch *Krauß*, DNotZ 2002, 708 f.

⁵⁷ Nachweise zu dieser überholten Auffassung bei BGH, MittBayNot 1983, 130.

⁵⁸ BGH, MittBayNot 1983, 129.

⁵⁹ Vgl. *Krauß*, MittBayNot 1992, 101, sowie *Mayer* (Fn. 31), Rdnr. 374.

Im Kern geht es somit um die Frage, ob die Leistungspflicht des Übernehmers wirksam auf die am Vertragsanwesen zu erbringenden Naturalleistungen beschränkt werden kann, d. h., ob deren Umwandlung in eine Geldersatzpflicht ohne Verstoß gegen § 138 BGB durch eine Klausel verhindert werden kann, die das Erlöschen oder Ruhen der Leibgedingsleistungen anordnet, wenn der Veräußerer das Anwesen auf Dauer verlassen hat.

Bei oberflächlicher Betrachtung erscheint eine solche Regelung sozialhilfeneutral, da der Wegzug vom Vertragsanwesen nicht unbedingt in einer Heimunterbringung begründet sein muss.⁶⁰ Dieses Argument für die Zulässigkeit der Ausschlussklausel erscheint mir aber wenig stichhaltig, da de facto alte Menschen, die sich den Lebensabend in ihrem angestammten Heim durch die Einräumung von Altenteilsleistungen haben absichern lassen, jedenfalls im ländlichen Bereich meist nur dann ihren Wohnsitz dauerhaft verlassen, wenn ihr Gesundheitszustand ein weiteres Bleiben unmöglich macht. Eine Wegzugsklausel kommt damit in aller Regel nur bei einem Umzug in ein Alten- oder Pflegeheim zum Tragen, so dass die Vereinbarkeit mit dem sozialhilferechtlichen Nachrangprinzip hier durchaus thematisiert werden muss.

Im Rahmen der anzustellenden Gesamtbetrachtung, ob der Ausschluss von Geldersatzleistungen im Falle des nicht nur vorübergehenden Wegzugs des Berechtigten nach Inhalt, Zweck und Beweggrund gegen die guten Sitten verstößt, soll der Blickwinkel nun auf die Situation der Beteiligten gerichtet werden: Bei der Einräumung des Wohnungsrechts besteht die eigentliche Gegenleistung des Übernehmers darin, dass die ohnehin in der Regel bereits gegebene Situation, nämlich dass Übernehmer und Übergeber unter einem Dach zusammenleben, zugunsten des Wohnungsberechtigten geregelt und das Verbleiben des Veräußerers in seiner angestammten Wohnung rechtlich abgesichert wird. Bei der Erbringung von Dienstleistungen an den Altenteiler werden in der Familie vorhandene Arbeitskraftressourcen genutzt; meist ist der Übernehmer mit diesen Pflichten auch nicht auf sich allein gestellt, sondern erhält Unterstützung von seinem Ehepartner und eventuell auch von seinen Kindern. So wird die Vereinbarung von Altenteilsleistungen gerade auf dem Land oft auch verstanden: Das, was sich im Eltern-Kind-Verhältnis eigentlich ohnehin und nach Übergabe des Grundbesitzes im Wege der vorweggenommenen Erbfolge noch in verstärktem Maße „gehört“, nämlich die Unterstützung der alten Eltern durch das Kind, soll zur Absicherung der Übergeber und der weichen Geschwister vertraglich fixiert werden. Die Leibgedingsleistungen werden also idealerweise im Rahmen des familiären Alltags erledigt.⁶¹

Das durchaus nachvollziehbare Bestreben, dem Berechtigten im Gegenzug für die Übergabe zwar durch die Gewährung von Wohnraum und Hilfe ein möglichst langes Verbleiben in der häuslichen Umgebung zu ermöglichen, dies aber auf den Einsatz nichtfinanzieller Mittel zu beschränken, ist m. E. seinem Gesamtcharakter nach keineswegs mit dem Verzicht auf nahehelichen Unterhalt bei unzureichendem Eigeneinkommen vergleichbar, denn seit den Zeiten des Reichsgerichts wird ein Rechtsgeschäft nur dann als sittenwidrig erachtet, wenn es gegen „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt.⁶²

Zudem ist die Wechselwirkung zwischen dem Rückforderungsanspruch wegen Verarmung des Schenkers nach § 528

BGB und der Vereinbarung von Gegenleistungen zu bedenken: Solange die Zehnjahresfrist des § 529 Abs. 1 Var. 3 BGB noch nicht abgelaufen ist, kann der Sozialhilfeträger den Anspruch aus § 528 BGB ohne weiteres nach § 93 SGB XII auf sich überleiten. Der vertragliche Ausschluss von Geldersatzansprüchen, die im Falle des Wegzugs an die Stelle der in natura zu erbringenden Leistungen treten würden, muss jedenfalls bei Annahme einer gemischten Schenkung (s. o. Ziffer 4.3) zu einer Vergrößerung des Schenkungsanteils führen, was sich wiederum in Form einer Erhöhung des Rückforderungsanspruchs nach § 528 BGB auswirkt.

Würde jeder Ausschluss von Ersatzansprüchen für den Fall des dauerhaften Wegzugs des Berechtigten zur Sittenwidrigkeit führen, so hätte dies unabsehbare Folgen für die Gewährung von Sozialhilfe, da dann genau genommen das gesamte rechtsgeschäftliche Gebaren eines Beziehers von Sozialleistungen auf seine „Sozialhilfeträgbarkeit“ hin überprüft werden müsste, und zwar gerade auch für die Zeit vor Beginn der Hilfestellung. Damit würde letztlich eine Art Verschuldensprinzip in das Recht der Sozialleistungen eingeführt, ein dem BSHG bzw. jetzigen SGB XII bislang fremder Gedanke: Auch wer sein früher einmal vorhandenes Vermögen „verschleudert“ hat, erhält Sozialhilfe. Das in § 2 SGB XII verankerte Nachrangprinzip bezieht sich lediglich darauf, dass sich der Anspruchsteller aktuell nicht helfen kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, besonders von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält. Weitergeführt würde dieser Gedanken bedeuten, dass jede Vermögensübertragung daraufhin zu überprüfen wäre, ob die soziale Absicherung des Veräußerers auch bei späterer Pflegebedürftigkeit noch gegeben ist. Dies widerspricht aber gerade dem Konzept des Schenkungsrechts, das gemäß §§ 528, 529 BGB dem Schenker, der nach Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten, nur in einem zeitlichen Rahmen von zehn Jahren seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes einen Rückforderungsanspruch gibt.⁶³ Außerdem würde eine solche Sichtweise auch die in Art. 7 BayAGBGB vorgesehene Dispositivität der Wegzugsrente nach Art. 18 BayAGBGB obsolet machen.

Die Frage, ob dieses Normgefüge noch in eine überalterte Gesellschaft mit strapazierten öffentlichen Kassen passt, muss der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen bleiben. Dieser hat aber mit dem zum 1.1.2003 in Kraft getretenen Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (nunmehr §§ 41 ff. SGB XII) gerade den umgekehrten Weg eingeschlagen, indem er durch staatliche Leistungen Kinder ein Stück weit von der Unterhaltspflicht für ihre Eltern entlastet, und zwar keineswegs nur Geringverdiener.⁶⁴ Laut BGH⁶⁵ wird hieraus deutlich, „dass – von besonders günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen der Unterhaltsverpflichteten abgesehen – zu Lasten öffentlicher Mittel auf einen Unterhaltsregress verzichtet worden ist, weil dieser von älteren Menschen vielfach als unangemessen und unzumutbar empfunden wird und dieser Umstand Berücksichtigung finden soll“.

Zudem darf aus meiner Sicht die Bereitschaft zu häuslicher Pflege und sonstiger Unterstützung alter Menschen nicht

⁶⁰ Vgl. *Littig/Mayer* (Fn. 10), Rdnr. 142.

⁶¹ Ähnlich *Krauß*, *MittBayNot* 1992, 100 f.

⁶² Nachweise z. B. bei *Palandt/Heinrichs*, § 138 Rdnr. 2.

⁶³ Vgl. *Krauß* in seiner Urteilsanmerkung in *DNotZ* 2002, 710 f.

⁶⁴ Gem. § 43 Abs. 2 SGB XII bleiben Unterhaltsansprüche der Leistungsberechtigten gegenüber ihren Kindern und Eltern unberücksichtigt, sofern deren jährliches Gesamteinkommen im Sinne des § 16 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch unter einem Betrag von 100.000 € liegt.

⁶⁵ Vom 23.10.2002, XII ZR 266/99.

dadurch gefährdet werden, dass die vertragliche Fixierung dahingehender Pflichten zu einem finanziellen Risiko wird. Hierzu folgende Randbemerkung: Der BGH selbst geht im Zusammenhang mit Art. 5 Nr. 2 EuGVÜ bereits dann von einer Minderung der Bereitschaft zu Unterhaltszahlungen aus, wenn der Leistende seine Regressansprüche nicht am Wohnsitz des Unterhaltsberechtigten einklagen kann.⁶⁶

Durch innerfamiliäre Pflege wird die Allgemeinheit insoweit entlastet, als bei ambulanter Pflege im Bereich der gesetzlichen Pflegeversicherung das Pflegegeld, das dem Pflegebedürftigen gewährt wird, wenn er sich von seinen Angehörigen oder sonstigen nichtprofessionellen Pflegepersonen versorgen lässt, deutlich hinter den sog. Pflegesachleistungen zurückbleibt, die für Pflegeeinsätze durch einen Vertragspartner der Pflegekasse, wie z. B. eine Sozialstation, gewährt werden (zum Vergleich: gestaffelt nach den Pflegestufen I, II und III beträgt das Pflegegeld derzeit 205 €, 410 € und 665 € pro Monat, die Pflegesachleistungen dagegen bis zu 384 €, 921 € und 1.432 €, in besonderen Härtefällen bis zu 1.918 €).

Werden diese Leistungen aber nun in eine Pflicht zur Geldrentenzahlung transformiert, so kann und wird dies häufig zu einer enormen ökonomischen Belastung für den Verpflichteten führen, da sich die dafür gewonnenen Entlastungen und Vorteile am Markt nicht oder nur unter großen Schwierigkeiten in Geld umsetzen lassen: Außer im großstädtischen Raum sind einzelne Zimmer eines Wohnhauses wohl kaum vermietbar, wenn es sich nicht gerade um eine abgeschlossene eigene Einheit handelt. Auch werden diejenigen Personen, die bislang für den Übergeber gesorgt haben, sei es nun durch die Gewährung von Tischkost, Wart und Pflege oder sonstige Dienste aller Art, die nun frei gewordene Zeit nicht unbedingt in eine Erwerbstätigkeit umsetzen können: Man denke nur daran, dass häusliche Pflege häufig eine so enorme Belastung für die Pflegeperson darstellt, dass sie durch das Entfallen der Pflegeverpflichtung gerade wieder zu einem normalen Arbeitspensum zurückkehren kann, oder daran, dass die vereinbarten Dienstleistungen durch eine Hausfrau zusätzlich zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder erbracht werden. Der Wegzug des Berechtigten mag hier zwar zu einer physischen und psychischen, nicht aber zu einer ökonomischen Entlastung führen. Für den Übernehmer stellt sich die Geldersatzpflicht also nicht als eine bloße Fortsetzung der Leistungserbringung auf einer anderen Ebene dar, sondern bedeutet eine Verschlechterung seiner Position, da der Zahlungspflicht keine adäquate wirtschaftliche Entlastung gegenübersteht.⁶⁷

5. Resümee für die Vertragsgestaltung

Aus den dargelegten Gründen können aus meiner Sicht die bislang gebräuchlichen Wegzugsklauseln durchaus weiter verwendet werden. Die aus den beiden besprochenen Entscheidungen abzulesende Neigung des V. Zivilsenats, den Erwerber für die Kosten der Heimunterbringung des Veräußerers heranzuziehen, darf aber nicht übersehen werden. Daher ist auf jeden Fall eine gesteigerte Vorsicht und Sensibilität im Umgang mit Wegzugsklauseln angebracht.

Nach den zum Verzicht auf nahehelichen Unterhalt entwickelten Grundsätzen scheint es ratsam, von der Aufnahme einer Wegzugsklausel ganz abzusehen, wenn bei Vertrags-

schluss bereits vorhersehbar ist, dass der Übergeber bei Ausschluss von Geldersatzleistungen seinen Lebensunterhalt nicht ohne Inanspruchnahme nachrangiger Sozialleistungen bestreiten kann.

Im Übrigen sollte auf folgende Punkte künftig noch verstärkt Acht gegeben werden:

5.1 Ausgestaltung der geschuldeten Gegenleistungen

Der Diskussion über Geldersatzleistungen bei dauerhaftem Wegzug des Berechtigten muss die Frage vorgeschaltet werden, welche Naturalleistungen denn nach der Vorstellung der Vertragsparteien eigentlich erbracht werden sollen. Wenn von der Übergeberseite die Erbringung von Wart- und Pflegeleistungen gefordert wird, so stellt sich bei genauerer Nachfrage nicht selten heraus, dass sowohl der Übernehmer als auch sein Ehepartner berufstätig sind und daher allenfalls Besorgungsgänge und Einkäufe für den Übergeber übernehmen können und wollen, nicht aber Pflegeleistungen im engeren Sinne. Die Gestaltung einer den konkreten Bedürfnissen der Beteiligten angepassten Dienstleistungsverpflichtung anstelle einer umfassenden Wart- und Pflegeklausel, die bei einer Anspruchsüberleitung mit wesentlich geringeren Beträgen zu Buche schlägt, kann das Risiko der Anspruchsüberleitung auf den Sozialhilfeträger schon erheblich mildern.

Als Motiv für die Vereinbarung umfassender Gegenleistungen spielen neben der wirtschaftlichen Absicherung des Veräußerers oft auch taktische Überlegungen eine Rolle wie die Ausnutzung steuerlicher Vorteile und die Minderung des Schenkungsanteils im Hinblick auf Pflichtteilergänzungsansprüche weichender Erben und den Rückforderungsanspruch aus § 528 BGB. Hier gilt es, etwa bestehende Missverständnisse aufzuklären und die im Hintergrund liegenden Interessen aufzudecken, um zum wirklich Gewollten vorzustoßen, damit nicht eines Tages Regelungen, die von den Vertragspartnern tatsächlich nie praktiziert worden sind, bei einem Regress des Sozialhilfeträgers zu einem bösen Erwachen führen. Eine sorgfältige Sachverhaltsermittlung erweist sich also – wie so oft in der Vertragsgestaltung – als das A und O.

5.2 Soll überhaupt eine Wegzugsklausel aufgenommen werden?

Vor Einsatz einer Wegzugsklausel sollte ferner ein Blick auf die familiäre Gesamtsituation der Vertragsparteien geworfen werden: Falls neben Wohnungsrecht und den in natura zu erbringenden Dienstleistungen keine Geldzahlungspflichten oder Sachlieferungen vereinbart sind, hat die Heimunterbringung des Übergebers bei Verwendung einer der üblichen Wegzugsklauseln zur Folge, dass der Übernehmer keine weiteren Gegenleistungen mehr zu erbringen hat. Erhält eines von mehreren Kindern praktisch allein das gesamte elterliche Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, so sind die weichenden Erben zwar in den ersten zehn Jahren durch den Rückforderungsanspruch wegen Verarmung des Schenkers nach § 528 BGB weitgehend davor geschützt, für Pflegekosten der Eltern aufkommen zu müssen. Nach Ablauf der Zehnjahresfrist des § 529 Abs. 1 Var. 3 BGB ist dieser Anspruch jedoch einredebehaftet, so dass der Sozialhilfeträger in der nächsten Stufe die gesetzlichen Unterhaltsansprüche der Eltern gegen die Kinder gemäß § 94 SGB XII auf sich überleiten wird.⁶⁸ Hierbei kommt es aber allein auf die

⁶⁶ FamRZ 2002, 22.

⁶⁷ Ebenso *Krauß*, MittBayNot 1992, 100 f. Zu Recht weisen *Littig/Mayer* (Fn. 10) auf S. 84 in Fn. 330 darauf hin, dass dieser Punkt auch vom Sozialhilfeträger bei der Bemessung der durch Umwandlung des Primäranspruchs entstehenden Wertersatzrente im Rahmen der Ermessensausübung berücksichtigt werden müsste.

⁶⁸ Leibgedingsleistungen und der Anspruch aus § 528 BGB sind vorrangig vor gesetzlichen Unterhaltsansprüchen; BGH, NJW 1991, 1824.

Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten an; vorangegangene Überlassungen wirken sich allenfalls mittelbar aus, z. B. durch das Bestehen eines Wohnvorteils.⁶⁹

Das bewusste Absehen von einer Wegzugsklausel kann hier also als Gestaltungsalternative zu einer Freistellungsverpflichtung des Übernehmers zum Schutz weichender Erben vor gesetzlichen Unterhaltsansprüchen der Eltern genutzt werden.⁷⁰ Diese Überlegungen spielen insbesondere dann eine Rolle, wenn die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Kinder des Übergebers so gut sind, dass eine Inanspruchnahme aus gesetzlichem Unterhalt nicht von vornherein aufgrund der von der Rechtsprechung relativ großzügig bemessenen Selbstbehalte⁷¹ auszuschließen ist.

5.3 Aufnahme eines Hinweises

Entscheidet man sich nach alledem für die Aufnahme einer Wegzugsklausel in die Überlassungsurkunde, so sollte angesichts der möglicherweise einschneidenden Belastungen durch Eintritt einer Geldersatzpflicht ein Hinweis auf die ungewisse Zukunft derartiger Regelungen nicht fehlen. Eine solche Belehrung könnte wie folgt lauten:

„Der Notar hat darauf hingewiesen, dass der vertragliche Ausschluss von Geldersatzansprüchen, die gemäß Art. 18 BayAGBGB bzw. § 313 BGB bei dauerhaftem Wegzug des Veräußerers vom Vertragsobjekt bestehen, im Falle späterer Sozialhilfebedürftigkeit des Veräußerers als unwirksam eingestuft werden könnte.“

5.4 Abstimmung der einzelnen vertraglichen Bestimmungen

Dass die einzelnen Bestimmungen einer notariellen Urkunde in ihrem Zusammenspiel aufeinander abgestimmt sein müssen, ist zwar eine Selbstverständlichkeit; dennoch sei hier ein Hinweis auf den Beschluss des BayObLG vom 7.8.1997⁷² gestattet:

Die Streitgegenständliche Überlassungsurkunde erlaubte einerseits, die Ausübung des eingeräumten Wohnungsrechts Dritten zu überlassen, sah aber zugleich das Erlöschen des Wohnungsrechts für den Fall vor, dass der Berechtigte das

⁶⁹ Palandt/Diederichsen, § 1603 Rdnr. 10.

⁷⁰ Siehe Mayer (Fn. 31), Rdnr. 217.

⁷¹ Vgl. hierzu auch die Grundsatzentscheidung des BGH vom 23.10.2002, XII ZR 266/99.

⁷² DNotZ 1998, 299 ff.

Anwesen nicht nur vorübergehend verlässt. Das Gericht legte den Vertrag dahingehend aus, dass die auflösende Bedingung dann nicht eintritt, wenn der Berechtigte das Anwesen nicht nur vorübergehend verlässt, zuvor oder gleichzeitig aber die Ausübung des Wohnungsrechts jemand anderem überlassen hat. M. E. gelangt man aber, wenn man eine derartige Regelung explizit trifft, in gefährliche Nähe zum sittenwidrigen Unterhaltsverzicht, da es nicht nur von der Lage am Mietmarkt, sondern auch von der Bereitschaft des Berechtigten zur Vermietung der seinem Wohnungsrecht unterliegenden Räume abhängt, ob hier anrechenbares Einkommen erzielt wird oder nicht.

5.5 Formulierung der Wegzugsklausel

Auf die genaue Ausgestaltung einer Wegzugsklausel soll hier nicht näher eingegangen werden, vielmehr sei dazu auf die in der Literatur zahlreich vorhandenen Formulierungsbeispiele verwiesen.⁷³

Gefährlich ist in diesem Zusammenhang aber, dass einige in notariellen Vertragsmustern durchaus gebräuchliche Formulierungen, z. B. „Leistungen sind nur im Anwesen selbst zu erfüllen“ oder „Leistungen sind nur zu erbringen, solange der Berechtigte im Anwesen wohnt“, nur als rein deklaratorischer Hinweis auf Art. 8 BayAGBGB verstanden werden, wonach die dem Berechtigten zustehenden Leistungen auf dem überlassenen Grundstück zu bewirken sind.⁷⁴ Einen Ausschluss des Geldersatzanspruchs nach Art. 18 BayAGBGB bewirken diese Klauseln nicht.

6. Zusammenfassung

Nach der Richtigstellung des V. Zivilsenats ist nicht mehr zu befürchten, dass der vertragliche Ausschluss von Geldersatzleistungen bei dauerhaftem Wegzug des Berechtigten vom übergebenen Anwesen als unzulässiger Vertrag zu Lasten des Sozialhilfeträgers eingestuft wird. Aus meiner Sicht können Wegzugsklauseln in Überlassungs- und Hofübergabeverträgen auch nicht mit einem sittenwidrigen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt bei drohender Sozialhilfebedürftigkeit verglichen werden. Die üblichen Wegzugsklauseln können weiter verwendet werden, solange hierzu keine speziellen höchstrichterlichen Entscheidungen vorliegen; allerdings sollte in diesem sensiblen Bereich ganz besondere Sorgfalt und Vorsicht an den Tag gelegt werden.

⁷³ Z. B. Krauß, MittBayNot 1992, 101; Mayer (Fn. 31), Rdnr. 224; Weyland, MittRhNotK 1997, 74 f.

⁷⁴ Siehe Krauß, MittBayNot 1992, 100.

Probleme bei Abänderung und Widerruf von Grundstückskaufangeboten

– zugleich Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 26.3.2004, V ZR 90/03¹ –

Von Notar Dr. Christopher Keim, Bingen/Rhein

I. Problemstellung

§ 128 BGB stellt klar, dass der Beurkundungsform auch die sukzessive Beurkundung von Angebot und Annahme genügt. Diese Gestaltung birgt aber Risiken, denn der Annehmende kann das Angebot nur so annehmen, wie es ihm gemacht wird, was seine Vertragsfreiheit verkürzt.² Hinzu kommt, dass Angebote auf Abschluss von Grundstückskaufverträgen regelmäßig in der Weise befristet werden, dass sie nach Ablauf

einer Bindungsfrist im Falle der Nichtannahme erlöschen. Oft ist der Antragsgegner daher nur bereit, das Angebot anzunehmen, wenn vorher sachliche Änderungen oder eine Fristverlängerung vorgenommen wurden. Eine besondere Gestaltung eines solchen Angebots lag der Entscheidung des BGH vom

¹ MittBayNot 2005, 34 (in diesem Heft).

² Langenfeld in Münchener Vertragshandbuch, 5. Aufl., Band 5 I XIV.1.

26.3.2004 zugrunde: Danach konnte das Angebot nach Ablauf einer Bindungsfrist widerrufen werden. Im Fall des Widerrufs sollte es aber wiederum erst nach weiteren zwei Monaten erlöschen, nachdem der Widerruf dem Angebotsempfänger zugegangen war, es sei denn, der Widerruf würde vor Fristablauf schriftlich zurückgenommen. Den zunächst erklärten Widerruf nahm der Anbietende dann innerhalb dieser Frist zurück. Dies führte faktisch zu einer Verlängerung der Angebotsfrist. Gleichzeitig versprach der Vater der Angebotsempfängerin in privatschriftlicher Form eine Bindungsschädigung für die Fristverlängerung. Es kam nun, wie es kommen musste: Innerhalb dieses Zeitraumes wurde das Angebot angenommen. Allerdings hatte der Anbietende das Grundstück vorher bereits anderweitig veräußert, und für den Zweitkäufer war bereits eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden. Für die Schadensersatzklage der Angebotsempfängerin kam es daher maßgeblich auf die Wirksamkeit des „Nachtrags“ zum Angebot an. Diese wurde vom BGH bejaht, wobei er im Wesentlichen folgende Probleme zu klären hatte:

1. War die Konstruktion einer Rücknahme des Widerrufs eines Angebots überhaupt möglich?
2. Bedurfte eine derartige Rücknahme des Widerrufs der notariellen Beurkundung?
3. Machte die Verpflichtung zur Zahlung der Bindungsschädigung unter Umständen die Rücknahme beurkundungspflichtig?
4. War die Rücknahme des Widerrufs wirksam zugegangen?

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen, die Begründung überzeugt jedoch nicht in allen Punkten.

II. Problemerkörterung im Einzelnen

1. Grundsätzliche Zulässigkeit eines rücknehmbaren Widerrufs

Obwohl ein Antrag nach §§ 130 Abs. 1, 145 BGB ab Zugang beim Empfänger grundsätzlich bindend ist, schließt das Gesetz Modifikationen der Wirksamkeit und der Dauer des Angebots nicht aus. Der Senat betont mit Recht, sowohl das Angebot selbst als auch dessen Widerruf könnten widerruflich ausgestaltet werden. Notarielle Kaufangebote werden auch häufig so gefasst, dass das Angebot nach Ablauf der Bindungsfrist nicht erlöschen, sondern lediglich widerruflich sein soll. Auch die im vorliegenden Fall verwandte Konstruktion widerspricht insbesondere nicht dem Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten. Denn der Angebotsempfänger ist über seine Rechte nie im Ungewissen; seine Rechtsstellung bleibt bis zum Fristablauf unverändert. Der Empfänger weiß damit immer, ob das Angebot noch annehmbar ist oder nicht. Nicht entscheiden musste das Gericht, ob die Rücknahme eines Widerrufs auch noch nach Erlöschen des Angebots möglich ist. Dies dürfte jedoch zu verneinen sein, da die Rücknahme in diesem Fall die Wirkung eines völlig neuen Angebots hätte. Der Widerruf stellt ein Gestaltungsrecht und damit eine Verfügung dar.³ Ein Rechtsverhältnis, auf das mittels Gestaltungserklärung eingewirkt werden könnte, ist aber nach Erlöschen des Angebots nicht mehr vorhanden. Es bleibt somit nur die Neuvornahme des Angebots. In einem solchen Fall müsste die Rücknahme des Widerrufs im Übrigen auch notariell beurkundet werden, und zwar im vollen Umfang eines neuen Angebots, da das alte Angebot durch ein neues, mit diesem nicht mehr identisches Rechtsverhältnis

ersetzt würde.⁴ Da das ursprüngliche Angebot aber eine verfahrensrechtlich wirksame Urkunde darstellt, könnte dessen Inhalt zur Vereinfachung auch durch echte Verweisung nach § 13 a BeurkG in die Neubeurkundung einbezogen werden.⁵

2. Beurkundungspflicht bei Änderung eines Angebots

Bei der Frage, ob die Rücknahme des Widerrufs beurkundungspflichtig ist, muss zunächst vom Grundsatz der umfassenden Beurkundung aller Vertragsbestimmungen ausgegangen werden.⁶ Änderungen zwischen Angebot und Annahme, wie beispielsweise die Verlängerung einer Angebotsfrist oder die Umwandlung eines bedingten in ein unbedingtes Angebot, sind ebenfalls beurkundungsbedürftig.⁷ Die Beurkundungspflicht ist hier strenger als bei nachträglichen Änderungen eines bereits geschlossenen Kaufvertrags. Dieser kann nach h. M. formfrei geändert werden, soweit die Änderungen lediglich der Beseitigung einer bei Vertragsabwicklung aufgetretenen Schwierigkeit dienen und den Inhalt der gegenseitigen Leistungspflichten im Wesentlichen unberührt lassen.⁸ Demgegenüber gebietet die Rechtssicherheit, bei Änderung eines bloßen Vertragsangebots keine Ausnahme von Formzwang zuzulassen, da sonst bereits im Zeitpunkt des erstmaligen Eintritts der vertraglichen Bindung durch die Annahmeerklärung die von § 311 b Abs. 1 BGB geforderte urkundliche Verlautbarung unrichtig und unvollständig wäre.⁹

Trotzdem verneint der BGH im vorliegenden Fall die Beurkundungsbedürftigkeit der Rücknahme des Widerrufs, da mit ihr weder ein neues Angebot noch eine nachträgliche Änderung des Angebotsinhalts bewirkt worden sei. Dem ist zuzustimmen. Denn enthält ein formwirksam geschlossener Vertrag bereits ein Optionsrecht, kann dieses formfrei ausgeübt werden. Zum einen wurde der Schutzfunktion des § 311 b Abs. 1 BGB bereits bei Vertragsschluss Rechnung getragen.¹⁰ Zum anderen ergibt sich dieses Ergebnis auch aus der Wertung der §§ 456 Abs. 1 Satz 2, 464 Abs. 1 Satz 2 und 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach beim Vorkauf und Wiederkauf die Ausübungserklärung nicht der für den Kaufvertrag vorgeschriebenen Form bedarf. Diese Grundsätze sind auf ein bloß einseitiges Angebot in der Weise eingeschränkt zu übertragen, dass die Ausübung der Option nur formfrei ist, wenn sie sich der Anbietende selbst vorbehält. Räumt er sie seinem Vertragspartner ein, so unterliegt diese Erklärung nach einem Urteil des OLG Hamm¹¹ dem Beurkundungszwang, sofern mit der Angebotsverlängerung Verpflichtungen des Vertragspartners verbunden sind, die mit dem Angebot im Zusammenhang stehen, wie beispielsweise die Zahlung eines Bindungsentgeltes. Dem wird man folgen müssen, da der Angebotsempfänger selbst vorher noch keine beurkundete Erklärung abgegeben hat. Da im vorliegenden Fall der Anbietende selbst den Widerruf zurücknehmen konnte, war diese Rücknahmeerklärung damit nach den Grundsätzen der Option formfrei.

⁴ Staudinger/Wufka, Bearb. 2001, § 313 Rdnr. 231; BGH, WM 1994, 598.

⁵ Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 231.

⁶ Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 154 m. w. N.

⁷ RGZ 65, 394; 101, 332; BGH, WM 1963, 407; BGH, DNotZ 1971, 722.

⁸ RGZ 140, 339; BGH, WM 1966, 656; BGH, NJW 1982, 434; Soergel/Wolf, 12. Aufl., § 313 Rdnr. 43; a. A. Staudinger/Wufka, § 313 Rdnr. 201.

⁹ BGH, DNotZ 1966, 665; Weber, MittRhNotK, 1987, 37, 42.

¹⁰ BGH, NJW-RR 1996, 1167.

¹¹ DNotZ 2000, 772, 774.

³ Palandt/Heinrichs, Überbl. vor § 104 Rdnr. 17.

3. Formfreiheit trotz Zusage eines Bindungsentgelts?

Schließlich lehnt der BGH eine Beurkundungsbedürftigkeit dieser Rücknahmeerklärung wegen eines möglichen Zusammenhangs mit der Zahlung des Bindungsentgelts durch den Vater der Angebotsempfängerin ab, selbst wenn beide Verpflichtungen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zueinander stünden. Die Begründung des Gerichts, eine Willenserklärung, für deren Wirksamkeit es keiner Form bedürfe, werde nicht dadurch beurkundungsbedürftig, dass der Rechtsgrund für die Abgabe der notariellen Beurkundung bedürfte, überzeugt jedoch nicht. Der Senat nimmt zunächst für den Fall der Gegenseitigkeit eine Beurkundungsbedürftigkeit der Zusage des Bindungsentgelts an und zitiert dazu seine Rechtsprechung zur sogenannten mittelbaren Verpflichtung zum Erwerb eines Grundstücks.¹² Derartige Vereinbarungen enthalten zwar keine rechtliche Verpflichtung zur Veräußerung oder zum Erwerb eines Grundstücks, sie erzwingen sie aber faktisch durch die vereinbarten wirtschaftlichen Nachteile für den Fall, dass der Kauf nicht zustande kommt. Die höchstgerichtliche Rechtsprechung nimmt eine solche mittelbare Erwerbsverpflichtung insbesondere bei Versprechen erfolgsunabhängiger Maklercourtage an.¹³ Ihre Einbeziehung in das Formerfordernis entspricht dem Normzweck des § 311 b Abs. 1 BGB, die Entschließungsfreiheit des sich Verpflichtenden zu schützen.¹⁴ Das vom Vater der Angebotsempfängerin im eigenen Namen abgegebene Versprechen eines Bindungsentgelts kann danach aber nicht unter diese Fallgruppe subsumiert werden, da das Angebot gar nicht an ihn gerichtet war und er somit auch nicht in seiner Entschließungsfreiheit beeinflusst werden konnte. § 311 b Abs. 1 BGB betrifft nur eigene Verpflichtungen. Deshalb unterfällt beispielsweise die Übernahme einer Bürgschaft oder einer Garantie für eine fremde Veräußerungs- oder Erwerbspflicht unstreitig nicht dem Formgebot.¹⁵ Erst recht nicht gerechtfertigt ist die entsprechende Anwendung des § 311 b Abs. 1 BGB auf mittelbare Verpflichtungen Dritter. Wenn jedoch die Angebotsempfängerin selbst das Bindungsentgelt als Gegenleistung für die Rücknahme des Widerrufs versprochen hätte, dann wäre m. E. entgegen der Auffassung des BGH eine Beurkundungsbedürftigkeit auch der Widerrufsrücknahme die Folge gewesen. Denn genauso wie im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 311 b Abs. 1 BGB alle Nebenabreden von der Beurkundungspflicht erfasst sind,¹⁶ muss auch der Vertrag, der eine mittelbare Verpflichtung zum Grundstückserwerb beinhaltet, vollständig beurkundet sein. Dazu gehört aber in jedem Fall auch die Gegenleistung, hier die faktische Verlängerung der Angebotsfrist durch Rücknahme des Widerrufs. Der vorliegende Fall ist insofern atypisch. Der Grundsatz der Vollständigkeit der Beurkundung wirkt bei der Beurkundung von Angeboten üblicherweise genau in umgekehrter Richtung, nämlich dann, wenn neben dem Angebot oder einer formbedürftigen Änderung auch vertragliche Abreden der Beteiligten getroffen werden, die isoliert betrachtet formfrei wären, beispielsweise eine Kostenübernahmeverpflichtung des Empfängers bei Nichtannahme oder ein Darlehensversprechen, für dessen Sicherung das Angebot gemacht wurde. In diesen Fällen genügt auch die einseitige Beurkundung dieser Verein-

barungen als Bestandteil der einseitigen Angebotserklärung nicht, da es sich um vertragliche Abreden beider Parteien handelt. Es ist vielmehr ein Vertrag zwischen dem Anbietenden und dem Angebotsempfänger zu beurkunden, der alle diese Nebenabreden enthält.¹⁷ Genauso kann jedoch umgekehrt eine in der vertraglichen Abrede enthaltene mittelbare Verpflichtung mit ihrer Beurkundungsbedürftigkeit eine Formbedürftigkeit der im Übrigen formlos möglichen Optionsausübung begründen.

4. Zugang des Angebots

Zu Recht prüft der Senat schließlich den Zugang der Rücknahmeerklärung und spricht damit einen weiteren Risikofaktor bei der Sukzessivbeurkundung an. Voraussetzung für eine wirksame Annahme ist der vorherige Zugang des Angebots. Nach ganz h. M. muss eine Willenserklärung in der Form zugehen, die für ihre Abgabe gesetzlich vorgeschrieben ist, also durch Zugang (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder ersatzweise Zustellung (§ 132 Abs. 1 BGB) einer Ausfertigung (§ 47 BeurkG) der notariellen Urkunde, die das Kaufangebot enthält.¹⁸ Eine beglaubigte Abschrift genügt nicht. Nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung ist allerdings die Form des Zugangs einer empfangsbedürftigen Willenserklärung – anders als die gesetzliche Formvorschrift selbst – dispositiv, also einer abweichenden Vereinbarung zugänglich, die auch stillschweigend durch Übersendung der beurkundeten Annahmeerklärung und deren rügelose Entgegennahme zustande kommen kann.¹⁹ Die gleichen Anforderungen sind grundsätzlich auch an den Zugang einer Angebotsänderung zu stellen.

Da im vorliegenden Fall aber die Rücknahme des Widerrufs nicht beurkundungspflichtig war, richtete sich der Zugang nach den allgemeinen Regeln. Hier war aber nicht einmal deren Erfüllung von der Empfängerin des Angebots vorgetragen worden. Daher musste sich der Senat mit der Entgegennahme der Rücknahmeerklärung durch den Vater als vollmachtlosen Empfangsvertreter nach § 164 Abs. 3 BGB helfen, die durch die Empfängerin mit der Annahme des Angebots genehmigt worden sei, § 177 Abs. 1 BGB. Obwohl festgestellt worden war, dass der Vater das Bindungsentgelt im eigenen Namen versprochen hatte, musste sich für den Anbietenden aus den Umständen ergeben, dass an einer Verlängerung der Angebotsfrist ausschließlich die Tochter Interesse haben konnte, so dass deren Entgegennahme auch im fremden Namen erfolgte. Geht man davon aus, die Rücknahme des Widerrufs des Angebots sei Teil des Vertragsschlusses, so würde damit § 177 BGB anwendbar. Aber auch wenn man der Ansicht ist, es handele sich um eine selbständige einseitige Gestaltungserklärung, ergibt sich die Möglichkeit der Nachgenehmigung des Zugangs aus § 180 Satz 3 BGB, sofern das einseitige Rechtsgeschäft gegenüber dem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständnis vorgenommen würde. Zwar wird teilweise die Anwendbarkeit des § 180 Satz 2 BGB für die *Abgabe* von Gestaltungserklärungen verneint, da aus Gründen der Rechtssicherheit ein Schwebezustand nicht hinnehmbar sei.²⁰ Für die Vertretung beim Empfang einer Gestaltungserklärung kann dies jedoch nicht gelten, da das Verbot des Schwebezustandes ausschließlich den Empfänger schützen soll. So wird auch eine Ausnahme vom Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungserklärungen zugelassen, wenn die Bedingung ausschließlich vom Willen des Empfängers abhängt.²¹ Wenn der Empfänger es daher selbst in der Hand

¹² BGH, NJW 1981, 2293; NJW 1983, 1543; NJW 1985, 1178.

¹³ BGH, NJW 1971, 93; 1980, 1622; NJW-RR 1992, 818.

¹⁴ BGH, NJW 1970, 1916; NJW 1981, 2293; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 104.

¹⁵ BGH, NJW-RR 1988, 1197; *Bamberger/Roth/Gehrlein*, § 311 b Rdnr. 14.

¹⁶ BGHZ, 63, 359, 361; 74, 346, 348, st. Rspr.

¹⁷ BGH, DNotZ 1986, 264 (Notarhaftungsfall!); NJW 1983, 565.

¹⁸ BGHZ 130, 71; kritisch dazu *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 931.

¹⁹ BGHZ 130, 71, 75; dazu auch *Armbrüster*, NJW 1996, 438.

²⁰ *Palandt/Heinrichs*, § 180 Rdnr. 1; OLG Celle, ZMR 1999, 237.

²¹ *Palandt/Heinrichs*, Überbl. vor § 104 Rdnr. 17.

hat, den Schwebezustand durch Genehmigung zu beenden, so ist dieser auch bei Gestaltungserklärungen hinnehmbar.

Aus der Tatsache, dass die Genehmigung des Zugangs nach Ablauf der Rücknahmefrist erfolgt ist, ergibt sich jedoch ein weiteres Problem: Der Bundesgerichtshof vertrat in einem früheren Urteil die Ansicht, bei einem befristeten Vertragsangebot müsse trotz der Rückwirkungsfiction des § 184 Abs. 1 BGB die Genehmigung der von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebenen Annahmeerklärung noch innerhalb der Frist erfolgen.²² Auf den Empfangsvertreter des Angebots kann diese Rechtsprechung allerdings nicht übertragen werden. Denn sie beruhte auf folgender Erwägung: Ließe man die Rückwirkung der Genehmigung für die Abgabe der Annahme zu, so hätte dies zur Folge, dass entgegen dem Willen des Anbietenden nach Fristablauf durch Genehmigung der Vertrag noch zustande kommen könnte. Im vorliegenden Fall hat der Anbietende den Schwebezustand und damit die faktische Verlängerung der Angebotsfrist aber selbst zu verantworten, indem er die Rücknahmeerklärung an einen Vertreter ohne Vertretungsmacht richtete. Da er selbst das fristgebundene Angebot abgegeben und folglich auch die Frist selbst gesetzt hat, muss er gegen einen derartigen Schwebezustand nicht geschützt werden. Im Ergebnis ist daher der Entscheidung in diesem Punkt zuzustimmen. Trotzdem hätte man zu diesen Fragen vielleicht etwas eingehendere Erörterungen des Senats erwarten können.

Im vorliegenden Fall unproblematisch war der Zugang der Annahme selbst. Doch auch dieser kann Schwierigkeiten bereiten. Es gilt zwar § 152 BGB, wonach der Vertrag bereits mit der Beurkundung der Annahme zustande kommt, wenn nicht ein anderes bestimmt wird. Der Vertragsgestalter sei aber davor gewarnt, sich auf die Vorschrift zu verlassen. Falls

²² BGH, NJW 1973, 1789, 1790 = JR 1973 m. zust. Anm. *Berg*; ebenso *Bamberger/Roth/Habermeier*, § 177 Rdnr. 25; *MünchKommBGB/Schramm*, 4. Aufl., § 177 Rdnr. 46; a. A. *Staudinger/Schilken* (2004), § 177 Rdnr. 9; *Erman/Palm*, BGB, 10. Aufl., § 177 Rdnr. 21.

– wie häufig – im Angebot eine bestimmte Bindungsfrist gesetzt wird, so liegt darin nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts regelmäßig die Bestimmung, dass dem Anbietenden die Annahmeerklärung bis zu diesem Zeitpunkt oder innerhalb dieser Frist zugehen müsse.²³ Mit gutem Grund wird daher in den gängigen Vertragsmustern ausdrücklich bestimmt, dass zur Fristwahrung die Beurkundung der Annahme ausreicht.²⁴

5. Wirkung eines möglichen Formmangels der Angebotsänderung

Rechtsunsicherheit ist nicht nur in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall entstanden. Sie droht auch, wenn ein ursprünglich formwirksames Angebot durch formunwirksame Änderungen ergänzt wird. Dann ist nach § 139 BGB im Zweifel das veränderte Angebot insgesamt unwirksam. Wird es angenommen, kommt dadurch kein wirksamer Vertrag zustande. Denkbar ist jedoch, dass der Annehmende wenigstens hilfsweise nur das ursprüngliche formgerechte Angebot annehmen wollte. Dann kann der Vertrag nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts wirksam zustande kommen, da der Inhalt des ursprünglichen Angebots nicht wirksam geändert worden ist, also noch fortbesteht, auch wenn beide Parteien übereinstimmend eine Änderung des Angebots, jedoch formfrei, vereinbart hatten.²⁵

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass trotz der „Rettung“ des Vertrags im vorliegenden Fall die sukzessive Beurkundung von Angebot und Annahme insbesondere bei späteren Angebotsänderungen für den Notar erhebliche Risiken birgt. Von dieser Gestaltungsform sollte daher nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden.

²³ RGZ 49, 127, 132.

²⁴ So z. B. *Langenfeld*, Münchener Vertragshandbuch, Band 5, Formular I 14.

²⁵ RGZ 65, 390, 394.

Der dritte Rentenerlass

Von Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg

Mit den beiden lange erwarteten Entscheidungen des Großen Senats des Bundesfinanzhofs¹ zum Rechtsinstitut der Vermögensübertragung gegen Versorgungsleistungen ergeben sich für den Steuerpflichtigen grundsätzliche und weitreichende Änderungen.² Die Finanzverwaltung hat dies zum Anlass genommen, die bisherige Erlasslage³ einer grundlegenden Revision zu unterziehen.⁴ Die Umsetzung der Beschlüsse des Großen Senats und die damit großteils einhergehenden Änderungen gegenüber der bislang vertretenen Auffassung der Finanzverwaltung sollen in ihren Eckpunkten und Folgen für die Praxis nachfolgend ebenso kurz vorgestellt und kritisch gewürdigt werden wie die aus den beiden Judikaten des Großen Senats von der Finanzverwaltung nicht übernommenen Rechtsansichten.

I. Steuerlich übergabefähiges Vermögen

1. Ausreichend ertragbringende Wirtschaftseinheit – Vermögensanlage

Im Zusammenhang mit der einkommensteuerrechtlichen Behandlung von wiederkehrenden Leistungen im Zusammen-

hang mit der Übertragung von Privat- oder Betriebsvermögen hatte die Finanzverwaltung die steuerliche Anerkennung von der Einordnung der übertragenen Wirtschaftseinheit entweder

¹ Vom 12.5.2003, GrS 1/00, MittBayNot 2004, 306 ff., und vom 12.5.2003, GrS 2/00, MittBayNot 2004, 310 ff.

² Zu den praktischen Konsequenzen vgl. bisher schon aus dem breiten Fluss der seit dem Erlass der beiden Beschlüssen veröffentlichten

Literatur etwa *Heinrichshofen/Henke*, ErbStB 2003, 384 ff.; *Schwind/Bäumel*, BB 2004, 74 ff.; *Spiegelberger*, MittBayNot 2004, 228 ff. = DSr 2004, 1105 ff.; *Watrin/Middendorf/Wallbaum*, ErbStB 2004, 39 ff.

³ Vgl. u. a. BMF v. 26.8.2002, Gz. IV C 3 – S 2255 – 420/02, „2. Rentenerlass“, BStBl I, 893 ff. = DSr 2002, 1617 ff.; hierzu statt aller *Hipler*, MittBayNot 2003, 112 ff.

⁴ BMF v. 16.9.2004, Gz. IV C 3 – S 2255 354/04, BStBl I, 922 ff. = MittBayNot 2004, 85 (in diesem Heft).

unter den sog. „Typus 1“⁵ oder den sog. „Typus 2“⁶ abhängig gemacht. Die Finanzverwaltung folgt nunmehr den Beschlüssen des Großen Senats und gibt diese Unterscheidung auf. Es kommt nicht mehr darauf an, ob die übertragene Wirtschaftseinheit ausreichend ertragbringend ist (bisher Typus 1) oder nicht (bisher Typus 2). Es kommt nur noch darauf an, ob die erzielbaren laufenden Nettoerträge des übergebenen Vermögens die vereinbarten wiederkehrenden Leistungen abdecken (Rdnr. 77). Damit wird die Finanzverwaltung dem dogmatisch bereits gefestigten Grundmodell in den Beschlüssen des Großen Senats⁸ gerecht, das die Versorgungsleistungen als vom Übergeber vorbehaltene Erträge seines Vermögens betrachtet, die nunmehr jedoch vom Übernehmer erwirtschaftet werden müssen.⁹ „Typus 2“ ist somit obsolet; in diesen Fällen ist nunmehr stets eine (teil-)entgeltliche Übertragung anzunehmen. Übrig bleibt nur noch „Typus 1“, dessen Voraussetzungen aber durch den neuen Erlass modifiziert werden.

Vor diesem Hintergrund leuchtet aber auch unmittelbar ein, dass das Erfordernis der „Existenzsicherung“ weiterhin aufrechterhalten bleibt. Hierfür muss das übertragene Vermögen jedoch nur noch für eine generationenübergreifende dauernde *Anlage* geeignet und bestimmt sein (Rdnr. 9). Der Begriff der sog. existenzsichernden Wirtschaftseinheit kann somit durch den weiten Begriff der Vermögensanlage ersetzt werden; dies bedeutet eine Erleichterung für den Übernehmer eines solchermaßen zusammengesetzten Vermögens und eine erhebliche Erweiterung des Gestaltungsspielraums für steuerlich privilegierte Vermögensübertragungen gegen Versorgungsleistungen.¹⁰ Deshalb rechnet die Finanzverwaltung nun auch Wertpapiere und vergleichbare Kapitalforderungen, namentlich Festgeld, Bundesschatzbriefe und Sparbücher, sowie typische stille Beteiligungen zum „versorgungsfähigen“ Vermögen (Rdnr. 10 des Erlasses). Von den in den Rentenerlassen 1996 und 2002 als nicht existenzsichernd erwähnten Vermögensgegenständen bleibt somit nur noch ertragloses Vermögen – hierzu zählt auch Bargeld – und Vermögen, dessen gesamte Erträge der Übergeber sich mittels eines Totalnießbrauchs vorbehält, übrig (Rdnr. 12).

2. Vereinbarte Umschichtung von ertraglosem in ertragbringendes Vermögen

Gleichwohl ist in bestimmten Fällen die Möglichkeit einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen auch in den Fällen eröffnet, in denen an sich ertragloses Vermögen zur Übertragung ansteht – nämlich dann, wenn sich der Übernehmer im Übergabevertrag zur Umschichtung in eine ihrer Art nach bestimmte ausreichend ertragbringende Vermögens-

anlage (Reinvestitionsgut) verpflichtet (Rdnr. 13),¹¹ also ein Gut, das, wenn es als solches bereits beim Übergeber vorhanden gewesen und übertragen worden wäre, zur steuerlichen Anerkennung geführt hätte. Die vom Großen Senat (und aktuell vom X. Senat¹²) offen gelassene Frage, innerhalb welchen Zeitraums diese Umschichtung erfolgen muss, beantwortet der neue Rentenerlass dahingehend, dass hierfür nur ein Zeitraum von drei Jahren nach Abschluss des Übergabevertrages zur Verfügung steht, andernfalls die Vermögensübertragung rückwirkend als entgeltliches bzw. teilentgeltliches Rechtsgeschäft mit der damit verbundenen Gefahr der Gewinnrealisierung beurteilt wird (Rdnr. 16). Wiederkehrende Leistungen, die vor der innerhalb von drei Jahren erfolgenden Anschaffung oder Herstellung der ausreichend ertragbringenden Wirtschaftseinheit geleistet werden, sind in diesem Fall in Höhe des dann den Kaufpreis, m. a. W. die angemessene Gegenleistung, übersteigenden Teils nachträglich als Unterhaltsleistungen i. S. des § 12 Nr. 2 EStG zu behandeln.¹³

3. Versorgungsleistungen auch ohne positiven Unternehmenswert

Der dritte Rentenerlass folgt jedoch nicht der zweiten Entscheidung des Großen Senats vom 12.5.2003.¹⁴ Dort wurde entschieden, dass die Übertragung „an sich“ wertlosen Vermögens unabhängig von seiner Ertragskraft das Sonderrecht der Vermögensübergabe nicht eröffnen kann. Bei der Prüfung, ob das übertragene Vermögen einen positiven Substanz- oder Ertragswert aufweise, muss nach Ansicht des Großen Senats der Unternehmerlohn herausgerechnet werden.¹⁵ Danach wären Unternehmen, Kleinunternehmen zumal, die im Wesentlichen auf „good will“ und/oder dem persönlichen Einsatz des Übergebers basieren, nicht übergabefähig im steuerlichen Sinne. Diese Sichtweise übernimmt die Finanzverwaltung nicht. Versorgungsleistungen sollen vielmehr auch dann als Sonderausgaben abziehbar sein, wenn der übergebene Betrieb nicht über einen ausreichenden Unternehmenswert verfügt (Rdnr. 8, 24).

4. Abziehbare Versorgungsleistungen auch bei Eigennutzung

a) Nutzung durch den Übernehmer

Während im Rentenerlass 2002 der Nutzungswert der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung im Rahmen des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG für unbeachtlich erklärt wurde,¹⁶ hatte der Große Senat in seiner Entscheidung vom 12.5.2003 die einkommensteuerrechtlich nicht erfasste Selbstnutzung einer Immobilie als Ertrag im Sinne der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen angesehen.¹⁷ Der neue Rentenerlass trägt dem ebenfalls Rechnung und kehrt zu seiner ursprünglichen Regelung aus dem Jahr 1996 zurück, indem er die Nutzung des übertragenen Grundstücks durch den Übernehmer zu eigenen Zwecken (nicht nur Wohnzwecke) und damit die ersparte Nettomiete zu den Erträgen des übergebenen Vermögens zählt, wenn sie nicht niedriger ist als die zugesagten wiederkehrenden Leistungen (Rdnr. 21). Der Nutzungsvorteil als steuerlich anerkennender Ertrag ist jedoch

⁵ Übertragung einer ausreichend ertragbringenden Wirtschaftseinheit, d. h., die Versorgungsleistungen sind nicht höher als der langfristige aus dem Vermögen zu erzielende Ertrag, BMF v. 26.8.2002 (Fn. 3), Rdnr. 11 ff.

⁶ Übertragung einer ihrem Wesen nach ertragbringenden Wirtschaftseinheit, deren Erträge zwar nicht ausreichen, die Versorgungsleistungen zu erbringen, deren Wert jedoch mindestens 50 % des Barwerts der Versorgungsleistungen beträgt, BMF v. 26.8.2002 (Fn. 3), Rdnr. 17 ff.

⁷ Des BMF-Schreibens v. 16.9.2004 (Fn. 4); im Folgenden beziehen sich alle Randnummern im Text ohne weitere Erläuterung auf diesen Erlass.

⁸ BFH, MittBayNot 2004, 306, 308 (unter C. II. 2. c der Gründe), unter Berufung auf BFH, BStBl 1990 II, 847.

⁹ Vgl. auch die Definition des Begriffs „Vermögensübergabe“ in Rdnr. 3.

¹⁰ So schon *Schwind/Bäumli*, BB 2004, 74, 76, zu den Beschlüssen des Großen Senats.

¹¹ So jetzt auch BFH, DStR 2004, 1155 ff.

¹² DStR 2004, 1155 ff.

¹³ Das ergibt sich mittelbar aus dem Verweis in Rdnr. 16 auf Rdnr. 50 ff.

¹⁴ MittBayNot 2004, 310 ff.

¹⁵ Vgl. auch *Watrin/Middendorf/Wallbaum*, ErbStB 2004, 39, 42.

¹⁶ BMF v. 26.8.2002 (Fn. 3), Rdnr. 10, 13.

¹⁷ MittBayNot 2004, 306, 310 (unter C. II. 6. b bb der Gründe).

nicht gegeben, wenn der Übernehmer vereinbarungsgemäß Geldvermögen zur Tilgung von Schulden verwendet und dadurch Zinsaufwendungen erspart.¹⁸

b) Nutzung durch den Übergeber – Renaissance des „Stuttgarter Modells“

Der Nutzungswert der Wohnung, die vom *Übergeber* aufgrund vorbehaltenen Nutzungsrechts zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird, gehört dagegen eindeutig nicht zu den Erträgen des übergebenen Vermögens (Rdnr. 22); hier fehlt es, ähnlich wie im Falle des Nießbrauchsvorbehalts (Rdnr. 12, s. oben 1.) an der Ertragsfähigkeit.

Das bedeutet jedoch nicht, dass jedes Bewohnen des Übergabeobjekts durch den Übergeber steuerschädlich wäre. Vielmehr sind unter der Ägide der Finanzverwaltung nun wieder steuerlich interessante Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet, einschließlich einer Renaissance des sog. „Stuttgarter Modells“¹⁹. Somit ist es möglich, dass der Übergeber in dem von ihm übergebenen Anwesen wohnen bleibt und gleichzeitig mit den Übernehmern als neuen Eigentümern einen Mietvertrag abschließt. Dem Grundmodell des großen Senats von den „vorbehaltenen Erträgen“ wird eine solche Gestaltung grundsätzlich gerecht, sofern der Mietvertrag nicht wohnungsrechtsähnlich ausgestaltet ist.²⁰ Daraus folgt aber auch, dass die zwischen Eltern und Kind vereinbarte Kaltmiete die an die Eltern zu entrichtenden Versorgungsleistungen abdecken muss. Liegt die Kaltmiete dagegen unter dem Betrag der Versorgungsleistungen, scheidet die Anwendung des Sonderrechts der Versorgungsrente, und es gelten die allgemeinen Grundsätze des Einkommensteuerrechts zu entgeltlichen und teilentgeltlichen Rechtsgeschäften.²¹

Inzwischen ist das „Stuttgarter Modell“ auch durch den BFH anerkannt worden; mit Urteil vom 10.12.2003²² entschied der IX. Senat, dass der Abschluss eines Mietvertrages unter Angehörigen nicht schon deshalb einen Gestaltungsmissbrauch im Sinne von § 42 AO darstelle, weil der Mieter das Grundstück zuvor gegen wiederkehrende Leistungen auf den Vermieter übertragen habe.²³ Den Beteiligten ist durch ein anderes Urteil desselben Senats vom 17.12.2003 jedoch nicht die Möglichkeit eröffnet, noch nachträglich in eine solche Gestaltung „einzusteigen“ – werden *nach* der Übergabe unter Wohnungsvorbehalt *sowohl* der Mietvertrag *als auch* die wiederkehrenden Leistungen erstmalig vereinbart, soll dies nach der Rechtsprechung des IX. Senats des BFH ein Gestaltungsmissbrauch sein.²⁴ Dies ist dogmatisch zwar korrekt (kein „nachträglicher Vorbehalt“ von Erträgen), dürfte dem Steuerbürger freilich nur schwer zu vermitteln sein. Zulässig ist es jedoch nach Ansicht ebendesselben Spruchkörpers, bloß auf die Ausübung des Wohnungsrechts unter nachträglichem Abschluss eines Mietvertrages zu verzichten (um so wenig-

stens Abzugsmöglichkeiten aufgrund von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu erlangen).²⁵ In letzterem Fall handelt es sich aber ohnehin nicht um den Fall des „Stuttgarter Modells“, weil eben gar keine Versorgungsleistungen vereinbart waren oder werden und sich deshalb, anders als im zuvor genannten Fall, die Position des Nutzungsberechtigten ändert. Das „Stuttgarter Modell“ – Übergabe unter Versorgungsleistungen bei gleichzeitiger Rückanmietung durch den Übergeber – ist also nunmehr sowohl nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung als auch der Finanzverwaltung als steuerrechtlich zulässiges Gestaltungsmittel anzusehen. Allerdings enthält der neue Rentenerlass selbst keine ausdrückliche Aussage zum „Stuttgarter Modell“. Dies ist auch nicht verwunderlich, da derartige Fallgestaltungen allein unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO zu beleuchten sind.²⁶

5. Ertragsprognose und Ertragsvermutung

Bei der Übertragung eines Unternehmens (land- und forstwirtschaftlicher Betrieb, Gewerbebetrieb, Unternehmen eines Selbständigen), eines entsprechenden Mitunternehmeranteils oder Teilbetriebs soll nunmehr, insoweit ebenfalls dem Großen Senat²⁷ folgend, eine nur in Ausnahmefällen (z. B. mehrjährige Verluste oder im Verhältnis zu den wiederkehrenden Leistungen geringe Gewinne) widerlegbare Vermutung dafür bestehen, dass die Erträge ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen in der vereinbarten Höhe zu erbringen, wenn das Unternehmen vom Übernehmer tatsächlich fortgeführt wird (Rdnr. 23). Als Unternehmen in diesem Sinne sieht die Finanzverwaltung auch einen GmbH-Geschäftsanteil an, wenn sowohl der Übergeber als auch der Übernehmer als Geschäftsführer tätig waren oder sind.²⁸ Die Beweiserleichterung ist hingegen nicht anzuwenden bei verpachteten Betrieben, gewerblich geprägten Personengesellschaften oder bei der Übergabe weiteren Vermögens im Rahmen einer einheitlichen Vermögensübergabe. Über welchen Zeitraum das Unternehmen fortgeführt werden muss, damit die Vermutung gilt, sagt der Erlass nicht.²⁹

6. Versorgungsleistungen trotz nicht erforderlicher Versorgung des Übergebers

Wie auch den früheren Rentenerlassen, so ist auch dem dritten Rentenerlass kein Anhaltspunkt zu entnehmen, der für eine betragsmäßige Obergrenze der Versorgungsleistungen spricht. Entscheidend dürfte deshalb allein das Verhältnis der Versorgungsleistungen zu den Erträgen des übertragenen Vermögens sein. Da auch der Große Senat das Institut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen mit der Rechtsfigur der vorbehaltenen Vermögenserträge rechtfertigt, spricht einiges dafür, dass auch der Große Senat dem Versorgungsmotiv der Beteiligten als solchem keine Bedeutung beimisst³⁰

¹⁸ Rdnr. 21 a. E.; weitergehend der Große Senat, MittBayNot 2004, 310, unter C. II. 6. b bb der Gründe, insbesondere unter Einbeziehung von übergebenem Geldvermögen.

¹⁹ Näher hierzu *Spiegelberger*, MittBayNot 2004, 228, 230 = DStR 2004, 1105, 1107; *Hipler*, ZErB 2004, 110 ff.

²⁰ Daher teilw. krit. *Hipler*, ZErB 2004, 110, 112 f., für den Fall des Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts oder der Befristung des Mietverhältnisses auf die Lebensdauer des Übergebers.

²¹ *Hipler*, ZErB 2004, 110, 111.

²² ZEV 2004, 213 f. (selbst wenn zusätzlich ein Wohnungsrecht vereinbart ist!; krit. deshalb *Hipler*, ZEV 2004, 194, 196).

²³ Mit *Hipler* (ZEV 2004, 194, 196) dürfte es sich jedoch empfehlen, auf einen Kündigungsausschluss zu verzichten, um eine Steuerumgehung zu vermeiden.

²⁴ ZEV 2004, 216 f.

²⁵ BFH, ZEV 2004, 214 ff. (dabei muss ein zuvor im Rahmen der Übergabe zunächst vorbehaltenes unentgeltliches Wohnungsrecht nicht einmal aufgegeben werden!).

²⁶ *Schwenke*, DStR 2004, 1679, 1686.

²⁷ MittBayNot 2004, 306, 310 (unter C. II. 6. d bb der Gründe).

²⁸ Unter Verweisung auf BFH, BStBl 2004 II, 95.

²⁹ *Hipler*, ZEV 2004, 412, 413.

³⁰ Früheren Entscheidungen des BFH lässt sich zudem die Aussage entnehmen, dass die Tatsache, der Übergeber sei auf die Leistungen nicht angewiesen, deren Charakterisierung als „Versorgungsleistungen“ nicht ausschließt (BStBl 1992 II, 526, 527 f.; BFH/NV 1992, 734, 736; BFH/NV 1993, 717, 718); dem BFH folgend etwa *Kirchhof/Söhn/Reiß*, EStG, Loseblatt, Stand 144. Erg.Lfg., Juli 2004, § 16 Rdnr. B 196.

– entscheidend ist nur, dass zwischen den beiderseitigen Leistungen eine kausale Verknüpfung besteht und von den Beteiligten keine kaufmännische Abwägung zwischen Leistung und Gegenleistung vorgenommen wird.³¹ Auch zu übergebendes Vermögen, das ein Auswerfen von Versorgungsleistungen in exorbitanter Höhe ermöglicht, zwingt also nicht dazu, diese nur deshalb zu reduzieren, weil die konkreten Lebensverhältnisse des Übergebers nicht so zugeschnitten sind, dass Beträge in diesem Volumen auch tatsächlich verbraucht werden könnten.

II. Weiterübertragung des erworbenen Vermögens

Die Finanzverwaltung hatte in den Rentenerlass 2002 eine Regelung³² aufgenommen,³³ die wie kaum eine andere kritisiert wurde und außerdem der notariellen Gestaltungspraxis erhebliches Kopfzerbrechen bereitete: Die nachträgliche Veräußerung des übertragenen Vermögens wurde grundsätzlich für schädlich gehalten, auch wenn in eine andere existenzsichernde Wirtschaftseinheit umgeschichtet wurde. Die Übergabe sollte deshalb mit ex-nunc-Wirkung zu einer Umqualifizierung der geschuldeten wiederkehrenden Leistungen führen, so dass aus der ursprünglich unentgeltlichen Vermögensübergabe ein entgeltlicher bzw. teilentgeltlicher Vorgang wurde und damit die Veräußerung beim *Vermögensübergeber* nachträglich zu einem steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn führen konnte.

Nach nunmehr geltender Erlasslage ist eine Veräußerung wieder unschädlich, wenn der Vermögensübernehmer mit dem Erlös „zeitnah“ eine ausreichend ertragbringende Wirtschaftseinheit (also ein ihrerseits nach den nun geltenden Voraussetzungen übergabefähiges Anlagegut) anschafft oder herstellt. Selbst wenn die Umschichtung diese Voraussetzungen nicht erfüllt, führt aber *auch dies* nicht mehr zu einer Umqualifizierung des unentgeltlichen Versorgungsvertrages in ein entgeltliches oder teilentgeltliches Rechtsgeschäft, sondern die (erste) Vermögensübergabe behält ihren unentgeltlichen Charakter, und nur die nach der schädlichen Veräußerung weiter erbrachten Versorgungsleistungen sind nicht mehr als solche zu behandeln, sondern als einkommensteuerrechtlich irrelevante Unterhaltszahlungen (Rdnr. 28). Zur Vermeidung dieser Rechtsfolge ist allerdings keine Komplettreinvestition eines etwaigen Veräußerungserlöses erforderlich, sondern nur, dass der auf den reinvestierten Veräußerungserlös entfallende Anteil an den Erträgen des Reinvestitionsobjekts ausreicht, um die vereinbarten wiederkehrenden Leistungen zu erbringen (Rdnr. 14, 15, 31). Die Einbringung des übernommenen Vermögens in eine Kapital- oder Personengesellschaft i. S. der §§ 20, 24 UmwStG stellt von vornherein keine nachträgliche Umschichtung im Sinne des Erlasses dar. Gleiches gilt für den Formwechsel, die Verschmelzung oder die Realteilung von Personengesellschaften (Rdnr. 32).

Auch die Rechtsprechung scheint insoweit die Vorgaben des Großen Senats – der sich zum Problem der Weiterveräußerung seinerzeit nicht verhalten hatte – nunmehr aufzugreifen. Der X. Senat des BFH hat unlängst³⁴ entschieden, dass dann, wenn ein übergebener Gewerbebetrieb weiterveräußert und im Zuge dessen die Versorgungsleistungen vertraglich abgelöst werden, diese Ablösezahlung weder zu Veräußerungskosten noch zu

nachträglichen Anschaffungskosten des übergebenen Vermögens führt.³⁵ Hieraus und aus einem obiter dictum des Senats dürfte zu folgern sein, dass auch die Rechtsprechung von ihrer restriktiven Haltung zur Weiterveräußerung des übergebenen Vermögens Abstand nehmen könnte.³⁶ Vor diesem Hintergrund bedarf es deshalb m. E. auch keiner vertraglich geregelten Mitbestimmung des Übergebers – der ja keine nachteiligen Folgen mehr zu fürchten hat – bei Weiterveräußerung der übergebenen Wirtschaftseinheit darüber, welches Ersatzwirtschaftsgut „der Art nach“ angeschafft werden soll.³⁷

Mit Vorstehendem ist die Kautelarpraxis jetzt eines entscheidenden Gestaltungsproblems enthoben, da sich die Weiterveräußerung allenfalls beim – sich hierzu entschließenden – Übernehmer negativ auswirken kann; eine Nachversteuerung der stillen Reserven hat der Übergeber nach der nunmehr revidierten Verwaltungsauffassung also in keinem Fall mehr zu befürchten.

Unklar ist allerdings, was die Finanzverwaltung unter einer „zeitnahen“ Umschichtung in anderes versorgungsfähiges Vermögen (Rdnr. 31) versteht. Anders als im Fall der aufgrund einer Verpflichtung im Übergabevertrag selbst erfolgenden Umschichtung (s. o. I. 2.) stellt die Finanzverwaltung hier keine Drei-Jahres-Frist auf. Mit Blick auf die Frist für die Umschichtung aufgrund des Übergabevertrages wird vermutet, dass der Begriff der zeitnahen Umschichtung enger zu verstehen ist.³⁸ Das halte ich nicht für zwingend. Anders als bei einer „Umschichtungsanweisung“ im Übergabevertrag selbst wird man bei den Fällen der „nachträglichen“ Umschichtung m. E. eher eine Sichtweise bezogen auf die Nutzungsdauer des Anlagevermögens befürworten müssen, so dass unter „zeitnah“ auch ein längerer Zeitraum (etwa sechs bis acht Jahre nach der Übergabe) fallen dürfte.

III. Begünstigter Personenkreis

Während Empfänger des Übergabeobjekts ausnahmsweise auch familienfremde Dritte sein können, ist der Kreis der tauglichen Versorgungsleistungsempfänger nunmehr praktisch auf den Übergeber, dessen Ehegatten/Lebenspartner und die Eltern des Übergebers beschränkt, wenn der Übergeber letzteren gegenüber aus einer früheren Übergabe zu Versorgungsleistungen verpflichtet ist. Versorgungsleistungen zugunsten pflichtteilsberechtigter Abkömmlinge des Übergebers werden nur dann berücksichtigt, wenn es dem Beteiligten gelingt, die Vermutung zu widerlegen, dass es nur um Gleichstellung und nicht um Versorgung geht (Rdnr. 35 f.). Die wiederkehrenden Leistungen müssen stets auf die Lebenszeit des Empfängers vereinbart werden (Rdnr. 34). Dies alles entsprach auch der schon bisher geltenden Verwaltungsauffassung.

IV. Zeitliche Anwendungsregeln

Die Regelungen des neuen Rentenerlasses zum Merkmal der ausreichenden Ertragskraft sind nicht auf bestehende Altverträge anzuwenden, wenn der Übergeber und der Übernehmer übereinstimmend an der bisherigen steuerrechtlichen Beurteilung festhalten. Der Abschluss eines „Altvertrages“ selbst war noch bis zum 1.11.2004 (Rdnr. 74)³⁹ möglich. An die einmal getroffene Entscheidung sind die Beteiligten jedoch gebun-

³¹ So bereits *Hipler*, Vermögensübergabe gegen private Versorgungsleistungen im Einkommensteuerrecht, 2001, 110 f. m. w. Nachw.

³² BMF v. 26.8.2002 (Fn. 3), Rdnr. 20 f.

³³ Aufgrund einer Entscheidung des X. Senats des BFH, DStR 1998, 1505 ff.

³⁴ Urt. v. 31.3.2004, X R 66/98, DStR 2004, 857 ff.

³⁵ DStR 2004, 857, 859 f.

³⁶ So auch *P. Fischer*, ZErB 2004, 219, 221.

³⁷ Anders offenbar noch *P. Fischer*, ZErB 2004, 219, 221.

³⁸ So *Hipler*, ZEV 2004, 412, 414; *Schwenke*, DStR 2004, 1679, 1683.

³⁹ Der Erlass wurde am 29.10.2004 im Bundessteuerblatt veröffentlicht (Teil I, 922 ff.).

den. Im Übrigen ist der neue Rentenerlass zwar grundsätzlich in allen noch offenen Fällen anzuwenden (Rdnr. 65 ff.), jedoch mit zahlreichen Ausnahmen.

V. Zusammenfassung

Der neue Rentenerlass ist ein Gewinn sowohl für Übergeber und Übernehmer als auch für die Finanzverwaltung. Die Aufweitung des Kreises der potentiell steuerlich anerkenungsfähigen Übergabeobjekte wird das Institut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen wieder populär werden lassen, vor allem wohl unter dem Gesichtspunkt der Eigennutzung. Die Aufgabe des Typus 2 und die Nichtanwendung des zweiten Beschlusses des Großen Senats vom 12.5.2003⁴⁰ zum Erfordernis eines positiven Unternehmenswertes führen dazu, dass der Wert des übertragenen Vermögens keine Rolle mehr spielt. Diese Tendenz der Finanzverwaltung zur Verobjektivierung der Tatbestandsvoraussetzungen der Vermögensnachfolge im Steuerrecht ist im Interesse der Verfahrensbeschleunigung und der Rechtssicherheit zu begrüßen. Auch die Notare können aufatmen, hat die Finanz-

verwaltung ihnen doch eine kautelarjuristische Last dadurch von den Schultern genommen, dass bei nachträglicher Vermögensumschichtung die *ursprüngliche* Vermögensübergabe ihren Rechtscharakter als unentgeltliches Rechtsgeschäft in keinem Fall mehr verliert. Es droht lediglich die Gefahr, dass der Sonderausgabenabzug der nach Weiterveräußerung des Übergabeobjekts noch erfolgenden Leistungen für die Zukunft versagt wird und diese in nicht abziehbare Unterhaltsleistungen umqualifiziert werden. Dies ist dogmatisch die einzig gangbare, weil konsequente und den Beteiligten auch zumutbare Lösung. Schließlich verdient Anerkennung, dass die Finanzverwaltung Versorgungsleistungen auch ohne positiven Unternehmenswert anerkennt, wenn nur unter Hinzurechnung eines (fiktiven) Unternehmerlohns die Ertragskraft gegeben ist. Andernfalls wäre einer Vielzahl von Klein- und Kleinstunternehmern, vor allem aus dem Dienstleistungssektor, die steuerliche Anerkennung einer Übergabe gegen Versorgungsleistungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge versagt geblieben. Eine solche Ungleichbehandlung wäre sozial- und wirtschaftspolitisch kaum zu vermitteln gewesen. Angesichts der gegenwärtigen depressiven wirtschaftlichen Stimmung im Lande kann der dritte Rentenerlass mit Fug und Recht als „Muntermacher“ bezeichnet werden.

⁴⁰ MittBayNot 2004, 410 ff.

Louisiana Civil Law Notaries*

Von Notarassessorin Dipl.-Kauffr. (Univ.) *Andrea Lichtenwimmer*, München,
und Notar *Daniel Siebenhaar*, Bad Berneck

Louisiana ist der einzige Bundesstaat der USA mit einem Notarwesen in der Tradition des lateinischen Rechts. Das System der *civil law notaries* in Louisiana basiert auf dem Recht der französischen und spanischen Kolonialherren und lässt sich bis auf die erste europäische Besiedlung des Mississippieltas vor etwa dreihundert Jahren zurückverfolgen.¹ Die mit dem Selbstverständnis des *civil law notary* untrennbar verbundene zivilistische geprägte Privatrechtsordnung hat sich ebenso wie das Amt des Notars im Laufe der Zeit vom kontinental-europäischen Ausgangspunkt gelöst und sich selbständig fortentwickelt. Die damit unter Beweis gestellte Wandlungsfähigkeit trägt maßgebend dazu bei, dass sich der zivilistische Sonderweg Louisianas bis heute gegenüber dem in den übrigen US-Bundesstaaten vorherrschenden System des *common law* und der *common law notaries* behaupten kann.² Deutschsprachige Literatur zu den *civil law notaries* in Louisiana existiert – soweit ersichtlich – nicht. Vorhandene deutschsprachige Darstellungen des Notarwesens der Vereinigten Staaten klammern die *Louisiana Notaries* wegen ihrer Sonderstellung gegenüber den Notaren aus anderen Bundesstaaten der USA weitgehend aus.³ Der vorliegende Beitrag schließt diese Lücke.

I. Überblick

Der in den übrigen Staaten der USA anzutreffende *notary public* ist eine in der Regel nicht juristisch geschulte Urkundsperson, die – oft nebenberuflich – hauptsächlich Beglaubig-

stellt. Vgl. *Giraud*, A History of French Louisiana, Vol. 1, Englischer Nachdruck 1974, S. 304.

² Innerhalb der USA hat der Gedanke des *civil law notary* in letzter Zeit neuen Auftrieb erhalten. So gibt es in mehreren Bundesstaaten Bestrebungen, im Interesse eines erleichterten internationalen Handelsverkehrs vor allem mit den zivilistisch geprägten Staaten in Lateinamerika und Europa ein System von *International Notaries* einzuführen. So haben Florida und Alabama – entsprechend dem Vorbild der *Scrivener Notaries* in London – die gesetzliche Grundlage für *International Notaries* geschaffen (Florida: Statutes Chapter 118; Alabama: Code 36-20-50). Anwälte können danach in Florida oder Alabama nach fünfjähriger Anwaltstätigkeit vom Secretary of State als *civil law notary* ernannt werden, um öffentliche Urkunden hauptsächlich zur Verwendung im Ausland zu errichten. Näher dazu *Kaindl*, Civil Law Notary, Nota Bene 52–53/2001, 14; *Fessler* in FS für Georg Weissmann, 2003, S. 237, 250; *McClane & Tessitore*, The Florida Civil Law Notary: A practical new tool for doing business with Latin America, 32 Stetson L. R. 727 (2003); *Reynis*, Des Notaires sous la Common Law: les *Civil Law Notaires* des USA, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière 2003, 504.

³ *Langhein*, Anglo-amerikanische notarielle Beglaubigungen, Bescheinigungen und Belehrungen im deutschen Registerrecht, 1994, S. 74 Fn. 11.

* Unser besonderer Dank gilt Notar und Friedensrichter *Charles J. Licciardi*, Richter *Manuel A. Fernandez*, beide Chalmette, Louisiana, sowie Anwalt und Notar *W. Paul Andersson*, New Orleans, Louisiana, ohne deren freundliche Unterstützung diese Arbeit nicht hätte realisiert werden können. Für die stete Bereitschaft, Louisianas „mixed jurisdiction“ zu diskutieren, und für viele wertvolle Anregungen danken wir Prof. *Cynthia Samuel*, Prof. *M. Shael Herman*, Prof. *N. A. Yiannapoulos* und Prof. *Joachim Zekoll*, alle Tulane University School of Law, New Orleans, Louisiana.

¹ Der erste Notarakt auf dem Gebiet der Provinz Louisiana ist das Protokoll der Inbesitznahme des Mississippi und der angrenzenden Ländereien für Louis XIV., König von Frankreich, durch Cavalier de la Salle im Jahr 1682, das von Jacques de la Metairie, Notar im kanadischen Fort Fontenac, aufgenommen wird. Vgl. *Roy*, Histoire du Notariat au Canada, 1899, S. 366. Erster Notar der Provinz ist Jacques Humery, königlicher Lagerhausverwalter, der 1705 ein notarielles Inventar des Vermögens von Le Vasseur de Ruessaval er-

gungsfunktionen ausführt.⁴ Die berufliche Stellung lässt sich am besten mit dem eines öffentlich bestellten Amtsträgers beschreiben, der auf eigene Rechnung und unter persönlicher Haftung behördliche und gerichtliche Hilfsfunktionen ausführt.⁵ Dem *common law notary* wird zwar ein hohes Berufsethos zuerkannt;⁶ aufgrund seines beschränkten, rein funktionalen Aufgabenkreises genießt er jedoch nicht das Ansehen,⁷ das einem dem lateinischen Notariat angehörigen Kollegen aufgrund seiner fundierten juristischen Ausbildung und den ihm auferlegten Berufspflichten zuteil wird. Anderes gilt für den Notar in Louisiana. Seine Ausnahmestellung beruht darauf, dass ihm ein Aufgabenfeld zugewiesen ist, das weit über den Standard eines *notary public* hinausgeht und ihm eine den Notaren in ausschließlich zivilistisch geprägten Rechtsordnungen vergleichbare eigene Position verleiht.⁸ Der Notar in Louisiana ist als Träger eines öffentlichen Amtes ermächtigt, öffentliche Urkunden über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte aller Art zu errichten, diese Urkunden einer öffentlichen Verwahrung und Registrierung zuzuführen und auf Verlangen den Parteien beglaubigte Abschriften der Urkunden auszuhändigen.⁹ Seine herausgehobene Stellung, die von den Gerichten bestätigt wird,¹⁰ ist nur vor dem Hintergrund einer in den Kernbereichen des Privatrechts immer noch stark zivilistisch geprägten Rechtsordnung zu verstehen.¹¹ Sie nimmt ihren Ursprung in der eigenständigen (rechts-)historischen Entwicklung Louisianas gegenüber den übrigen Bundesstaaten der USA, die ausnahmslos das englisch geprägte *common law* rezipieren. Das qualifizierte Berufszulassungsverfahren der *Louisiana Notaries* beweist ihre Ausnahmestellung und trägt zur Qualitätssicherung bei.

4 Auf US-Territorium existiert eine auf dem Vorbild des lateinischen Notariats aufbauende Rechtstradition nur noch im (historisch vom spanischen Recht beeinflussten) Puerto Rico; vgl. *Langhein*, Beglaubigungen, S. 74, der von einer „Art lateinischem Anwaltsnotariat“ spricht. Puerto Rico ist aber kein offizieller Bundesstaat der USA, sondern führt den politischen Status einer Selbstverwaltungszone in Staatengemeinschaft mit den USA.

5 *Closen & Dixon*, *Notaries Public from the time of the Roman Empire to the United States today, and tomorrow*, 68 N. D. L. Rev. 873, 874 (1992).

6 *Closen & Dixon*, 68 N. D. L. Rev. 873 (1992), die Notaren „high moral character“ attestieren und anerkennen, dass „his responsibility [is] a very important one“.

7 *Langhein*, Beglaubigungen, S. 73 Fn. 10, der den despektierlichen Begriff des „Stempelbeamten“ aufgreift.

8 *Closen & Dixon*, 68 N. D. L. Rev. 873, 885 (1992).

9 *Johnson*, *A Basic Louisiana Notary Guide* 7 (1985). Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass in den letzten Jahren gerade auch in der Anleitungsliteratur für Notare in Louisiana ein Bedeutungsverlust der notariellen Tätigkeit beklagt wird, vgl. *Johnson*, *A Basic Louisiana Notary Guide* 10 (Ergänzungsband 1996); so bereits *Burke & Fox*, *The Notaire in North America: A short Study of the adaption of a Civil Law Institution*, 50 Tul. L. Rev. 318, 320 (1976), allerdings im historischen Kontext.

10 Vgl. nur die Ausführungen des Gerichts in *Rochereau v. Jones*, 29 La. Ann. 82, 86 (1877): „High and important functions are intrusted to notaries; they are invested with grave and extensive duties; they are charged with the solemn preparation of the authentic evidence of our transactions, of last wills, of those titles which pass from one generation to another. Their responsibility is as high as their trust, and a notary who officially certifies as true what he knows to be false violates his duty, commits a crime, forfeits his bond, binds himself, and binds his sureties.“

11 Einen guten Überblick über die Privatrechtsordnung in Louisiana geben *Zekoll*, *ZVglRWiss* 93 (1994), 323; *ders.*, *The Louisiana Private-Law System: The Best of Both Worlds*, 10 Tul. Eur. & Civ. L. F. 1 (1995); *Herman*, *E Pluribus Unum: The Paradox That Safeguards Louisiana's Mixed Legal System* (unveröffentlichtes Manuskript im Bestand der Tulane University, School of Law, New Orleans, Louisiana).

II. Historische Entwicklung des Rechts- und Notarsystems in Louisiana

Es empfiehlt sich, das bestehende Notarwesen in Louisiana in seinen historischen Kontext einzubinden, da dessen Entwicklung untrennbar mit der kolonialen Vergangenheit Louisianas verbunden ist.¹²

1. Französische Kolonialzeit

Aus europäischer Sicht beginnt die Geschichte Louisianas mit der zunächst zögerlichen Kolonialisierung durch Frankreich zu Beginn des 18. Jahrhunderts. 1712 markiert das Jahr, in dem Louisiana zum ersten Mal mit dem *civil law* in Gestalt der *Coutume de Paris* in Kontakt kommt.¹³ Die französische Krone verleiht in jenem Jahr Antoine Crozat ein Handelsmonopol in der Kolonie mit der Auflage, im Gebiet u. a. das in der *Coutume de Paris* kompilierte (Gewohnheits-)Recht anzuwenden.¹⁴ Im gleichen Jahr wird auf Anordnung von Louis XIV., König von Frankreich, die erste Zivilregierung und -verwaltung in Louisiana nach dem Vorbild von Neufrankreich als *Conseil supérieur* eingeführt, die neben Verwaltungsaufgaben mit allen richterlichen und gesetzgebenden Funktionen betraut ist.¹⁵ Mitglied dieses Regierungsrates ist neben dem Gouverneur für Neufrankreich und dem Gouverneur für Louisiana u. a. ein staatlicher Urkundsbeamter (*greffier*), der neben seiner richterlichen Tätigkeit im Berufungssenat alle für das junge Staatswesen bedeutsamen Dokumente verwaltet. Die Geschichte des Notariats ist eng verbunden mit diesem Regierungsamt,¹⁶ da bis zur Übernahme der Kolonie für Spanien durch General August Don Alejandro O'Reilly im Jahr 1769 und der Abschaffung des *Conseil supérieur* das Amt des Urkundsbeamten in ununterbrochener Folge durch vom Gouverneur ernannte Notare ausgeübt wird.¹⁷ Dies beweist die besondere Wertschätzung, die

12 Grundlegend zur kolonialen Geschichte Louisianas *Giraud*, *History of French Louisiana; The French Experience in Louisiana* (Conrad Hrsg., 1995); *New Orleans, 1718–1812: An Economic History* (Clark Hrsg., 1970); *The Spanish in the Mississippi Valley 1762–1804* (McDermott Hrsg., 1974).

13 *Yiannopoulos*, Einleitung zu *The Civil Code of Louisiana*, XLV (2003); *Baade*, *Marriage Contracts in French and Spanish Louisiana: A Study in "Notarial" Jurisprudence*, 53 Tul. L. R. 3, 7 (1978).

14 Königliches Patent vom 24.10.1712, § 7, abgedruckt bei 4 Publ. La. Hist. Soc'y 13, 17 (1908); vgl. auch *Herman*, *The Louisiana Civil Code: A European Legacy for the United States* 27 (1993). Die *Coutume de Paris* ist die prominenteste feudalrechtliche Rechtsammlung, bestehend aus 372 feudalrechtlichen Einzelbestimmungen hauptsächlich zum Sachen-, Familien- und Erbrecht. Allgemein *Dickinson*, *New France: Law, Courts, and the Coutume de Paris, 1606–1760*, 23 Man. L. J. 32 (1996).

15 *Giraud*, *History*, S. 303.

16 *Giraud*, *History*, S. 304; *Baade*, 53 Tul. L. R. 3, 7 (1978). Sieur Malesfre de Loistron wird 1712 als erster zum Schreiber, Notar und *greffier* ernannt; er verlässt aber Frankreich nie und tritt seine Ämter nicht an. So erhält der Soldat Jean-Baptiste Raguet 1714 als erster das Amt des *greffier*. Er war im selben Jahr zum Notar in Mobile ernannt worden, davor mit der Genehmigung von Gouverneur Jean Baptiste de Moyne, Sieur de Bienville als Notar tätig.

17 *Giraud*, *History*, S. 280, der nachweist, dass das französische Notaramt – anders als später unter spanischer Herrschaft – unabhängig von dem politischen Amt des *greffier* ist; ihm folgend *Baade*, 53 Tul. L. R. 3, 11 (1978). Die frühere Forschung hatte allgemein angenommen, dass auch in französischer Zeit der königliche Urkundsbeamte *ex officio* königlicher Notar ist. Dies geht zurück auf *Dart*, *The Legal Institutions of Louisiana*, 2 La. Hist. Quart. 72, 76–77 (1919), und *Hardy*, *The Superior Council in Colonial Louisiana, in Frenchmen and French Ways in the Mississippi Valley* 89 (McDermott Hrsg., 1969); diesen folgend *Burke & Fox*, 50 Tul. L. R. 318, 328 (1976); *Litvinoff*, *The Law of Obligations*, Teil 1, § 12:15 (2. Aufl. 2001).

Notaren in dem kolonialen Umfeld entgegengebracht wird. Ihre Aufgabe ist die zuverlässige Erstellung, Registrierung und Aufbewahrung von privaten und öffentlichen Rechtsakten. In der frühen Kolonialzeit, in der die Staatsfunktionen nur rudimentär ausgebildet sind, sind Notare die Garanten der persönlichen Rechte der Siedler und unabdingbar zur Aufrechterhaltung der staatlichen Stabilität.¹⁸ Das Amt des Notars bedarf in jener Zeit keiner rechtlichen Ausbildung.¹⁹ Ernennungsvoraussetzung sind ein Mindestalter von fünfundzwanzig Jahren, ein untadliger Ruf und Kenntnisse in Lesen und Schreiben.²⁰ Je nach Bedarf kann der *Conseil supérieur* nach formaler Bestätigung durch die französische Krone weitere Notare ernennen.²¹

2. Spanische Kolonialzeit

Nach Niederschlagung des Aufstandes der Siedler in Louisiana und der offiziellen Übernahme der Kolonie für Spanien²² im Jahr 1769 durch General August Don Alejandro O'Reilly ist vordringliche Aufgabe, die innere Sicherheit wiederherzustellen und das Staatswesen schnell und reibungslos auf die spanische Herrschaft zu überführen. Mit einem klugen Schachzug gelingt es Gouverneur O'Reilly, die personelle Kontinuität in der Kolonie zu wahren. Er ernennt den letzten *greffier* und Notar Jean Baptiste Garic, der aufs Beste mit dem Staatswesen und dem Rechtssystem vertraut ist, als ersten *escribano* des Cabildo²³ und schafft so eine Identifikationsfigur. Als bald nach Übernahme der formalen Herrschaft in Louisiana ordnet O'Reilly die Einführung des spanischen Rechts an.²⁴ Inwieweit es dadurch zu einer tatsächlichen Ablösung des französischen Rechts in der Rechtspraxis kommt, ist bis heute Gegenstand einer lebhaften Debatte unter Wissenschaftlern.²⁵ Das Amt des *escribano* im Cabildo ist hochgeachtet, es ist nicht oder gering

besoldet,²⁶ aber dennoch einträglich, da sämtliche Gebühren, die offiziell in einer Tabelle festgesetzt werden, durch den Notar, der nicht juristisch geschult ist,²⁷ selbst vereinnahmt werden. Das Amt ist vereerblich und veräußerlich,²⁸ es ist strengen Verhaltensregeln unterworfen,²⁹ und die Zahl der *escribanos* ist bis zur Schaffung eines dritten Amtes im Jahre 1788 auf zwei für die ganze Provinz beschränkt.

3. Nach dem Louisiana Purchase

Am 20.12.1803 wird Louisiana an die damals jungen Vereinigten Staaten übertragen.³⁰ Das ist in der Rückschau die Geburtsstunde der *mixed jurisdiction* in Louisiana.³¹ Politische Klugheit veranlasst Gouverneur W. C. C. Claiborne, die geltende Privatrechtsordnung als Identifikationsbehelf für die französisch geprägte Bevölkerungsmehrheit für eine Übergangszeit in Kraft zu lassen und den beabsichtigten vollständigen Wechsel zum *common law* auf einen Zeitpunkt zu verschieben, in dem dieser mehrheitsfähig sein wird.³² Das öffentliche Recht hingegen wird im Interesse der Einheitlichkeit des Rechts im Gesamtstaat sofort dem *common law* unterstellt.³³ Die angelsächsische Gerichtsstruktur und das Prozessrecht folgen;³⁴ als bald kommt es zur Zulassung von

¹⁸ Baade, 53 Tul. L. R. 3, 10 (1978). Gänzlich anderes gilt für den Beruf des Anwalts, der geradezu als gefährlich für die innere Ordnung der Kolonie empfunden und daher bis 1767 grundsätzlich nicht zugelassen wird. Auf diese Weise sollen unnötige Rechtsstreitigkeiten vermieden und verhindert werden, dass unerfahrene Siedler in gerichtliche Auseinandersetzungen gezogen werden.

¹⁹ Baade, 53 Tul. L. R. 3, 12 (1978). Dass Rechtskenntnisse nicht schaden, zeigt das Beispiel von Jean Baptiste Garic, der 1739 als Doktor beider Rechte die notarielle Tätigkeit vermutlich deshalb aufnimmt, weil ihm die Zulassung als Anwalt verwehrt wird.

²⁰ Baade, 53 Tul. L. R. 3, 10 (1978).

²¹ Satzung der *Compagnie d'Occident*, August 1717, Artikel 13, wiedergegeben in 4 Publ. La. Hist. Soc'y 43, 48 (1908).

²² Frankreich tritt 1762 im Geheimvertrag von Fountainebleau Louisiana an Spanien ab. Spanien nimmt die Kolonie 1769 offiziell in Besitz und gibt sie 1800 an Frankreich zurück. Frankreich nimmt Louisiana am 30.11.1803 für 20 Tage in Besitz und tritt es anschließend an die USA ab.

²³ *Cabildo* ist die örtliche Verwaltung und Regierung für New Orleans unter spanischer Herrschaft.

²⁴ Allgemein zum sog. Code O'Reilly *Yiannapoulos*, Einleitung zu The Civil Code of Louisiana, XLVII; empirisch *Rabalais*, The influence of Spanish Laws and Treatises on the Jurisprudence of Louisiana: 1762–1828, 42 La. L. Rev. 1485 (1982); Englische Übersetzung des Code O'Reilly bei *Schmidt*, Ordinances and Instructions of Don Alexander O'Reilly, 1 La. L. J. 1 (1841).

²⁵ *Palmer*, Two Worlds in One: The Genesis of Louisiana's Mixed Legal System, 1803–1812, in Louisiana Microcosm of a Mixed Jurisdiction 23, 29 (Palmer Hrsg., 1999); Baade, 53 Tul. L. R. 3 (1978), der nachweist, dass auch in spanischer Zeit Eheverträge nach französischem Modell geschlossen werden, und damit *Pascal*, Matrimonial Regimes 36 La. L. Rev. 409, 410 (1976), widerlegt. Siehe auch *Yiannapoulos*, Einleitung zu The Civil Code of Louisiana, XLVI; *ders.*, The Early Sources of Louisiana Law: Critical Appraisal of a Controversy, in Louisiana's Legal Heritage 87 (Haas Hrsg., 1983). Aus der frühen Forschung *Schmidt*, Were the Laws of France, which governed Louisiana, prior to the cession of the country to Spain, abolished by the Ordinances of O'Reilly?, 1 La. L. J. 24, 25, 37 (1841).

²⁶ Die Quellen widersprechen sich in diesem Punkt; vgl. *Grima*, The Notarial System of Louisiana 10 La. Hist. Quart. 76, 77 (1927).

²⁷ Baade, The Law of Slavery in Spanish Louisiana 1769–1803, in Louisiana's Legal Heritage 43, 58 (Haas Hrsg., 1983).

²⁸ Baade, 53 Tul. L. R. 3, 52 (1978) mit weiteren Nachweisen.

²⁹ Siehe Proklamation von Gouverneur Don Luis de Unzaga Y Amezaga vom 3. November 1770: „That any Notary who shall make a bad use of the confidence reposed in him by the public and of the faith put in the fidelity of his archives, and who shall have the audacity to antedate or postdate the deeds executed before him, shall for his delinquency be declared unworthy of the office he holds and be condemned to undergo the penalties provided“; abgedruckt bei *McColloster*, Early Notaries of the Province of Louisiana and the Parish of Orleans, in Notarial Archives Publications 1, 2 (Waldo Hrsg., 1945).

³⁰ Mit dem schlagwortartig als *Louisiana Purchase* bezeichneten Rechtsgeschäft erwerben die USA von Frankreich für 15 Mio. US-\$ eine Landmasse, die weit über das Gebiet des Bundesstaates Louisiana hinaus etwa das mittlere Drittel der Landmasse der heutigen USA umfasst und die das gesamte zu diesem Zeitpunkt von Frankreich als Herrschaftsbereich beanspruchte Territorium in den USA darstellt. Der Kongress teilt 1804 das erworbene Land in zwei selbständige politische Einheiten auf, von denen die eine, Lower Louisiana, das Gebiet des heutigen Bundesstaates Louisiana umfasst.

³¹ Das Rechtssystem in Louisiana wird häufig bildhaft als „civil law-Insel im common law-Meer“ beschrieben; so *Fessler*, in Freiheit Sicherheit Recht, S. 250; wiedergegeben von *Zekoll*, 10 Tul. Eur. & Civ. L. F. 1, 2 (1995), mit weiteren Nachweisen; kritisch *Palmer*, Einleitung zu Louisiana Microcosm of a Mixed Jurisdiction 1, 6 (Palmer Hrsg., 1999), der das Bild als irreführend ablehnt, weil es den unrichtigen Eindruck erweckt, dass das gesamte Rechtssystem und nicht nur Teile des Privatrechts vom *civil law* beeinflusst sind.

³² *Dargo*, Jefferson's Louisiana: Politics and the Clash of Legal Traditions 11 (1975), spricht vom „Kulturkampf between the *ancienne population* and the *Anglo-Americans*“ um die Vorherrschaft in Lower Louisiana; zum Notarsystem auf S. 15, ausführlich zu dem Anpassungsprozess auf S. 23 ff.

³³ Die Notwendigkeit eines einheitlichen öffentlichen Rechts wird auch von Verfechtern des *civil law* anerkannt; vgl. Kreolisches Manifest vom Mai 1806, auszugsweise zitiert bei *Dargo*, Jefferson's Louisiana 139.

³⁴ *Palmer*, Einleitung zu Louisiana Microcosm 1, 11. Edward Livingston erarbeitet auf Basis des *common law* und des *civil law* die ersten zivilprozessrechtlichen Regeln, die 1805 mit dem *Practice Act* in Kraft gesetzt werden. 1825 wird der erste von Livingston, Louis Moreau Lislet und Pierre Derbigny vornehmlich auf der Basis des *common law* und spanischer Regeln erarbeitete *Code of Practice* eingeführt, vgl. zur Entwicklung des Zivilprozessrechts *Maraist & Lemmon*, Civil Procedure 1 (1989). Das von Livingston 1818 zusammengestellte Beweisrecht scheidet im Parlament; Louisiana führt schließlich erst 1988 ein kodifiziertes Beweisrecht ein; vgl. *Pugh et al.*, Vorwort zu Handbook on Louisiana Evidence Law VII (2003).

Anwälten und der Gründung einer Anwaltskammer.³⁵ Die Einführung des *common law* im Privatrecht scheitert dauerhaft am Widerstand der französischen Bevölkerungsmehrheit, der es gelingt, die Erstellung eines *civil code* basierend auf französischen und spanischen Rechtsquellen durchzusetzen.³⁶ Claiborne stärkt die Unabhängigkeit des Notars durch ein Gesetz aus dem Jahr 1803, in dem er das Amt des Notars von dem des Auktionators trennt.³⁷ In den folgenden Jahren kommt es zu einschneidenden Änderungen im Notarwesen. So werden 1807 Nachlassgerichte auf *parish*³⁸-Ebene eingeführt, denen jeweils ein Laienrichter vorsteht, der auch als *ex officio*-Notar agiert.³⁹ 1867 können in letzter Minute legislative Bestrebungen abgewendet werden, das Notarwesen radikal zu reorganisieren und als öffentliches Amt abzuschaffen.⁴⁰ Die in der Mitte des 19. Jahrhunderts vorhandene strikte Reglementierung des Notaramtes in Bezug auf formale Berufspflichten wird im Laufe der Zeit gelockert.⁴¹ 1861 wird die gesetzliche Festlegung der Anzahl der Notarstellen durch eine gedeckelte Bedürfnisklausel abgelöst⁴² und 1966 die Anzahl der Notarstellen völlig freigegeben, was die Zahl der Notare sprunghaft ansteigen lässt. Bis 1852 wird der Amtscharakter dadurch unterstrichen, dass das Notaramt vakant wird und neu besetzt werden muss, wenn der bestellte Notar sein Amt niederlegt oder den *parish*, für den er bestellt ist, auf Dauer verlässt.⁴³ Eine Ordnungsvorschrift verpflichtet den Notar bis 1974, Notarakte grundsätzlich in seinen Amtsräumen vorzunehmen.⁴⁴ Notare führen in der ersten Zeit obli-

gatorisch ein Register, in dem sämtliche Rechtsakte in chronologischer Folge eingetragen werden.⁴⁵ Der Notar ist weiterhin förmlichen Amtspflichten unterworfen, die teilweise strafbewehrt sind.⁴⁶

III. Die Stellung des Notars in der Rechtspflege

Das Notarrecht in den USA ist Länderrecht. Der Notar in Louisiana ist auf einem Rechtsberatungsmarkt tätig, der durch das *common law* vorstrukturiert ist. Die rechtlichen Grundlagen des Notarwesens sind in Titel 35 der *Louisiana Revised Statutes*⁴⁷ enthalten. Daneben finden sich für den Notar und dessen Berufsausübung wichtige Rechtsnormen verstreut im *Louisiana Civil Code (La. C.C.)*, im *Louisiana Code of Civil Procedure (La. C.C.P.)* und im *Louisiana Code of Evidence (La. C.E.)*. Richterrecht spielt gerade im Bereich der Notarhaftung eine wichtige Rolle.⁴⁸

1. Öffentliches Amt

Notare üben ein öffentliches Amt aus.⁴⁹ Sie werden vom Gouverneur mit Zustimmung des Senats für einen bestimmten *parish* auf Lebenszeit⁵⁰ ernannt.⁵¹ Die Amtsbefugnisse eines Notars mit Anwaltszulassung bestehen im gesamten Bundesstaat Louisiana, die eines Notars ohne Anwaltszulassung sind beschränkt auf den *parish*, in dem er zugelassen ist, und bestimmten angrenzenden *parishes*.⁵² Notare sind allgemeiner staatlicher Aufsicht⁵³ unterworfenen Gebührenbeamte, die ihre Gebühren selbst festsetzen und vereinnahmen. Die Höhe der Gebühren wird durch das freie Spiel der Marktkräfte bestimmt.⁵⁴ Eine hoheitlich festgelegte allgemeine Gebührenordnung existiert nicht.⁵⁵ Der Gouverneur kann bestimmte Angestellte bei Polizei, im Justizministerium und bei anderen Behörden als *ex officio*-Notare ernennen, deren Amtsbefugnisse im Wesentlichen auf die Abnahme von Eiden und auf die Beglaubigung

35 *Billings*, A bar for Louisiana: Origins of the Louisiana State Bar Association, 41 La. Hist. 389 (2000).

36 Der Gesetzestext „A Digest of the Civil Laws now in Force in the Territory of Orleans, with Alterations and Amendments Adapted to its Present Form of Government“ wird 1808 von der Gesetzgebung verabschiedet. Der Code enthält 2 160 Artikel, die größtenteils auf dem französischen Code Napoléon und dessen Vorarbeiten basieren. So *Batiza*, The Louisiana Civil Code of 1808: Its Actual Sources and Present Relevance, 46 Tul. L. R. 4 (1971); a. A. *Pascal*, Sources of the Digest of 1808: A reply to Professor Batiza, 46 Tul. L. R. 603, 605, 607 (1972). Der Civil Code wird 1825 und 1870 grundlegend überarbeitet. Das aktuelle Zivilrecht lässt sich in seinen Kernbereichen auf den Civil Code von 1870 zurückverfolgen.

37 Gesetzestext abgedruckt in der Gesetzessammlung „The Consolidation and Revision of the Statutes of the State of a General Nature“, 1852, Abschnitt Auctioneers.

38 *Parish* bezeichnet in Louisiana die politische Gliederungseinheit unter Bundesstaatsebene.

39 *McColloster*, Early Notaries of the Province of Louisiana and Parish of Orleans, in Notarial Archives Publications 1, 2 (Waldo Hrsg., 1945).

40 Lebendiger Beweis sind Notarurkunden aus dieser Zeit, in denen der beurkundende Notar in vorausweisendem Gehorsam nicht mehr auf seine staatliche Ernennung Bezug nimmt; vgl. zur Gesetzgebungsgeschichte *Grima*, The Notarial System of Louisiana, 10 La. Hist. Quart. 76, 79 (1927).

41 Soweit ersichtlich, existieren in der frühen Zeit auch einige *materielle* Aufklärungspflichten. So ist der Verzicht einer verheirateten Frau auf Dotalrechte nur wirksam, wenn der Notar über die Rechtsfolgen aufklärt; Gesetz Nr. 254 aus dem Jahr 1855, abgedruckt in Revised Statute Laws of the State of Louisiana, 1870, Abschn. Notary public § 2518.

42 Für den *parish* Orleans kann der Gouverneur anfänglich zwischen 40 und 60 Notare ernennen; Revised Statute Laws of the State of Louisiana, 1870, Abschn. Notary public § 2521. Die Zahl wird danach stetig durch Gesetzesänderung erhöht.

43 Statutes of the State, 1852, Abschn. Notaires § 22; anders noch *Kelly v. Gilly*, 5 La. Ann. 534 (1850), in dem das Gericht bestimmt, dass der Notar sich die Amtszeit des Amtsvorgängers nicht anrechnen lassen muss.

44 Louisiana Revised Statutes 35:10 in der Fassung bis 1974. Zuwiderhandlungen hindern die Wirksamkeit der Urkunde nicht; *Desonier v. Herbert*, 177 So. 423 (La. App. 1937).

45 Statutes of the State, 1852, Abschn. Notaires § 3.

46 So etwa Ablieferungspflicht der Urkundensammlung des Amtsvorgängers an das Notararchiv, formale Anforderungen an die Feuer-sicherheit der Amtsräume.

47 Vorgeschlagene Zitierweise: LSA-R.S. 35:1.

48 Umfangreiche Rechtsprechung zur Notarhaftung ist wiedergegeben bei *Woodward*, Louisiana Notarial Manual 2 (2. Aufl. 1953); *Johnson*, Notary Guide, S. 13 f.

49 *George v. General Finance Corp. of Louisiana*, 414 F.Supp. 33 (D.C. La., 1976).

50 LSA-R.S. 35:72. Dies unterscheidet die Notare in Louisiana grundsätzlich von *common law*-Notaren, deren Zulassung regelmäßig zeitlich beschränkt ist; vgl. *Closen & Dixon*, 68 N. D. L. Rev. 873, 887 (1992).

51 Der Notar kann von jedem örtlich zuständigen Gericht abberufen oder suspendiert werden, wenn er Gelder, die ihm beruflich anvertraut sind, veruntreut, wenn er einer letztgerichtlichen Entscheidung, die gegen ihn als Notar ergangen ist, nicht nachkommt, oder bei anderen schwerwiegenden Amtspflichtverletzungen (*just cause*); LSA-R.S. 35:71.

52 LSA-R.S. 35:10 i. V. m. 35:191 D.-P. Eine außerhalb der räumlichen Amtsbefugnisse aufgenommene Urkunde ist i. d. R. unwirksam; zu Ausnahmen vgl. Fn. 58.

53 Kritisch zu der Tatsache, dass keine eigene staatliche Aufsichtsbehörde für Notare (oder ein Kammerwesen mit Aufsichtsbefugnissen) besteht, *Arceneaux*, Writing Requirements and the authentic act in Louisiana Law: Civil Code Articles 2236, 2275 & 2278, 35 La. L. Rev. 764 (1975). Der Notar ist legislativer Kontrolle unterworfen, so *State v. Laresche*, Man. Unrep. Cas. 371 (1880).

54 *Johnson*, Notary Guide, S. 15. Die Kosten werden nach billigem Ermessen durch das Gericht festgesetzt, wenn der Notar auf Veranlassung eines Gerichts tätig wird; vgl. LSA-R.S. 9:1423.

55 *Horn*, Louisiana Notarial Handbook & Study Guide 95 (4. Aufl. 1987).

von Unterschriften beschränkt sind.⁵⁶ Zum Schutz des Rechtsverkehrs hat die Rechtsprechung in Louisiana die Rechtsfigur des *de facto*-Notars entwickelt.⁵⁷ Trotz eines Befähigungsmangels des handelnden Notars sind Rechtsakte zu seiner Urkunde wirksam, wenn er tatsächlich eine Zulassung besitzt und er hinsichtlich der Zulassungsvoraussetzungen gutgläubig ist.⁵⁸

2. Anwalt und Notar

Das Amt des Notars steht grundsätzlich auch Anwälten offen. Eine Inkompatibilität zwischen dem Beruf des Anwalts und dem Amt des Notar gibt es nicht.⁵⁹ Es lässt sich beobachten, dass die meisten Anwälte in Louisiana als Notar zugelassen sind. Dies führt zu einer gewissen horizontalen Aufspaltung des Angebots an Notarleistungen in beratungsintensive Rechtsgeschäfte, die häufig von Anwälten im Rahmen eines anwaltlichen Mandats mitbetreut werden,⁶⁰ und in einfachere Alltagsgeschäfte. Für Notare mit Anwaltszulassung gibt es Sonderregelungen, die an geeigneter Stelle ausführlicher dargestellt werden.⁶¹ Alle Notare ohne Anwaltszulassung müssen nach neuester Rechtslage einen Jahresabschluss beim Innenministerium des Staates Louisiana einreichen.⁶² Wenn ein Notar mit Anwaltszulassung Rechtsrat erteilt, dann besteht eine Vermutung, dass dies der anwaltlichen und nicht der notariellen Sphäre zuzurechnen ist.⁶³ Anwälte, die wegen persönlichem Fehlverhalten die Anwaltszulassung verlieren, können nicht Notar werden oder Notartätigkeiten ausüben.⁶⁴

3. Aufnahme der Tätigkeit als Notar

Voraussetzung für die Zulassung als Notar ist ein Befähigungsnachweis des örtlich zuständigen Bezirksgerichts, der einem Bewerber auf Antrag zu erteilen ist, der

- das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat,
- im Wählerverzeichnis seines *parish* verzeichnet ist und
- ein *statement of good moral character, integrity, competency and sober habits* zweier angesehenen Bürger seines *parish* vorlegen kann.⁶⁵

⁵⁶ LSA-R.S. 35:15 ff.

⁵⁷ *Davenport v. Davenport*, 116 La. 1009, 41 So. 240 (1906).

⁵⁸ *Succession of Galway*, 483 So. 2d 662 (La. Ct. App. 5th Cir. 1986). In *Succession of Wafer*, 30-259 (La. App. 2d Cir. 6/24/98), 715 So. 2d 672, 1998, erkennt das Gericht das Testament unter Heranziehung der *de facto*-Lehre als gültig an, obwohl der Notar außerhalb seiner örtlichen Amtsbefugnisse (*parish*) beurkundet hatte.

⁵⁹ Die Unvereinbarkeit von Anwaltsberuf und Notaramt ist nicht wesensnotwendig für das lateinische Notariat.

⁶⁰ Kritisch zu der „Doppelrolle“ in Hinblick auf die notarielle Pflicht zur Objektivität und Unabhängigkeit *Closen & Dixon*, 68 N. D. L. Rev. 873, 890 (1992); vgl. zur Rechtslage in Louisiana unten III.5.a.

⁶¹ Zur Reichweite der Amtsbefugnisse vgl. oben III.1; zur erleichterten Notarzulassung vgl. III.3; zur anwaltlichen Berufshaftpflichtversicherung vgl. unten V. Notarielle Urkunden müssen mit der *state bar roll number* (die die *notary identification number* ersetzt) versehen werden, LSA-R.S. 35:12 B. in der Fassung des Gesetzes Nr. 1142 der Legislaturperiode 2003.

⁶² Gesetz Nr. 1142 der Legislaturperiode 2003.

⁶³ So *Litvinoff*, *The Law of Obligations*, § 12:15.

⁶⁴ LSA-R.S. 35:14. Interessant ist die Gesetzesbegründung, in der ausgeführt ist, dass legislative Gründe die Einführung dieser Norm rechtfertigen, da Notare in Louisiana mit weitreichenden Aufgaben betraut sind, die materiell Rechtsberatung sind und somit eigentlich Anwälten vorbehalten. Die Norm verstößt nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot, da – die fragliche Klausel hinweggedacht – dem suspendierten Anwalt Tätigkeitsfelder offenstünden, die ihm mit dem Berufsverbot aberkannt worden sind; abgedruckt unter LSA-R.S. 35:14 Hinweis 1. Die Suspendierung vom Amt des Notars muss gesondert ausgesprochen werden; verbindliche Rechtsauskunft des Justizministers, Op. Atty. Gen. vom 27.9.1972.

Notaranwärter, die keine Anwaltszulassung besitzen, müssen darüber hinaus

- zur Erlangung des Befähigungsnachweises eine schriftliche Notarprüfung ablegen⁶⁶ und
- eine Bürgschaft bester Bonität in Höhe von 10.000 US-\$ zur Absicherung von Haftpflichtfällen oder eine Haftpflichtversicherung mit einer Mindestdeckungssumme in Höhe von 10.000 US-\$ nachweisen.⁶⁷

Angehörige anderer Staaten müssen als Notare zugelassen werden, wenn sie die Zulassungsvoraussetzungen erfüllen.⁶⁸ Jeder Bewerber muss einen Amtseid leisten und eine Unterschriftenprobe beim Innenministerium des Bundesstaats Louisiana hinterlegen.⁶⁹

Wesentliches Zulassungskriterium für Nichtanwältel ist das Bestehen der (zukünftig)⁷⁰ landeseinheitlichen Notarprüfung, die zweimal jährlich auf *parish*-Ebene angeboten wird. Die Prüfung besteht aus einem siebenstündigen schriftlichen Examen mit diversen berufsrelevanten Rechtsfragen von einfachen juristischen Definitionen bis hin zur Abgabe rechtlicher Kurzgutachten. Aussagekräftig für das Niveau der Prüfung sind Durchfallquoten von im Schnitt etwa 75 %. Der Prüfung geht ein viermonatiger Vorbereitungskurs voraus, der u. a. von der University of New Orleans⁷¹ angeboten wird.

4. Notarielle Aufgaben

In LSA-R.S. 35:2 und 3 sind die dem Notar zugewiesenen Aufgaben enumerativ, aber nicht abschließend⁷² aufgezählt.⁷³ So ist der Notar ermächtigt, Unterschriften zu beglaubigen, Gegenstände zu versiegeln sowie Eide und eidesstattliche Versicherungen (*affidavits*) entgegenzunehmen.⁷⁴ Jeder zugelassene Notar kann den Parteien beglaubigte Abschriften der von ihm aufgenommenen notariellen Urkunden erteilen.⁷⁵ Bei der Beglaubigung von Unterschriften ohne Entwurf der Erklärungen der Parteien trifft den Notar keine Verantwortlichkeit für den Inhalt der Urkunde. Der Notar kann die Aufgabe des gerichtlichen Urkundsbeamten bei *depositions*⁷⁶ über-

⁶⁵ LSA-R.S. 35:191 C. (1).

⁶⁶ LSA-R.S. 35:191 C. (2) (a).

⁶⁷ LSA-R.S. 35:191 C. (3). Der Gesetzgeber in Louisiana hat mit den Gesetz Nr. 926 der Legislaturperiode 2003 die Höhe der Sicherheit von 5.000 US-\$ auf 10.000 US-\$ erhöht und die Möglichkeit geschaffen, die Bürgschaft durch eine Berufshaftpflichtversicherung zu ersetzen.

⁶⁸ In *Bernal v. Fainter*, 467 U.S. 216, 218 (1984), hat der U.S. Supreme Court entschieden, dass der Staatsangehörigkeitsvorbehalt im Recht von Texas gegen den (bundes-)verfassungsrechtlich garantierten Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt.

⁶⁹ LSA-R.S. 35:201.

⁷⁰ Eine Kommission wird bis 2005 einen landeseinheitlichen Prüfungskatalog erarbeiten; Gesetz Nr. 1142 aus 2003.

⁷¹ <http://training.uno.edu/notary.htm>.

⁷² *Woodward*, Louisiana Notarial Manual 2 (2. Aufl. 1953).

⁷³ Die explizit aufgeführten Aufgaben sind Pflichtaufgaben; so *Woodward*, Notarial Manual, S. 2, unter Hinweis auf *Stork v. American Surety Co.*, 109 La. 713, 33 So. 742 (1903).

⁷⁴ Letztere haben eine große Bedeutung im *common law*-orientierten Prozess- und Beweisrecht von Louisiana, da schriftliche Beweise in der Regel nur wirksam in das gerichtliche Verfahren eingeführt werden können, wenn sie durch das mündliche Zeugnis einer Person verifiziert werden.

⁷⁵ LSA-R.S. 35:323 E.

⁷⁶ Eine durch einen gerichtlichen Urkundsbeamten wörtlich aufgenommene und schriftlich niedergelegte eidliche Zeugenaussage hauptsächlich zur späteren Verwendung vor Gericht; La. C.C.P. § 1429 ff. Eidlichen vorprozessualen Zeugenaussagen kommt im Beweisrecht des *common law* große Bedeutung zu.

nehmen.⁷⁷ Darüber hinaus sind den Notaren Louisianas anspruchsvolle, kautelarjuristische Aufgaben zugewiesen, insbesondere das Entwerfen und Beurkunden von Verträgen aller Art und sonstiger schriftlicher Erklärungen. Das Gesetz nennt ausdrücklich Testamente, Eheverträge, Grundstücksübertragungen und Protesturkunden.

5. Einzelne Amtspflichten

Die Amtspflichten des Notars in Louisiana haben vornehmlich funktionalen Charakter. Belehrungspflichten und andere inhaltliche Pflichten sind weniger ausgeprägt. Dies mag damit zusammenhängen, dass Rechtsberatung in Louisiana ausschließlich zugelassenen Anwälten vorbehalten ist⁷⁸ und Notare in Louisiana nicht notwendigerweise ein mehrjähriges universitäres Rechtsstudium durchlaufen müssen, um eine Zulassung zu erhalten.

a. Verbot der Mitwirkung als Notar

Dem Notar ist es verboten, persönliche Vorteile aus der Amtstätigkeit zu ziehen. So bestimmt Louisiana C.C. § 1582, dass eine testamentarische Zuwendung an den beurkundenden Notar unwirksam ist. Ein Testament, das eine solche Bestimmung enthält, ist jedoch im Übrigen wirksam. Unschädlich ist hingegen, wenn der beurkundende Notar zum Testamentsvollstrecker ernannt, als Verwalter eines Trust eingesetzt oder zum Anwalt für den Testamentsvollstrecker, für einen Erben oder für einen Vermächtnisnehmer bestellt wird.⁷⁹ Bei Unterschriftbeglaubigungen ist der Grundsatz der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit auf das Verbot einer materiellen Interessenkollision reduziert. Hat der Notar kein persönliches Interesse an dem Rechtsgeschäft, so ist es unschädlich, wenn er Anwalt oder Vertreter einer der beteiligten Parteien ist.⁸⁰ Auf gleicher Linie liegt ein Gesetz aus dem Jahre 1920, das zulässt, dass ein Notar Unterschriften beglaubigt oder Protestnoten entgegennimmt, obwohl er Organmitglied, Gesellschafter oder Angestellter einer Bank oder eines anderen Unternehmens ist, das an der Urkunde beteiligt ist.⁸¹ Diese Bestimmung trägt dem Rechtsalltag in vielen Unternehmen Rechnung, in denen Angestellte mit Notarzulassung beschäftigt sind, um in dieser Funktion für die Gesellschaft tätig zu werden. Die Grenze des rechtlich Zulässigen ist überschritten, wenn der Notar selbst an dem Vertrag beteiligt ist, sei es unmittelbar oder mittelbar aufgrund der ihm zugewiesenen Stellung innerhalb des Unternehmens.⁸²

b. Aufbewahrungs-, Ablieferungs- und Registrierungsspflichten

Eine rechtliche Pflicht zur Aufbewahrung der notariellen Urkunden in den Amtsräumen in Form einer Urkundensammlung besteht nicht.⁸³ Die Pflicht zur Führung bestimmter

Bücher besteht nur für bestimmte Rechtsakte und nur für Notare mit Amtssitz außerhalb des *parish* Orleans, die ein chronologisches Register derjenigen Urkunden führen, die an ein Grundstücksverkehrsregister abgeliefert werden *müssen*.⁸⁴ Darüber hinaus ist bei vielen Notaren eine – in der Regel EDV-gestützte – freiwillige Führung eines Registers für alle Rechtsgeschäfte in einer der Urkundenrolle bzw. dem Kostenregister ähnlichen Form üblich. Für Besteuerungszwecke müssen Urkunden im *parish* Orleans an das Grundsteueramt (*board of assessors*) abgeliefert werden, LSA-R.S. 35:281.

i) Notararchiv

An die Stelle der Pflicht zur Führung von Büchern tritt für die Notare im *parish* Orleans eine Ablieferungspflicht bestimmter Urkunden an das Notararchiv. So ist jeder Notar im *parish* Orleans verpflichtet, das Original jeder öffentlichen Urkunde (*authentic act*)⁸⁵ und eine Abschrift jedes Rechtsakts, den der Notar zu einem Grundstücksverkehrsregister einreichen wird, an das zentrale Notararchiv in New Orleans abzuliefern.⁸⁶ Das 1867 gegründete zentrale Notararchiv in New Orleans ist das einzige Archiv für Notarurkunden in den gesamten USA und hält neben rechtshistorisch interessanten Urkunden zu Sklavenverkäufen⁸⁷ Testamente, Eheverträge sowie Urkunden zu den meisten grundstücksbezogenen Rechtsgeschäften in New Orleans seit Gründung der Stadt vor.⁸⁸ Sämtliche eingereichten Urkunden werden mit einer fortlaufenden Nummer versehen. Sie sind öffentlicher Einsicht zugänglich; der Darlegung eines besonderen Interesses bedarf es nicht.

ii) Öffentliche Grundstücksverkehrsregister

Urkunden über Kauf, Tausch, Schenkung oder Beleihung von Immobilien müssen innerhalb bestimmter Fristen⁸⁹ beim Register für Grundstücksübertragungen (*register of conveyances*) bzw. beim Hypothekenregister (*register of mortgages*)⁹⁰ am Belegenheitsort der Immobilie abgeliefert werden, widrigenfalls ein Strafgeld in Höhe von 100 US-\$ bzw. 500 US-\$ für Notare im *parish* Orleans festgesetzt werden kann.⁹¹ Registerfähige Rechtsvorgänge⁹² sind dritten Personen gegenüber

aller Urkunden aufbewahren müssen, ist noch immer in Kraft, wohl aber durch die später eingeführte Ablieferungspflicht an das Notararchiv obsolet geworden, so Kommentar zu LSA-35:329 unter Abschn. Rechtsquellen; vgl. zur Ablieferungspflicht unter III.5.b.i).

⁸⁴ LSA-R.S. 9:2741.

⁸⁵ Hierzu vgl. unten IV.

⁸⁶ LSA-R.S. 35:323–329.

⁸⁷ Die „Übertragung“ von Rechten an Sklaven war dem materiellen Formerfordernis der öffentlichen Urkunde unterworfen; vgl. allgemein zur Geschichte des Sklavenhandels *Baade*, *The Law of Slavery in Spanish Louisiana 1769–1803*, in *Louisiana's Legal Heritage* 43–86 (Haas Hrsg., 1983).

⁸⁸ Weitere Informationen zu dem Notararchiv unter <http://www.notarialarchives.org>.

⁸⁹ Spätestens 48 Stunden nach Beurkundung im *parish* Orleans, spätestens 15 Tage nach Beurkundung in allen anderen *parishes*.

⁹⁰ Es handelt sich um zwei verschiedene Register, die nur im *parish* Orleans organisatorisch getrennt sind. Beide Register werden im Folgenden kurz als Grundstücksverkehrsregister bezeichnet. Daneben werden je nach Bedarf in den *parishes* außerhalb New Orleans weitere Register geführt, etwa ein Register für Rechtsgeschäfte mit Bodenschätzen, ein Register mit Eheverträgen oder ein Register mit Betreuungsanordnungen. Vgl. *Title*, *Louisiana Real Estate Transactions*, Kapitel 8 (2. Aufl. 2001).

⁹¹ LSA-R.S. 9:2741, 2745. Die eingereichten Dokumente sind öffentlicher Einsicht zugänglich, LSA-R.S. 9:2747.

⁹² Zu den registerfähigen Rechtsvorgängen zählen auch die vertragliche Einräumung sonstiger grundstücksbezogener Rechte sowie Grundstücksmiet- und -pachtverträge, nicht jedoch Rechte, die von Gesetzes wegen erworben werden; kritisch *Garro*, *The Louisiana Public Records Doctrine* 252 (1989).

⁷⁷ LSA-R.S. 35:2 B.

⁷⁸ LSA-R.S. 37:212 B. Die in LSA-R.S. 35:2 und 3 aufgezählten notariellen Aufgabengebiete sind von dem Verbot ausgenommen. Die Demarkationslinie zwischen zulässiger Notartätigkeit und unzulässiger Rechtsberatung mag im Einzelfall schwer zu ziehen sein. *Horn*, *Notarial Handbook*, S. 98, bringt es auf eine (zu) einfache Formel: „He can do many things an attorney can do, but he cannot go to court.“

⁷⁹ LSA-R.S. 35:2 A. (3).

⁸⁰ *Thigpen v. Wall Printing Corp.*, 145 So. 714 (La. App. 1933). In der Praxis wird die Mehrfachvertretung offen gelegt und eine Befreiung des Mandanten eingeholt.

⁸¹ LSA-R.S. 35:4 Satz 1.

⁸² LSA-R.S. 35:4 Satz 2.

⁸³ Der Notar ist nicht zur Aufbewahrung der notariellen Urkunden verpflichtet; verbindliche Rechtsauskunft des Justizministers von Louisiana, *Op. Atty. Gen.*, 1938–40, S. 727. Die Norm LSA-R.S. 35:329, die vorsieht, dass Notare im *parish* Orleans die Originale

erst wirksam, wenn die Urkunden ordnungsgemäß zum Grundstücksverkehrsregister eingereicht worden sind.⁹³ Louisiana besitzt kein mit einem Kataster oder einem Grundbuch vergleichbares Grundstücksverzeichnis.⁹⁴ In der Tradition des frühen spanischen Rechts⁹⁵ werden die eingereichten Rechtsakte über Grundstücksrechte mit einer fortlaufenden Nummer versehen, in chronologischer Reihenfolge gesammelt, in Folianten gebunden und archiviert. Es findet weder eine inhaltliche Auswertung noch eine verbindliche, mit rechtlichen Folgen oder mit öffentlichem Glauben verbundene Zuordnung zu einem bestimmten Grundstück statt.⁹⁶ Die Klärung der Eigentums- und Belastungsverhältnisse vor einem geplanten Grundstücksgeschäft gestaltet sich aufwendig und zeitintensiv, da sämtliche grundstücksbezogene Vorgänge und Rechtstatsachen über einen Zeitraum von mindestens zehn Jahren⁹⁷ geprüft werden müssen.⁹⁸ In neuerer Zeit werden die eingereichten Rechtsakte indiziert und in computerbasierte Datenbanken eingebunden, die die grundstücksbezogene Suche erleichtern.

IV. Die Bedeutung der öffentlichen Urkunde im Privatrecht von Louisiana

Zivilistische Rechtsordnungen sind u. a. dadurch gekennzeichnet, dass zur Sicherheit des Rechtsverkehrs die Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte von der Einhaltung materieller Formerfordernisse abhängt.⁹⁹ Mit der öffentlichen Urkunde stellen die lateinisch geprägten Notare ein Instrument zur Verfügung, mit dem die materiellen Formerfordernisse erfüllt werden.

1. Materielle Beurkundungserfordernisse

Das Recht von Louisiana kennt drei schriftliche Instrumente, nämlich die öffentliche Urkunde (*authentic act*), den privatschriftlichen Vertrag mit öffentlich beglaubigter Unterschrift¹⁰⁰ und den privatschriftlichen Vertrag¹⁰¹. Vorbehaltlich

⁹³ *Public Records Doctrine*, LSA-R.S. 9:2721, 2756. Inter-partes-Wirksamkeit tritt mit Abschluss des Rechtsgeschäfts ein. Die Kenntnis des Dritten von dem nicht registrierten Vorgang schadet nicht; *McDuffie v. Walker*, 125 La. 152, 51 So. 100 (1909).

⁹⁴ Für Besteuerungszwecke wird ein Eigentümerverzeichnis beim örtlichen Grundstücksamt (*Office of Real Estate Records*) geführt.

⁹⁵ Zur historischen Entwicklung des Registerwesens in Louisiana vgl. *Garro*, *The Louisiana Public Records Doctrine* 242 ff. (1989).

⁹⁶ Der Träger des Registers ist haftbar für das Unterlassen der ordnungsgemäßen Registrierung und das Erstellen falscher Auszüge aus dem Register; LSA-R.S. 9:5214.

⁹⁷ Die Länge des zu überprüfenden Zeitraums ist u. a. abhängig von der Risikofreudigkeit des Erwerbers. War der jeweilige Erwerber in gutem Glauben, so beträgt die Ersitzungsfrist zehn Jahre, sonst dreißig Jahre; Louisiana C.C. § 3473, 3486. Das Restrisiko wird häufig – v. a. wenn Hypothekenbanken beteiligt sind – durch eine spezielle Versicherung abgedeckt.

⁹⁸ Ein erfahrener Anwalt, der sich auf *title search*, also auf die Aufklärung der rechtlichen Verhältnisse eines Grundstücks, spezialisiert, benötigt etwa drei Stunden für ein durchschnittlich aufwendiges Gutachten.

⁹⁹ *Ready*, *The evidentiary status of English Notarial Acts and the Enforcement in the United Kingdom of Foreign Authentic Instruments under the Brussels Convention of 1968 and the Lugano Convention of 1988*, *Notarius International* 63, 64 (1997).

¹⁰⁰ La. C.C. § 1836. Die Unterschriftsbeglaubigung muss bei Anwesenheit von zwei Zeugen erfolgen. Die Urkunde erbringt prima facie Beweis ihrer Echtheit.

¹⁰¹ La. C.C. § 1837.

bestimmter gesetzlich festgelegter Ausnahmen¹⁰² genügt für die Übertragung von Rechten an unbeweglichen Sachen die einfache Schriftform.¹⁰³ Eheverträge bedürfen der notariellen Form – entweder als öffentliche Urkunde oder als Urkunde mit öffentlich beglaubigter Unterschrift.¹⁰⁴ Gleiches gilt bei Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung für die beim Innenministerium einzureichende Satzung (*Articles of Incorporation*).¹⁰⁵ Das notarielle Testament steht neben dem privatschriftlichen.¹⁰⁶

2. Einzelheiten zum Beurkundungsverfahren

Eine öffentliche Urkunde ist eine schriftliche Erklärung, die vor einem Notar und zwei Zeugen¹⁰⁷ abgegeben wird und von den Parteien, dem Notar und den zwei Zeugen unterschrieben wird.¹⁰⁸ Im Urkundeneingang werden Ort und Datum sowie die Parteien aufgeführt, sodann werden die Erklärungen der Parteien wiedergegeben; die Urkunde schließt mit der Unterschrift der Parteien, des Notars¹⁰⁹ und der zwei Zeugen.¹¹⁰ Die Urkunde muss weder vom Notar vorgelesen werden, noch muss den Parteien der Inhalt der Urkunde erklärt werden.¹¹¹ *Litvinoff* empfiehlt dennoch das Vorlesen der Urkunde, um dem Beurkundungsverfahren mehr Förmlichkeit und Feierlichkeit zu verleihen und den Parteien die Warn- und Belehrungsfunktion der Beurkundung sinnfällig vor Augen zu führen.¹¹²

3. Wirkung der öffentlichen Urkunde

Die öffentliche Urkunde erbringt im Recht von Louisiana vollen Beweis der Erklärungen der Parteien gegenüber den Vertragsparteien und ihren Rechtsnachfolgern, La. C.C.

¹⁰² Wichtigste Ausnahme: Die Schenkung von Grundstücken muss zur Vermeidung der Nichtigkeit durch öffentliche Urkunde erfolgen; La. C.C. § 1536. In der Praxis empfiehlt es sich, Grundstücksgeschäfte stets zu beurkunden. Gelangt ein Gericht später zu der Auffassung, dass die Gegenleistung nicht ernsthaft gewollt ist (La. C.C. § 2027), und legt den Vertrag als Schenkung aus, so ist das Rechtsgeschäft dennoch gültig. Vgl. *Succession of Daste*, 254 La. 403, 223 So. 2d 848 (1969). Siehe auch *Title*, *Real Estate Transactions*, § 7:14.

¹⁰³ La. C.C. § 2440.

¹⁰⁴ La. C.C. § 2331.

¹⁰⁵ LSA-R.S. 12:24 A.

¹⁰⁶ La. C.C. §§ 1576–1582 mit besonderen Formvorschriften für notarielle Testamente, mit denen schreibunfähige, sehbehinderte, hörbehinderte und mehrfach behinderte Erblasser testieren. Ein Testator, der die Blindenschrift Braille beherrscht, kann mit Hilfe eines Notars in Braille testieren.

¹⁰⁷ Mangels gesetzlicher Regelung kann Zeuge in der Regel jede geschäftsfähige Person sein. La. C.C. § 1581 enthält Sonderregeln für Testamentszeugen. Der Notar kann anders als im *common law* nicht zugleich Zeuge sein; vgl. *Carman*, *Louisiana Successions* § 2:42 (2. Aufl. 1998).

¹⁰⁸ La. C.C. § 1833 mit der Möglichkeit der sukzessiven Beurkundung.

¹⁰⁹ Die Verwendung eines Siegels ist nicht vorgeschrieben, empfiehlt sich aber v. a. dann, wenn die Urkunde außerhalb Louisianas Verwendung findet. Die Unterschriftsbeglaubigung eines Notars aus einem anderen US-Bundesstaat erkennt das Recht von Louisiana nur bei Verwendung des Amtssiegels des Notars an; LSA-R.S. 35:513.

¹¹⁰ Durch Ordnungsvorschrift ist der Notar verpflichtet, die Identität der Parteien unter Angabe der Geburtsnamen, des Familienstands, der Adresse und der *social security number* klarzustellen sowie seine *notary identification number* anzugeben.

¹¹¹ Das Gericht in *Heyl v. Heyl*, 445 So. 2d 88 (La. Ct. App. 2d Cir. 1984), *writ denied*, 446 So. 2d 1228 (La. 1984), argumentiert, dass die Parteien mit ihrer Unterschrift bestätigen, dass sie genaue Kenntnis vom Inhalt der Urkunde haben. Eine gesetzliche Ausnahme besteht für Testamente von leseunfähigen oder sehbehinderten Personen, die vorgelesen werden müssen; La. C.C. § 1579.

¹¹² *The Law of Obligations*, § 12:17 mit weiteren Nachweisen.

§ 1835.¹¹³ Im Zivilprozess kann die öffentliche Urkunde als schriftlicher Beweis ohne weitere Authentifizierung eingeführt werden.¹¹⁴ Stellt sich nach Beurkundung grundstücksbezogener Erklärungen heraus, dass dem Notar ein Schreibfehler unterlaufen ist, kann der Notar – ohne die nochmalige Mitwirkung der Parteien – eine Berichtigungsurkunde unter Zuhilfenahme zweier Zeugen und eines weiteren Notars erstellen und diese zu dem Grundstücksregister einreichen.¹¹⁵ Wird eine Hypothek zu öffentlicher Urkunde bestellt, so kann in einem erleichterten Verfahren ein gerichtlicher Titel erwirkt werden, mit dem in das belastete Grundstück vollstreckt werden kann.¹¹⁶

V. Amtshaftung

Der Notar in Louisiana ist nach allgemeinen privatrechtlichen Haftungsvorschriften für Amtspflichtenverletzungen haftbar. Er hat für jeden Schaden einzustehen, der unmittelbar aus der Verletzung gesetzlicher notarieller Pflichten resultiert.¹¹⁷ Die Erteilung von Rechtsrat durch einen Notar ohne Anwaltszulassung¹¹⁸ verletzt nicht notarielle Pflichten, es liegt vielmehr ein Verstoß gegen das Verbot der Rechtsberatung ohne anwaltliche Zulassung vor, der nicht durch die notarielle Bürgschaft¹¹⁹ abgedeckt ist.¹²⁰ Notare mit Anwaltszulassung sind über ihre Anwaltshaftpflichtversicherung gegen notarielle Haftpflichtfälle abgesichert. Notare ohne Anwaltszulassung müssen entweder eine Bürgschaft über 10.000 US-\$ stellen, die in fünfjährigem Turnus zu erneuern ist,¹²¹ oder eine Haftpflichtversicherung in gleicher Höhe vorweisen.¹²² Die Bürgschaft schützt den Notar nicht gegen das Risiko der finanziellen Inanspruchnahme aus Haftpflichtfällen, da der Bürge

113 Die öffentliche Urkunde kann vor Gericht nur unter dem Gesichtspunkt der Fälschung angegriffen werden. Es gelten erhöhte Beweisforderungen; der Kläger muss Tatsachen darlegen, die zur vollen Gewissheit des Gerichts führen, dass die Urkunde gefälscht ist; *Le Boeuf v. Duplantis*, 162 So. 592 (La. Ct. App. 1st Cir. 1935).

114 La. C.E. § 902 (8) (a). Das *common law*-orientierte Beweisrecht verlangt nach dem Grundsatz der Mündlichkeit in der Regel, dass schriftliche Beweisstücke von Zeugen mittels eidlicher Erklärung als echt und als richtig anerkannt werden.

115 LSA-R.S. 35:2.1. Die Rechtswirkungen der Berichtigung treten rückwirkend mit Abschluss des Rechtsgeschäfts ein, außer es werden dadurch die Rechte dritter Personen beeinträchtigt, die auf die Richtigkeit der öffentlichen Urkunde vertraut haben; *Property Asset Management, Inc v. Pirogue Cove Apartments*, 693 So. 2d 1217 (La. Ct. App. 4th Cir. 1997).

116 La. C.C.P. § 2631, 2635. Zu der zivilistischen Natur der Vollstreckbarkeitsklärung der Hypothek durch das Gericht vgl. *Bruckner v. Carmack*, Sup. 1973, 272 So.2d 326, appeal dismissed, 94 S.Ct. 2594, 417 U.S. 901, 41 L.Ed.2d 207.

117 Etwa der Verstoß gegen Beurkundungsformalitäten, *Weintz v. Kramer*, 44 La. Ann. 35, 10 So. 416 (1892), Falschbeurkundung zur Vertuschung eines Betrugs, *Lacour v. National Surety Co.*, 147 La. 568, 85 So. 600 (1920), nicht jedoch für vom Notar veruntreute Gelder, da das Entgegennehmen von Geld und Wertsachen keine notarielle Aufgabe ist, *Lescouzeve v. Ducatel*, 18 La. Ann. 470 (1866); allgemein *Woodward*, Notarial Manual, S. 2 ff. Vgl. aber LSA-R.S. 35:71, wonach der Notar suspendiert werden kann, wenn er ihm vertraute Gelder nicht zurückzahlt.

118 Die Erteilung von Rechtsrat durch einen Notar mit Anwaltszulassung ist der anwaltlichen Sphäre zuzuordnen; vgl. oben III.2.

119 Zum Bürgschaftssystem sogleich sowie oben III.3.

120 *Closen & Dixon*, 68 N. D. L. Rev. 873, 889 (1992).

121 La. R.S. 35:71.

122 LSA-R.S. 35:1.1 (A), 191 (C) (3) und 391 (6) in der Fassung des Gesetzes Nr. 926 der Legislaturperiode 2003; daneben empfiehlt sich auf freiwilliger Basis der Abschluss einer Haftpflichtversicherung mit höherer Deckungssumme.

einen Rückgriffsanspruch gegen den Notar erwirbt, wenn er aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wird.

VI. Standesvertretung

Die offizielle Standesvertretung ist die *Louisiana Notary Association*¹²³, eine gemeinnützige, privatrechtlich organisierte Notarvereinigung, deren Zweck auf die Aus- und Weiterbildung der Notare, auf den Wissensaustausch unter den Notaren und den beruflichen Zusammenhalt der Notare gerichtet ist. Aufsichtliche Befugnisse kommen ihr nicht zu. Die Mitgliedschaft ist freiwillig und kostenpflichtig. Die in New Orleans ansässige Notarorganisation *American Civil Law Notariate*, die hauptsächlich Notare mit Anwaltszulassung zu ihren Mitgliedern zählt, ist Gründungsmitglied der *Union Internationale du Notariat Latin*¹²⁴. Dem auf Bundesebene agierenden Notarverein, der *National Notary Association*¹²⁵, kommt in Louisiana keine große Bedeutung zu, da er vornehmlich die Interessen der *common law*-Notare aus den übrigen Bundesstaaten der USA vertritt.

VII. Zusammenfassung

Das Notarwesen in Louisiana ist in seiner theoretischen Fundierung aufgrund der hohen formalen Anforderungen an die Amtstätigkeit und der materiellen Ausgestaltung der notariellen Aufgaben, die auf der zivilistisch geprägten Privatrechtsordnung von Louisiana basieren, dem lateinischen Notariat zuzuordnen. Der Notar, dessen wichtigstes Gestaltungsmittel die öffentliche Urkunde ist, ist Garant der äußeren Form und des Verfahrens. Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass materielle Beurkundungserfordernisse in den letzten Jahrzehnten unter stärkerer Betonung der Privatschriftlichkeit beschnitten und formelle Amtspflichten gelockert wurden.¹²⁶ Dass die tatsächliche Stellung des Notars in Louisiana dem Vergleich zu kontinental-europäischen Rechtsordnungen nur bedingt standhält, liegt zu einem guten Teil an der vom *common law* geprägten, adversialen Rechtskultur, in der unabhängige, unparteiliche und neutrale Mittelpersonen bei der rechtssuchenden Bevölkerung wenig bekannt sind und nicht als selbstverständlich akzeptiert werden.¹²⁷ Eine Gefahr für das finanzielle Auskommen der Notare stellt die hohe Zahl von über 30.000 zugelassenen Notaren in einem Staat mit 4,3 Mio. Einwohnern dar. Dies führt dazu, dass sich Notare auf bestimmte Tätigkeitsfelder spezialisieren, um sich ein ausreichendes Marktsegment zu sichern, und sich Notare mit Anwaltszulassung auf die anwaltliche Beratung konzentrieren und Notaraufgaben nur gelegentlich und im Rahmen anwaltlicher Mandate ausüben. Die persönliche Qualifikation und Erfahrung hängt damit wesentlich von der Person des Notars, dessen konkreten praktischen Tätigkeitsfeld und seinem juristischen Selbstverständnis ab. Die weitere Entwicklung des Notarsystems in Louisiana wird, ebenso wie die gesamte Rechtsentwicklung des Bundesstaats, spannend bleiben.

123 Sitz: Baton Rouge, Louisiana – Website: <http://www.lna.org>. Interessant auch der Newsletter auf der Website <http://www.louisiananotary.com>.

124 Sitz: Buenos Aires, Argentinien – Website: <http://www.onpi.org.ar>.

125 Sitz in Chatsworth, Kalifornien. Website: www.nationalnotary.org.

126 Mit den Gesetzen Nrn. 926 und 1142 der Legislaturperiode 2003 hat der Gesetzgeber in Louisiana gegengesteuert und das Notariat gestärkt.

127 Im Zuge der wirtschaftlichen Verflechtung Louisianas mit den übrigen Bundesstaaten der USA werden viele Grundstückstransaktionen mit auswärtigen Banken abgewickelt, die ihr Rechtsverständnis in die Urkundsgestaltung einbringen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Kersten/Bühling: Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ergänzungsband zur 21. Aufl. Heymanns, 2004. 420 S., 48 €

I. Nach längerer Ankündigung ist nunmehr der Ergänzungsband zur 21. Auflage des von *Fritz Kersten* begründeten Werks „Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ erschienen. Eine kurzfristige Aktualisierung war erforderlich geworden, da in der Zwischenzeit wesentliche Gesetzesänderungen in Kraft getreten sind. Dies betrifft insbesondere die Schuldrechtsreform, die Mietrechtsreform, die Novellierung des Stiftungsrechts sowie zahlreiche Änderungen im Gesellschafts- und Steuerrecht. Gleichzeitig bestand die Möglichkeit, weitreichende höchstrichterliche Rechtsprechung wie die Entscheidung zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft und zur Verwendung eines GmbH-Mantels einzuarbeiten. Eine konsolidierte 22. Auflage wird noch einige Zeit in Anspruch nehmen.

Der Aufbau des Ergänzungsbandes folgt dem Hauptband, jedoch sind nur diejenigen Kapitel aufgenommen, in denen Änderungen eingearbeitet wurden. Einzelne Kapitel (z. B. das Miet- und das Stiftungsrecht) wurden vollständig überarbeitet; sonst ist, soweit Gesetzesänderungen und Rechtsprechung zu wesentlichen Neuerungen geführt haben, den einzelnen Kapiteln eine kurze Einleitung vorangestellt. Im Übrigen wurden Änderungen entweder unter Bezugnahme auf die entsprechenden Erläuterungen und Muster des Hauptbandes oder als Neubearbeitung kommentiert. Dem Ergänzungsband ist weiter ein Verzeichnis der durch den Ergänzungsband geänderten Fundstellen des Hauptbandes beigelegt. Soweit sich in Mustertexten Änderungen ergeben haben, sind nicht nur die geänderten Klauseln, sondern die vollständigen Mustertexte wiedergegeben. Dies erleichtert zwar die Lesbarkeit der Mustertexte auch ohne Zuhilfenahme des Hauptbandes. Da jedoch die geänderten Formulierungen nicht gekennzeichnet wurden, muss man hiernach – unter Zuhilfenahme des Hauptbandes – regelrecht fahnden.

II. 1. Der Schwerpunkt des Ergänzungsbandes im Bereich schuldrechtlicher Verträge liegt entsprechend den durch die Schuldrechtsreform herbeigeführten Änderungen bei den Regelungen zur Mängelhaftung.

a) Im Kapitel Unternehmenskauf diskutiert *Wolfsteiner* ausführlich den in Unternehmenskaufverträgen gängigen Begriff der „Garantie“ und die Möglichkeit, trotz des neugefassten § 444 BGB die Rechtsfolgen der Garantie im Vertrag zu regeln. *Wolfsteiner* begründet überzeugend, dass der in Unternehmensverträgen verwendete Begriff der „Garantie“ nichts mit dem Garantiebegriff des Gesetzeswortlauts zu tun hat und daher ein eigenständiges Haftungssystem mit Regelungen zu Tatbestand und Rechtsfolgen weiterhin möglich bleibt. Zur Beseitigung der derzeit bestehenden Rechtsunsicherheit hat der Bundestag am 1.7.2004 – versteckt in Art. 1 Ziff. 6 des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen – Änderungen der §§ 444 und 639 BGB beschlossen. Die Änderungen sollen ausdrücklich klarstellen, dass die jeweilige Vorschrift auf der Tatbestandsseite inhaltliche Begrenzungen der Garantie nach Art und Höhe ausdrücklich gestattet und auf der Rechtsfolgenrechtsfolge einen Haftungsausschluss oder eine Haftungsbegren-

zung nur in dem Umfang untersagt, in dem die Garantie übernommen wurde (NJW-Spezial, 2004, S. 176).

b) *Basty* stellt in seinen Erläuterungen zum Abschnitt Kaufverträge über Grundstücke und Wohnungseigentum nicht nur die neue Rechtslage umfassend dar, sondern behandelt auch eingehend die Streitfrage über die Möglichkeit der Vereinbarung von „abstrakten Beschaffenheitsklauseln“ („gekauft wie besichtigt“ vgl. hierzu vor allem *Kornexl*, ZNotP 2002, 86, und 131; *Hertel*, ZNotP 2002, 126) und die damit verbundene Frage, ob der Haftungsausschluss auf der Tatbestands- oder Rechtsfolgenrechtsfolge erfolgen soll. Unter Heranziehung der Erwägungsgründe der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie kommt er zu dem Ergebnis, dass „abstrakte Beschaffenheitsklauseln“ ausreichen, um sämtliche Eigenschaften als Beschaffenheit festzulegen, die bei einer Besichtigung bei hinreichender Aufmerksamkeit erkannt werden können, auch wenn sie bei der Besichtigung nicht erkannt wurden. Gleichwohl rät er dazu, die Beschaffenheitsvereinbarungen mit einem Haftungsausschluss zu kombinieren (so auch *Kornexl*, ZNotP 2002, 86, 93; 131, 133). Der Abschnitt enthält, wie bei diesem Formularbuch üblich, eine Vielzahl an sehr hilfreichen Formulierungsvorschlägen nicht nur für abstrakte und konkrete Beschaffenheitsvereinbarungen mit Haftungsausschluss, sondern auch für Garantievereinbarungen.

c) Auch *Wolfsteiner* ist für den Kauf vom Bauträger der oben genannten Auffassung von *Basty*. Er schlägt somit für den Fall, dass der Vertragsgegenstand bei Abschluss des Vertrages schon hergestellt ist, eine abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung des Inhalts, dass der gegenwärtige Zustand der Sollzustand der Immobilie sein soll, vor. Neben den durch die Schuldrechtsreform veranlassten Änderungen enthält der Abschnitt auch Hinweise zu anderen Gesetzesänderungen und neuerer Rechtsprechung, so z. B. zum Geldwäschegesetz, zum Beurkundungsverfahren nach Erlass des § 17 Abs. 2 a BeurkG, zur Freistellungsverpflichtung und zur Bürgschaft nach der MaBV.

d) Die Änderungen in dem von *Fassbender* bearbeiteten Abschnitt „Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke und Höfe“ beschränken sich auf die Euro-Umstellung und auf die Neuformulierung des Abschnittes über die Haftung. Hier hat *Fassbender* den Rat seines Mitverfassers *Wolfsteiner*, den Begriff „Garantie“ mit größter Vorsicht zu gebrauchen (§ 37, Rdnr. II/16), nicht beherzigt. Er ersetzt den in dem bisherigen Formular gebrauchten Begriff der „Gewähr“ der Lastenfreiheit des Grundbesitzes durch „Garantie“ der Lastenfreiheit. Ob die damit verbundene verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht tatsächlich gewollt ist, bleibt offen, da eine Anmerkung zur Neufassung fehlt.

2. a) In dem von *Zimmermann* bearbeiteten Bereich zu Eheverträgen und Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung wäre ein Hinweis auf die Weiterentwicklung der Rechtsprechung seit dem Erscheinen des Hauptbandes wünschenswert gewesen. Zwar konnte das Urteil des BGH vom 11.2.2004 (MittBayNot 2004, 270) wohl aufgrund des Redaktionsschlusses nicht mehr eingearbeitet werden, doch haben Literatur und obergerichtliche Entscheidungen aus den Vorgaben der Entscheidungen des BVerfG aus dem Jahre 2001 (MittBayNot 2001, 207, 485) im Bereich der Inhaltskontrolle von Eheverträgen unterschiedliche Schlussfolgerungen gezogen.

Der Vertragsjurist wäre deshalb sicherlich für Hilfestellungen auf diesem Gebiet dankbar gewesen.

b) Der einheitliche Abschnitt „Nichteheliches Zusammenleben, Partnerschaft“ ist für die Lebenspartnerschaft erfreulicherweise durch eine Einleitung und ein neues umfassendes Muster eines Lebenspartnerschaftsvertrages ergänzt worden. Die Ausführungen hierzu im Hauptband waren doch sehr knapp gehalten. Für die nächste Auflage könnte daran gedacht werden, aus diesem Abschnitt künftig zwei eigenständige Abschnitte zu bilden, haben doch das nichteheliche Zusammenleben und die Lebenspartnerschaft Gleichgeschlechtlicher weder tatsächlich noch rechtlich viel miteinander gemein.

3. Bei den Musterformulierungen für Anmeldungen zum Handelsregister wurde die Ergänzung des § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB berücksichtigt, wonach die Anmeldung nun auch die Vertretungsmacht der Gesellschafter zu enthalten hat. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass zwi-

schzeitig Handelsregisteranmeldungen bei OHG und KG ohne Anmeldung des Zeitpunkts des Beginns der Gesellschaft möglich sind. § 106 Abs. 2 Nr. 3 HGB wurde mit Wirkung zum 1.9.2004 durch das Justizmodernisierungsgesetz ersatzlos abgeschafft. Sehr hilfreich ist auch das Muster der nach der neuen Rechtsprechung des BGH erforderlichen „Neuanmeldung“ einer aktivierten Mantel-GmbH.

III. Da neben den Gesetzesänderungen und der Rechtsprechung auch die hierzu bereits erschienene Literatur berücksichtigt wurde, hat sich das Warten auf den Ergänzungsband gelohnt. Gerade im Bereich der durch die Schuldrechtsreform veranlassten Änderungen sind die Erläuterungen, die sich ausführlich mit dem bisherigen Diskussionsstand auseinandersetzen, für den Praktiker eine willkommene Orientierungshilfe. Der Ergänzungsband gehört daher ebenso wie der Hauptband in die Bibliothek jedes Notars.

Notarin *Cathrin Caspary*, Sonthofen

Grziwotz/Koebler (Hrsg.): Handbuch Bauträgerrecht. Beck, 2004. 933 S., 128 €

Es ist zwar schon alles gesagt, aber nicht von jedem – mit diesem leichten Seufzer nimmt man das mehr als 900 Seiten umfassende Werk zur Hand, dennoch nicht ohne Neugier angesichts der großen Namen der beiden Herausgeber und Mitautoren *Herbert Grziwotz* – dem ungemein fleißigen und kreativen Kollegen aus Regen, der sich, schöpfend aus der Kraft der Natur des Bayerischen Waldes, in der Literatur zu fast allen Themen schon kompetent und vor allem auch originell geäußert hat, die den Notar beschäftigen – und *Wolfgang Koebler*, einem der erfahrensten Bauanwälte, die wir in Deutschland haben. Die Liste der weiteren Mitautoren *Andreas Reindl*, Finanzierungsfachmann aus München, *Andrea Schmucker* und *Markus Riemenschneider*, zwei jungen Hoffnungsträgern des Bayerischen Notariats, und *Claus-Achim Schmitz*, *Ralf Schotten* und *Achim Olrik Vogel*, drei renommierten Insolvenz- bzw. Baurechtsanwälten aus München bzw. Reutlingen, steigert die Neugier auf das große Werk, und – dies sei hier vorweggenommen – sie wird alles andere als enttäuscht.

Das Werk behandelt in einem ersten Hauptteil alle relevanten Fragen der sicheren Vertragsgestaltung, es liefert – auch mit zahlreichen Musterformulierungen – dem Kautelarjuristen das Instrumentarium zur Erstellung eines ausgewogenen Vertragswerks. Der zweite Hauptteil widmet sich in einer lobenswerten Ausführlichkeit der Lösung von Abwicklungsproblemen aller Art bis hin zu den Mitteln der modernen außergerichtlichen Konfliktbeilegung. Im Vordergrund steht dabei die Erkenntnis, dass steckengebliebene Objekte neben der juristischen Problemlösung auch Verhandlungsgeschick erfordern, dass keinem der Beteiligten mit einem Stillstand gedient ist und dass wirtschaftlich sinnvolle Lösungen nur unter Beachtung des Insolvenzrechts erfolgreich umgesetzt werden können.

Im Einzelnen gliedert sich das Werk in fünf Teile. Im ersten Teil befasst sich zunächst *Koebler* mit den Vor- und Nachteilen des Bauträgervertrages sowie anderer Baumodelle, wobei insbesondere die Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes knapp und übersichtlich dargestellt werden. Anschließend bringt *Reindl* in einem Kapitel „Finanzierung

einer Bauträgermaßnahme aus der Sicht von Bauträger und Kreditinstitut“ einen äußerst interessanten und lesenswerten Überblick über typische Projektrisiken, die Einflussfaktoren auf die Finanzierung wie Projektanalyse und Bonitätsanalyse sowie den Kreditvertrag einschließlich der Änderungen im Kreditgeschäft durch Basel II. Der zweite Teil ist dem Erwerb des Grundstücks und dem Baurecht gewidmet. *Grziwotz*, unser „Erschließungspapst“, untersucht hier den Zustand des Grundstücks und die daraus folgende Vertragsgestaltung, die Bebaubarkeit und die Sicherung der Erschließung. Er behandelt die kooperative Entwicklung von Baurecht, ausgehend von Planungshoheit und Planungsumsetzung, gewerblichen Zwischenerwerbsmodellen und städtebaulichen Verträgen bis hin zu Verträgen im Erschließungsrecht und dem Durchführungsvertrag zum Vorhaben- und Erschließungsplan sowie die Zulässigkeit des Vorhabens. Der dritte Teil – etwa die Hälfte des Gesamtwerks – behandelt „Vertragsabschluss und Inhalt des Bauträgervertrages“. Er ist ganz überwiegend von *Riemenschneider*, dem jungen Notarskollegen aus Landsberg am Lech, verfasst – allerdings unter Mitwirkung von *Grziwotz*, der auch hier Art und Weise der Erschließung darstellt (Rdnr. 278–289), und *Schmucker*, welche in Rdnr. 448–523 die Kernproblematik des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV mit dem Dreiecksverhältnis Bauträger, Bank und Erwerber und allen Problemen der Lastenfreistellung, insbesondere allen Fragen, die die Freistellungserklärung selbst aufwirft, behandelt. Alle anderen der insgesamt 871 Randnummern dieses dritten Teils schrieb also *Riemenschneider*, beginnend mit den gesetzlichen Regelungen, vor allem des BGB und der MaBV, aber auch der Bausicherungsverordnung und des beim Handeln von Bevollmächtigten ins Blickfeld der Rechtsprechung geratenen Rechtsberatungsgesetzes (Rdnr. 182 ff.). Anschließend folgt die ausführliche, alle anstehenden Fragen erschöpfende Darstellung des Kauf eines Bauwerks auf einem Grundstück im Rechtssinne (Rdnr. 236–713), die Darstellung der Besonderheiten beim Kauf von Wohnungs- oder Teileigentum (Rdnr. 714–778) sowie die Darstellung des Kaufs von fertiggestellten bzw. fast fertiggestellten Vertragsobjekten (Rdnr. 779–785), der Besonderheiten beim Kauf von Sanierungs- oder Renovierungsobjekten (Rdnr. 788–805), des Tauschs bzw. der Verrechnungsabreden mit dem Bauträger (Rdnr. 806–814), der Besonderheiten des Erbbaurechts

(Rdnr. 815–821) sowie der Aufhebung eines Bauträgervertrages (Rdnr. 822), gefolgt von ausführlichen, sehr sorgfältig erarbeiteten Mustern wie einem Grundmuster eines Bauträgervertrages mit zahlreichen Varianten zu vielen Einzelabschnitten, dem Muster einer Zufahrtsdienstbarkeit, des Erwerbs eines Doppelhauses im Rohbau zum eigenen weiteren Ausbau, zum Erwerb einer noch zu vermessenden Teilfläche samt Einfamilienhaus, zum Erwerb einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung, zum Nachzüglerkauf bei fertiggestellter Eigentumswohnung, zum Erwerb einer noch zu sanierenden Eigentumswohnung, zum Erwerb eines Wohnungserbaurechtes und zur Aufhebung eines Bauträgervertrages (Rdnr. 824–871). Hier findet sich naturgemäß viel Bekanntes, dennoch handelt es sich bei *Riemenschneiders* Darstellung um das gelungene Herzstück des Gesamtwerkes. Der vierte Teil ist mit „Konfliktmanagement bei Abwicklungsstörungen“ überschrieben. Dieser ebenfalls äußerst interessante weitere Hauptteil des Gesamtwerkes ist – bis auf *Grziwotz*, der hier in Rdnr. 497–544 die Möglichkeiten der Streitbeilegung wie Mediation, Schlichtung, Schiedsgutachten und Schiedsgericht behandelt – über 496 Randnummern hinweg das Schlachtfeld der zu den Mitautoren gehörenden renommierten Anwälte. *Vogel* behandelt in Rdnr. 1–151 „Erwerbspreisprobleme“, also Probleme einer Festpreisvereinbarung wie abgeleitete Leistungen (Erschließungsmaßnahmen, Gebäudeeinmessungskosten, Bauleistungen), nicht erfasste Kosten und Besonderheiten bei Sanierungsgebieten. Es folgen die Erörterung eines variablen Erwerbspreises (Anpassung bei noch zu vermessender Teilfläche), der Ausweisung des Kaufpreises bei Bruttopreis bzw. Erhöhungsklauseln bei Umsatzsteuererhöhungen, der Veränderung der Höhe durch Eigenleistungen und Sonderwünsche (terminologische Abgrenzung, Formbedürftigkeit solcher Vereinbarungen, Aufklärungspflichten des Bauträgers im Rahmen von Sonderwunschevereinbarungen, Pflicht des Bauträgers zur Berücksichtigung von Sonderwünschen, Auswirkungen auf den Fertigstellungszeitpunkt, Auswirkungen auf Vergütung, Abschlagszahlungshöhe gem. MaBV und Freistellungserklärung, Haftungsprobleme, Besonderheiten bei vorzeitiger Vertragsbeendigung). *Vogel* behandelt alle Fragen des Verzugs, der Verjährung, der Zwangsvollstreckungsunterwerfung bis hin zu Bauabzugsteuer und § 648 a BGB. Unter der Überschrift „Mängelrechte und Prospekthaftung“ (Rdnr. 152–387) behandeln *Koebler* und *Schotten* die Voraussetzungen der Mängelhaftung wie Leistungsumfang und Verschaffungspflicht, den Mangelbegriff als

solchen, die Mängelrechte des Erwerbers, die Mängelansprüche bei Wohnungseigentum, die Ansprüche wegen Prospektfehlern und die Abnahme bei Wohnungseigentum sowie schließlich die Verjährung der Mängelrechte. Anschließend bringen *Vogel* und *Schotten* unter „sonstige Störungen“ (Rdnr. 388–422) die interessanten Fragen der Kündigungsmöglichkeit eines Bauvertrages hinsichtlich seines werkvertraglichen Bestandteils und der Ansprüche des Erwerbers bei Leistungsverzögerung des Bauträgers. In Rdnr. 423–462 untersucht *Vogel* „Störungen im Verhältnis zwischen Bauträger oder Erwerber und Bank“ und dabei insbesondere Probleme mit der Lastenfreistellung, der finanziellen Abwicklung zahlreicher Varianten der Treuhandverhältnisse, die Haftung der Bank im Rahmen der Finanzierung und die Probleme der Finanzierungsvollmacht. Unter Rdnr. 463–496 erörtert *Vogel* schließlich die Fragen der „Durchgriffshaftung auf Geschäftsführer, sonstige Organe und Dritte“, insbesondere die Haftung des Bauträger-Geschäftsführers, aber auch die Mithaftung von Kreditinstituten. Der abschließende fünfte Teil, gestaltet von *Schmitz* als einem erfahrenen Insolvenzrechtler, beschäftigt sich mit allen Fragen, die die Insolvenz des Bauträgers aufwirft. In Rdnr. 1–183 werden die Rechtslage im Zeitraum zwischen Insolvenzantrag und Eröffnung des Insolvenzverfahrens dargestellt, das Schicksal der kaufvertraglichen Komponente des Bauträgervertrages (Grundstücksübertragung) und der werkvertraglichen Komponente nach Insolvenzverfahrenseröffnung, das Schicksal des Geschäftsbesorgungselements, das Schicksal von Freistellungsansprüchen hinsichtlich der Erschließungskosten, die Abwicklung des Bauträgervertrages nach Abweisung eines Insolvenzantrags und die Stellung des Erwerbers als Bürgschaftsgläubiger gem. § 7 MaBV im sog. Vorauszahlungsmodell.

Es erschien mir kleinlich, an dieser Stelle nach Auffassungsunterschieden der einzelnen Autoren zu Detailfragen zu suchen oder nach der einen oder anderen Fußnote, die den Rezensenten nicht überzeugt. Erinnert sei an meinen Eingangseufzer: War denn schon alles gesagt? Weitgehend ja – aber selten in dieser Gründlichkeit und schon gar nicht in einer so umfassenden Zusammenschau des gesamten Bauträgerrechts aus dem Blickwinkel von Notaren, Anwälten und Finanzfachleuten. Ein gelungenes Werk, das im Notariat zu den Büchern zählen wird, die nicht in der Bibliothek, sondern auf dem Schreibtisch des Notars stehen.

Notar Dr. *Hans-Dieter Kutter*, Schweinfurt

Müller: Praktische Fragen des Wohnungseigentums. 4., völlig Neubearb. Aufl., Beck, 2004. 682 S., 48 €

Das Buch erscheint nun in seiner vierten Auflage und will praxisbezogen sein. Das gelingt ihm auch. Die Gliederung ist bewährt und übersichtlich. Der Autor versteht trefflich zu formulieren, vermeidet umständlichen Satzaufbau und gibt klare Sachaussagen. Geändert ist die Randbezifferung. Das erschwert dem Leser der Voraufgabe das Auffinden anhand der alten Bezifferung, war aber unabdingbar wegen der vielen neuen Textteile.

Inhaltlich ist das Werk von der Erfahrung und dem Fleiß des Autors geprägt. Die ungeheuere Judikatur der letzten Jahre scheint vollständig erfasst und ist tadellos belegt. Besonders schön zu lesen sind die persönlichen Erwägungen des Autors

in Vorwort und Inhalt, teilweise gar in Ich-Form geschrieben. So analysiert *Müller* etwa, dass die Obergerichte oft ohne erkennbare rechtliche Not Vorlagen an den BGH machten und der V. Senat seinerseits bisweilen unüblich umfassend seine Meinung zu aktuellen Rechtsentwicklungen äußere. Solch feine Kritik erlauben nur Abstand und Erfahrung. Ebenso lässt *Müller* insbesondere im Zusammenhang mit der Entscheidung des BGH vom 20.9.2000 (V ZB 58/99, MittBay-Not 2000, 546) zu den Grenzen der Beschlusskompetenz der Gemeinschaft offen sein Ringen mit der neuen Dogmatik erkennen. *Müller* steht ihr unverändert kritisch gegenüber, hält sie zwar für zutreffend, in ihren Konsequenzen aber nicht annähernd alles bedenkend – ein Anspruch, den sich aber der BGH auch gar nicht gestellt hatte. *Müllers* Einbindung der Entscheidung in seine Überlegungen ist richtig, indem er

seine früheren Überlegungen zu den Fehlerfolgen belässt und die Kompetenzfrage ihnen „nur“ vorschaltet. Seine Würdigung bleibt hauptsächlich deswegen kritisch, weil er weniger den großen Fortschritt in der Dogmatik und damit Rechtssicherheit würdigt, als vielmehr die Unsicherheit bei der Anwendung der neuen Dogmatik und das Fehlen praktischer Beispiele als Folge der Entscheidung in den Vordergrund stellt. Den Entscheidungskern, dass nicht mehr durch Beschluss insbesondere Sondernutzungsrechte geschaffen oder generelle Änderungen des Kostenverteilungsschlüssels durchgeführt werden können, erläutert *Müller* gleichwohl zutreffend.

Auch an anderen Stellen blitzt sein Praxisbezug durch. Die Kosten der Wohnungs-Wasserversorgung werden bekanntlich seit BGH v. 25.9.2003, V ZB 21/03, DNotZ 2004, 366, nicht als Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums verstanden. *Müller* beklagt zu dieser Entwicklung der Dogmatik ihr Auseinanderfallen mit der Praxis, die wohl eine Fehler-toleranz bei der Verbrauchsmessung von bis zu 30 % birgt.

Was man bei *Müller* nicht suchen soll, sind dogmatische Auseinandersetzungen. Seine Lösungen fußen typisch für ein praxisbezogenes Buch ganz überwiegend auf der herrschenden Meinung. Folglich lehnt er auch die (Teil-)Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft ab, umgeht eine Analyse der Sondernutzungsrechte und untersucht nicht die schuldrechtliche Qualität der wohnungseigentumsrechtlichen Vereinbarung. Lediglich bei Beschlüssen vereinbarungsändernden Charak-

ters aufgrund einer Öffnungsklausel in der Gemeinschaftsordnung plädiert er über die h. M. hinaus für ihre grundbuchliche Eintragungsfähigkeit dann, wenn sie eine Regelung treffen, die nach § 15 Abs. 1 WEG eigentlich nur einer Vereinbarung zugänglich ist. Zum Teil macht das die Praxis ohnehin und tragen wohl sämtliche Grundbuchämter Sondernutzungsrechte ein, wenn sie auf Basis eines Begründungsvorbehalts in der Gemeinschaftsordnung zur Eintragung beantragt werden. Im Übrigen befindet er sich in der guten Gesellschaft des BGH-Vizepräsidenten *Wenzel* (vgl. ZNotP 2004, 170 = ZWE 2004, 130). Doch wird sich für diesen weiteren Bereich auch dieses Plädoyer noch der Diskussion stellen müssen. Insbesondere muss sich ihr Hauptargument der Schaffung höherer Publizität durch Grundbucheintragung noch mit der Antwort auf die Frage auseinandersetzen, ob nicht die Öffnungsklausel in der Gemeinschaftsordnung schon Hinweis genug ist. Anderenfalls werden neue Abgrenzungsprobleme eröffnet, ohne dass sich praxistaugliche Kriterien schon zeigen. Schließlich löst eine solche Eintragung Verfahrenskosten aus, deren Tragung allerdings weder Sorge der Juristerei war noch ist.

Die Arbeit des Notars werden *Müllers* „Praktische Fragen“ nicht unmittelbar beeinflussen. Zielgruppe sind vielmehr Anwälte, Richter, Verwalter und Wohnungseigentümer. Ihnen kann das Buch bestens empfohlen werden. Es gehört zur Kategorie der Werke, die man anders, aber nicht besser machen kann.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

Reithmann/Martiny (Hrsg.): Internationales Vertragsrecht. 6. Aufl., O. Schmidt, 2004, 2 480 S., 189 €

Nach acht Jahren erscheint das von *Reithmann* und *Martiny* herausgegebene Standardwerk zum Internationalen Vertragsrecht in einer um beachtliche ca. 600 Seiten erweiterten Neuauflage. Der Stand des Werkes ist – je nach Autor und Kapitel – das Jahr 2002, teilweise auch Anfang 2003.

In den ersten drei Teilen stellt *Martiny* die allgemeinen Grundsätze des Internationalen Vertragsrechts, den Umfang des Vertragsstatutes sowie – in der gebotenen Kürze – das IPR des Bereicherungsrechts und der Geschäftsführung ohne Auftrag dar. Angesichts der mit Unwägbarkeiten verbundenen und auf Vermutungsregelungen basierenden objektiven Anknüpfung des Art. 28 EGBGB empfiehlt sich bei internationalen Sachverhalten eine ausdrückliche Rechtswahl nach Art. 27 EGBGB. Dass bereits in der Mitwirkung eines deutschen Notars eine stillschweigende Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts liegen soll (Rdnr. 152), strapaziert freilich das Tatbestandsmerkmal „mit hinreichender Sicherheit“ in Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB: Der Notar hat nach § 17 Abs. 3 BeurkG auf die mögliche Anwendung ausländischen Rechts hinzuweisen und ggf. eine klarstellende Rechtswahl zu treffen; schweigt die notarielle Urkunde insoweit, so besagt dies allenfalls, dass die IPR-Problematik vielleicht übersehen wurde.

Aus notarieller Sicht sind freilich – ist der IPR-Bezug erst einmal erkannt – weniger die Art. 27 ff. EGBGB, sondern die Schranken der Partei- und Privatautonomie von Interesse. Rund 100 Seiten widmet *Freitag* den sog. international zwingenden Bestimmungen – auch als „Eingriffsnormen“ bekannt –, die unabhängig vom eigentlichen Vertragsstatut Anwendung fin-

den wie etwa öffentlich-rechtliche Genehmigungsvorbehalte oder Verbotsgesetze. Hierunter fällt auch die MaBV, die *Freitag* entgegen der vom OLG Hamm (NJW 1977, 1594) vertretenen Auffassung nicht allein an den inländischen Sitz des Bauträgers anknüpfen will, sondern bei der er zusätzlich die Ausübung der Gewerbetätigkeit in Deutschland verlangt (Rdnr. 426). Allerdings bleibt offen, ob damit die inländische Vertriebstätigkeit, die sich – wie etwa in der zitierten Entscheidung des OLG Hamm – auch auf ausländische Objekte beziehen kann, oder die eigentliche Bautätigkeit gemeint ist. Einen Schwerpunkt setzt *Freitag* bei den Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts für die Anwendung von Eingriffsnormen und verdeutlicht bei einigen der aufgeführten Fallgruppen, ob er einen Konflikt mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages oder Richtlinienvorgaben sieht. So hält er die Anwendung der HOAI auf im EG-Ausland ansässige Architekten für unvereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit; angesichts der großzügigeren EuGH-Rechtsprechung zu Preisregelungen im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit (*van Tiggele*, Slg. 1978, 25 Tz. 13/15) überrascht dieses pauschale Verdikt. Umgekehrt lassen sich gegenüber § 661 a BGB verfassungs- (so *Schneider*, BB 2002, 1653, 1657) und gemeinschaftsrechtliche Bedenken erheben (*Fetsch*, RIW 2002, 936, 940 f.), die der Autor allerdings nicht zu teilen scheint. Bemerkenswert ist, dass *Freitag* eine im Gemeinschaftsrecht basierende Anwendungspflicht der Zivilgerichte für Eingriffsnormen anderer EG-Staaten befürwortet (Rdnr. 649). Damit werden auch die Hinweispflichten der Notare nach § 17 Abs. 3 BeurkG in dieser Hinsicht erweitert.

Hervorzuheben ist auch das gelungene Kapitel „Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis“ von *Hausmann*, das neben der rechtsgeschäftlichen Vollmacht (einschließlich Formfra-

gen) auch die organschaftliche Vertretungsbefugnis von ausländischen Gesellschaften und ihren in der Praxis vielfach verlangten Nachweis mit einer kurzen Länderübersicht abdeckt (ergänzend sei hierzu auf die Beiträge von *Langhein*, ZNotP 1999, 218, *Fischer*, ZNotP 1999, 352, und *Volker*, ZNotP 2000, 410, hingewiesen). Darüber hinaus werden auch Veräußerungs- und Erwerbsbeschränkungen bei verheirateten Personen einschließlich ihrer Bedeutung im Grundbuchverkehr ausführlich dargestellt.

Das Kapitel über Formvorschriften wird von *Reithmann* bearbeitet, der ausführlich und praxisnah vor allem die Formvorschriften bei Grundstücksgeschäften und im Gesellschaftsrecht einschließlich Geschäftsanteilsübertragungen behandelt. Bezüglich der „Anerkennung“ von Auslandbeurkundungen weist er zutreffend auf die unterschiedlichen Beurkundungsformen des BeurkG und die damit verbundenen Schutzfunktionen hin, die für eine Substitution im ausländischen Beurkundungsverfahren gleichwertig gewährleistet sein müssen (Rdnr. 576 ff.): So kommt bei Tatsachenbeurkundungen eine Substitution eher in Betracht als bei der Beurkundung von Willenserklärungen.

Gerade aus dem Blickwinkel notarieller Vertragsgestaltung und -abwicklung hat *Limmer* den internationalen Grundstückskauf- und Bauträgervertrag umfassend dargestellt. Kaum eine Fragestellung bleibt hier unerwähnt: Formvorschriften, güterrechtliche Fragen beim Grundstückskauf, der grundbuchliche Vollzug wie auch relevante „Eingriffsnormen“ bei Kaufverträgen mit – wie auch immer geartetem – internationalen Be-

zug werden behandelt. Etwas enger als *Freitag* will *Limmer* die MaBV nur auf in Deutschland niedergelassene Bauträger anwenden, wenn zugleich ein inländisches Bauvorhaben betrieben wird (Rdnr. 958). Verdienstvoll ist, dass *Limmer* seine Ausführungen immer wieder durch Formulierungsvorschläge und Gestaltungshinweise ergänzt.

Gerichtsstandsvereinbarungen werden in der notariellen Praxis vielfach noch recht stiefmütterlich behandelt. Dies mag seine Ursache in der Unkenntnis haben, dass Art. 23 EuGVO – anders der weitgehend verdrängte § 38 ZPO – keine Kaufmannseigenschaft voraussetzt. Dabei ist die Festlegung eines international (ausschließlich) zuständigen Forums regelmäßig schon deshalb im Interesse der Vertragsparteien, weil damit die Unwägbarkeiten ausländischen Kollisionsrechts ausgeschlossen werden. Die Wahl deutschen Rechts sollte folglich in der Regel durch eine entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung abgesichert werden. Die umfassenden Erläuterungen zu Gerichtsstandsvereinbarungen mit Formulierungsvorschlägen von *Hausmann* sind daher eine empfehlenswerte Lektüre.

Ergänzt werden sämtliche Kapitel, die noch eine Vielzahl weiterer Vertragstypen abdecken, durch „Praktische Hinweise“, die allerdings primär eine Prüfungscheckliste darstellen. Der Kautelarjurist wünschte sich hier vertiefere Gestaltungshinweise und Formulierungsvorschläge.

Fazit: Der „Reithmann/Martiny“ bietet bei Verträgen mit Auslandsbezug ein umfassendes Nachschlagewerk, das uneingeschränkt empfohlen werden kann.

Notarassessor Dr. *Johannes Fetsch*, Bonn

Schlüter/Knippenkötter: Die Haftung des Notars. Heymanns, 2004. 324 S., 49 €

Zugehör/Ganter/Hertel: Handbuch der Notarhaftung. ZAP, 2004. 1 067 S., 98 €

Es gilt zwei neue Werke zur Notarhaftung anzuzeigen, die jeweils von erfahrenen Richtern und Notaren verfasst worden sind. Beide Werke unterscheiden sich in Konzeption und Umfang deutlich, so dass die Anschaffung beider Werke nicht von vorneherein ausgeschlossen werden sollte.

1. Der Schlüter/Knippenkötter bietet eine kurze und geradlinige, fast lehrbuchartige Darstellung des Notarhaftungsrechts. Leider ziehen die Autoren bevorzugt die verlagseigene Literatur (*Rinsche*, *Weingärtner* und *Arndt/Lerch/Sandkühler*) als Beleg heran, was zu einer Fokussierung auf das Anwaltsnotariat (Auch-Notariat) führt und das „gesetzliche Leitbild“ (*Thode*) des hauptberuflichen Notariats (Nur-Notariat) manchmal aus dem Blick zu verlieren droht. So nimmt die im hauptberuflichen Notariat eher unbedeutende Verwahrungstätigkeit mit 60 Seiten und damit mehr als einem Fünftel des Seitenumfanges breiten Raum ein. Die Haftung des Notarassessors wird als praktisch unbedeutend (Rdnr. 27, 28) abgetan, was ebenso wenig beruhigt wie die Tatsache, dass eine Haftung des Notariatsverwalters bei Schlüter/Knippenkötter überhaupt nicht stattfindet. Aus der – sicherlich nicht maßgeblichen, aber dem hiesigen Leserkreis entsprechenden – pfälzisch-bayerischen Sicht vermisst man Ausführungen zur Notarkasse, insbesondere bei der Kostenbeschwerde (Rdnr. 757, 758) und zur Haftung der und für die sog. Kas-

senangestellten (Rdnr. 29 ff.). Bemerkenswert ist, dass eine Übertragung der aufsehenerregenden Entscheidungsgründe der 2. Kammer des BVerfG zur Anwaltschaft (NJW 2002, 2937, 2938) auf die Notarhaftung in Erwägung gezogen wird (Rdnr. 560), was eine wünschenswerte Abmilderung der hohen Sorgfaltsmaßstäbe, die an Rechtsanwälte und Notare, wegen des Richterspruchprivilegs aber nicht an Gerichte gestellt werden, zur Folge hätte. Die Aussicht hierauf ist freilich, wie die Verfasser eingestehen, gering.

2. Während der Schlüter/Knippenkötter durchaus ein Buch zum Durchlesen ist, eignet sich der Zugehör/Ganter/Hertel wohl eher als Nachschlagewerk. Eine sehr gute und präzise Einleitung in die notarielle Amtstätigkeit mit informativen Hinweisen zur Geschichte und zur Ausgestaltung der einzelnen Notariatsverfassungen in Deutschland bietet der von *Hertel* bearbeitete erste Teil, der jedem Notar, Notarassessor und sonst am Notariat Interessierten zur Lektüre empfohlen werden kann. Darüber hinaus gewinnt man aber leicht den Eindruck, die Verfasser hatten die Abfassung einer Enzyklopädie des deutschen Notarrechts im Sinn, denn neben rein haftungsspezifischen Fragen werden detailliert Fragen des notariellen Berufsrechts (vor allem der notariellen Verwahrung, Teil 4), aber auch des materiellen Vertragsrechts dargestellt. Die am Ende jedes Teils abgedruckte Rechtsprechungsübersicht ist sicherlich gut gemeint, erweckt jedoch oftmals den Eindruck, bei dem Buch selbst könnte es sich um eine reine Leitsatzsammlung handeln. Im Übrigen sei der Benutzer des Handbuchs davor gewarnt, auf die bloße Lektüre dieser Leitsätze zu vertrauen; die Rechtsprechung stellt durchaus höhere Anforderungen an Rechtsanwälte und Notare (vgl. OLG Düs-

seldorf, VersR 1980, 359). Besonders gelungen ist der von *Ganter* bearbeitete Teil 3, der sich mit den möglichen Amtspflichtverletzungen bei der Urkundstätigkeit beschäftigt und ein Bestiarium notarieller Pleiten und Pannen bietet, das sich so spannend wie ein Kriminalroman liest, weil man sich bei der Lektüre mehr als einmal einer eigenen Lässlichkeit überführt fühlt. Bei *Ganter* finden sich auch eindeutige Ausführungen zur Haftung des Notarassessors, Notarvertreters und Notariatsverwalters (Rdnr. 2449 ff.), insbesondere auch zur Freistellungsverpflichtung der Notarkammern gegenüber Notarassessoren, die als Verwalter fungieren (Rdnr. 2465). Besonders hilfreich ist die von *Zugehör* verfasste Checkliste (Rdnr. 2472), die dem Leser ein schnelles Auffinden der für ihn entscheidenden Prüfungspunkte innerhalb des Buchs ermöglicht.

3. Exemplarisch soll untersucht werden, wie vier willkürlich herausgesuchte Problemfelder in den beiden Werken jeweils behandelt werden: Die Frage, ob die DONot haftungsauslösende Amtspflichten begründet, bejaht *Knippenkötter* ohne Einschränkung (Rdnr. 60), während *Hertel* dies zumindest für die notarielle Verwahrung verneint (Rdnr. 1551, 1853 ff.). Seit den Entscheidungen des BVerfG (BVerfGE 76, 171 = NJW 1988, 191; BVerfGE 76, 196 = NJW 1988, 193) zum anwaltlichen Berufsrecht bedarf m. E. auch die Begründung notarieller Amtspflichten einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage, was für die DONot nur schwerlich behauptet werden kann (so zutreffend noch *Huhn/von Schuckmann*, 3. Aufl. 1995, Vorb. DONot Rdnr. 11). Die Pflicht zur Unterrichtung über den Grundbuchinhalt gemäß § 21 BeurkG wird in beiden Werken ausführlich dargestellt. Es fehlen jedoch auch jeweils klare Aussagen dazu, ob der Notar verpflichtet ist, hinsichtlich des genauen Inhalts von Wohnungs-/Teileigentum oder Erbbaurechten die Grundakten einzusehen,

was m. E. durchaus der Fall sein müsste, wenn man die Aussagen von *Ganter* (Rdnr. 884) und *Knippenkötter* (Rdnr. 178) zur Einsichtnahme in die Grundakten bei einer Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ernst nimmt. Die Glaubensfrage, wie die Beteiligten die notarielle Urkunde unterschreiben müssen, wird weder von *Knippenkötter* (Rdnr. 341) noch von *Ganter* (Rdnr. 1389) problematisiert, sondern lediglich durch Wiedergabe der Entscheidung des BGH, MittBayNot 2003, 233 = NJW 2003, 1120 referiert. Immerhin sieht *Ganter* den Notar nicht als verpflichtet an, sich als Schriftsachverständiger zu betätigen, und bezeichnet die vom OLG Stuttgart (ZNotP 2002, 230) abschlägig beschiedene Frage, ob die Unterzeichnung mit Vorname und Paraphe ausreicht, als umstritten (Rdnr. 1390), also aus Sicht des BGH noch unentschieden. Die vom BGH (NJW 2002, 1655 = WM 2002, 1068 = BGH-Report 2002, 319) nicht näher begründete Pflicht des Notars zur kostenlosen „Nachbesserung“ fehlerhafter Urkunden stützt *Ganter* (Rdnr. 1340) mit dem Rezensenten auf § 15 BNotO und § 16 Abs. 1 KostO, während sich *Knippenkötter* (Rdnr. 525, 561) um eine dogmatische Einordnung dieser Rechtsprechung nicht weiter bemüht.

4. Im Ergebnis können beide Bücher zur Anschaffung uneingeschränkt empfohlen werden, wobei der Schlüter/Knippenkötter besser als Grundriss zur Einarbeitung in die Materie taugt, der Zugehör/Ganter/Hertel hingegen das unentbehrliche Nachschlagewerk im (potentiellen) Haftungsfall darstellt. Klargestellt werden muss aber für beide Werke, wie für alle bisher zu dieser Thematik erschienenen Bücher, dass sie nicht von an der Notarhaftung unbeteiligten Autoren verfasst worden sind, so dass man für das Notarhaftungsrecht – anders als für das Anwaltshaftungsrecht – noch immer auf eine wissenschaftlich unabhängige Abhandlung warten muss.

Notar Dr. Jörn Heinemann, Rehau

Formularbuch Recht und Steuern. 5., Neubearb. u. erw. Aufl., Beck, 2004. 1 416 S. + CD-ROM, 148 €

Das „Formularbuch Recht und Steuern“ ist in den Voraufgaben unter dem Titel „Steuerliches Vertrags- und Formularbuch“ erschienen. Mit der Umbenennung ging jedoch weder eine wirkliche Inhaltsänderung noch eine veränderte Konzeption des Werkes einher. Das Formularbuch wendet sich nach seinem Anspruch an den gesellschaftsrechtlich nicht spezialisierten Berater, um diesem die wesentlichen Grundlagen des Gesellschaftsrechts verbunden mit einer umfassenden Darstellung der steuerrechtlichen Konsequenzen zu vermitteln. Die Gesetzgebung ist bis zum 1.1.2004 berücksichtigt; für Rechtsprechung, Verwaltung und Schrifttum war Redaktionsschluss der 1.2.2004.

Um es vorwegzunehmen: Das „Formularbuch Recht und Steuern“ wird seinem eigenen Anspruch voll und ganz gerecht. Letztlich ist es aber aufgrund genau dieser Konzeption für die notarielle Praxis nur mit Einschränkungen zu empfehlen, wie sich u. a. aus folgendem inhaltlichen Überblick ergibt:

Das Formularbuch ist in fünf große Themenbereiche gegliedert, nämlich Gesellschaftsverträge, sonstige Verträge, Anträge im Besteuerungsverfahren, Rechtsmittelverfahren und Steuerstrafverfahren. Hinter den „sonstigen Verträgen“ verbirgt sich ein Sammelsurium der unterschiedlichsten rechtlichen Vereinbarungen, wie z. B. Darlehensvertrag, Mietver-

trag, Leasingvertrag, Schenkungsvertrag, Unternehmenskauf und Werkvertrag. Der inhaltliche Schwerpunkt liegt jedoch mit einem Umfang von ca. 1 000 Seiten im Bereich der Gesellschaftsverträge. In diesem Rahmen werden nicht nur AG, GmbH, GbR, OHG, KG und GmbH & Co. KG behandelt, sondern auch EWIV, Partnerschaft, Stille Gesellschaft und Verein sowie die Themenbereiche Betriebsaufspaltung, Einbringung, Gewinngemeinschaft, Organshaft, Realteilung einer Personengesellschaft, Schiedsvereinbarung, Umwandlung und Unterbeteiligung. Innerhalb der einzelnen Themenkomplexe werden dem Leser Vertragsentwürfe für eine Vielzahl denkbarer Beratungssituationen an die Hand gegeben. Dabei sollte der Benutzer des Handbuchs sich jedoch nicht zu sehr vom Inhaltsverzeichnis blenden lassen, das etwa im Bereich des GmbH-Rechts über 40 Unterpunkte aufweist. Natürlich sind alle wesentlichen Formulare ausführlich dargestellt, und der inhaltliche Umfang erlaubt auch Ausführungen zu etwas „exotischeren“ Mustern. Dass die Unterpunkte in vielen Einzelbereichen nur aus einer Verweisung bestehen, ist in Anbetracht des Umfangs des Formularbuchs verzeihlich. Schlicht überflüssig sind jedoch andere Muster, wie z. B. das Vertragsformular zum Kaufvertrag bei der GmbH, welches ausschließlich wie folgt lautet: „1. Die X-GmbH – nachfolgend Käufer genannt – und 2. Herr/Frau ... – nachfolgend Verkäufer genannt – schließen folgenden Kaufvertrag ab: 1. Der Verkäufer verkauft dem Käufer ... Übergabe und Eigentumsübergang erfolgen am ... 2. Der Kaufpreis beträgt ...“

zuzüglich Umsatzsteuer, insgesamt € ... Der Kaufpreis ist fällig am ... 3. Der Kaufgegenstand ist besichtigt und bekannt.“ Der steuerliche Hinweis darauf, dass ein solcher Vertrag zwischen einer GmbH und ihrem beherrschenden Gesellschafter als rechtzeitige und klare Regelung erforderlich sei, um eine verdeckte Gewinnausschüttung zu vermeiden, hätte vollauf genügt.

Trotz solch kleinerer Mängel in der Darstellung erfüllt das Formularbuch seinen Anspruch hervorragend. Es enthält ausführliche Muster zu den verschiedenen Vertragstypen und bietet dem Berater häufig mehrere Varianten an, so dass man bei der Umsetzung auf den Einzelfall eher dazu tendieren wird, die ausführlichen Muster zu kürzen, als diese um Sonderfälle zu ergänzen. Als Beispiel hierfür seien die Regelungen zum Formwechsel bei der Umwandlung einer KG in eine GmbH genannt, bei der das Muster davon ausgeht, dass ein Gesellschafter auf das Angebot einer angemessenen Barabfindung verzichtet, ein anderer jedoch nicht, so dass zusätzlich auch ein Formulierungsbeispiel für ein derartiges Barabfindungsangebot in Verbindung mit einem Widerspruch zum Formwechselbeschluss enthalten ist. Aus notarieller Sicht kritisch sei hiermit angemerkt, dass insoweit unter dem Stichpunkt „Belehrungen des Notars“ keine inhaltlichen Ausführungen, sondern nur „...“ aufgeführt sind, was aber zum Glück nicht für alle Muster gilt. Im Anschluss an die Musterverträge werden die wirtschaftliche Bedeutung und die grundsätzliche zivilrechtliche und steuerrechtliche Einordnung dargestellt; darauf folgt häufig eine Kommentierung der einzelnen Vertragsvorschriften getrennt nach zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Bedeutung. Die einzelnen Ausführungen sind dabei gut gelungen; gesellschaftsrechtlich ergeben sich keine Lücken, und im Steuerrecht sind die aktuellen Gesetzesänderungen eingearbeitet. Eine übersichtliche Trennung der steuerrechtlichen Ausführungen nach den einzelnen Steuerarten erlaubt dem Benutzer einen raschen Überblick und Orientierung. Insbesondere in den schnell auffindbaren, aktuellen, kurzen und prägnanten Ausführungen zum Steuerrecht liegt der Vorteil in der Benutzung für den Notar.

Konzeptionsgemäß liegt auch im Rahmen der Einzelerläuterungen der Schwerpunkt der Darstellung in den Schnittpunkten zum Steuerrecht und nicht im Zivilrecht. So ist z. B. in den

Erläuterungen zur GmbH-Satzung das Hauptaugenmerk u. a. auf die Themen Jahresabschluss, Gewinnverwendung und Offenlegung gelegt, wohingegen das Thema Erbfolge nur kurz abgehandelt wird. Diese Abhandlung enthält zwar kurz und prägnant auf knapp einer halben Seite alle wichtigen Informationen zu den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten – was für sich genommen schon eine darstellerische Leistung bildet –, alternative Formulierungsvorschläge hierzu sucht man jedoch vergebens. Rein aus notarieller Sicht könnte man sich insoweit natürlich eine vertiefte Darstellung wünschen; der Konzeption des Formularbuchs würde dies aber nicht gerecht. Sinn ist nicht die umfassende zivilrechtliche Darstellung der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten, sondern der Brückenschlag vom Zivilrecht zum Steuerrecht, der den Autoren hervorragend gelingt.

Ausdrücklich positiv hervorgehoben werden soll, dass das Formularbuch durch die zahlreiche Darstellung alternativer Gestaltungsmöglichkeiten (wie z. B. bei der Einbringung einer GmbH & Co. KG in die Komplementär-GmbH) und deren Unterschiede in zivil- und steuerrechtlicher Hinsicht den Bedürfnissen eines Beraters in besonderer Weise gerecht wird. Vereinzelt Flüchtigkeitsfehler – wie etwa beim Formwechsel bezüglich der Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine GmbH bei der Handelsregisteranmeldung, welche die Anmeldung der „Bestellung zu jeweils alleinvertretungsberechtigten, von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten *Gesellschaftern*“ enthält – gemahnen den Benutzer eher daran, dass auch ein noch so gutes Formularbuch keinen Freischein zur blinden Übernahme eines Musters darstellt.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das „Formularbuch Recht und Steuern“ auch dem Notar in zivilrechtlicher Hinsicht eine Hilfe sein kann und für einen steuerrechtlichen Überblick mit Sicherheit eine große Hilfe ist. Dem Notar, dem es auf die steuerrechtlichen Konsequenzen einer Vertragsgestaltung ankommt, kann es – mit der Einschränkung, dass einige Themenkomplexe in der notariellen Praxis keine Rolle spielen – uneingeschränkt empfohlen werden. Eine vertiefte zivilrechtliche Darstellung muss man jedoch anderswo suchen.

Notarassessorin *Monika Pöppel*, Simbach am Inn

Gottwald: Grunderwerbsteuer. 2. Aufl., Luchterhand, 2004. 288 S., 42 €

Nach nur knapp zwei Jahren liegt nunmehr die 2. Auflage des Werkes von *Gottwald* zur Grunderwerbsteuer vor. Bereits zu der ersten Auflage konnte dem Autor und dem Verlag gratuliert werden. Das Publikum hat das Werk offenbar äußerst positiv aufgenommen.

Auch im Grunderwerbsteuerrecht, früher eine eher stille Materie, hat sich die Entwicklung beschleunigt; es treten immer neue Probleme auf, neue gesetzgeberische Vorgaben sind zu beachten. Die 2. Auflage des Werkes berücksichtigt nunmehr auch die Fragen der Grunderwerbsteuerbelastung bei Übertragung des Grundstücks zur Abgeltung von Pflichtteilsansprüchen oder als Gegenleistung für einen Erbverzicht, ferner zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage bei öffentlich-rechtlichen Abgaben und Leistungspflichten, insbe-

sondere bei Erschließungskosten. Auch die Auswirkungen der umsatzsteuerlichen Rechtsprechung des BFH zu § 1 Abs. 1 a UStG beim Verkauf vermieteter Objekte wurden berücksichtigt, ebenso die Neuregelung in § 13 b UStG, die zu einem Wechsel des Steuerschuldners bei umsatzsteuerpflichtigen Grundstückskaufverträgen geführt hat. Neben wichtigen Änderungen in der Rechtsprechung wurden auch sämtliche Gesetzesänderungen und Erlasse der Finanzverwaltung im Bereich der Grunderwerb- und Umsatzsteuer verwertet. Dies gilt insbesondere für den Erlass zu § 1 Abs. 2 a GrEStG vom 26.2.2003, welcher den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 GrEStG bei Personengesellschaften stark reduziert hat. Darüber hinaus wird noch ausführlicher als in der ersten Auflage dargestellt, wie ein Umwandlungsvorgang im Konzern auf verschiedenen Ebenen jeweils gesondert Grunderwerbsteuer auslösen kann, welche Auswirkungen die Schuldrechtsreform auf das Grunderwerbsteuergesetz hat, was bei einem Squeeze-out-Verfahren in Grunderwerbsteuerlicher Hinsicht zu beach-

ten ist und welche grunderwerbsteuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten es bei Einbringungsverfahren gibt.

Auch die 2. Auflage ist vom Praktiker für den Praktiker geschrieben. Das zeigt sich etwa bei der Behandlung der Bagatellbesteuerung (Seite 22 f., 100 f.), beim Erwerb der Verwertungsbefugnis als Grunderwerbsteueratbestand im Sinne von

§ 1 Abs. 2 GrEStG (S. 39 ff.) und beim Verkauf eines Erbbaurechtes (S. 205 ff.).

Die 2. Auflage stellt wiederum ein rundum gelungenes und erfreuliches Werk dar, das man bei Bedarf gerne und stets mit Gewinn zur Hand nimmt.

Notar Prof. Dr. *Wolfgang Reimann*, Passau

Schöttler: Verbraucherschutz durch Verfahren. O. Schmidt, 2003. 317 S., 54,80 € (Schriften der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Band 16)

1. *Schöttler* vergleicht in ihrer Untersuchung den Verbraucherschutz bei Immobilientransaktionen in Deutschland, in England als pars pro toto für den Rechtskreis des Common Law sowie in Schweden als Beispiel für den skandinavischen Rechtskreis.

2. Nach einer ausführlichen Darstellung des deutschen Beurkundungsverfahrens (S. 5–96) und seiner nur reflexartig verbraucherschützenden Wirkung stellt *Schöttler* in einem ersten Durchgang die an Immobilienverkäufen beteiligten Organe in den verschiedenen Rechtsordnungen dar (S. 97–234). In England wirken die dort vorhandenen notaries public nicht an Grundstücksgeschäften mit. Als Berater betätigen sich stattdessen die solicitors sowie der erst vor einiger Zeit¹ eingeführte Berufsstand der Licensed Conveyers. Als Register besteht das Register of Title. In Schweden wirken gleichfalls die dort vorhandenen Notare (Notarius Publicus) an Grundstücksgeschäften nicht mit. Rechtsbeistand bei der Abwicklung erfolgt durch die Makler (Fastighetsmäklare), soweit ein solcher eingeschaltet ist. Ein gesetzlicher Zwang dazu besteht aber nicht.² Dabei beschränken sich die Makler aber anders als in der deutschen Rechtsordnung nicht auf die Vertragsanbahnung und Informationsmittlung im Rahmen der Vertragsvorbereitung, sondern nehmen auch aktiv an Vertragsgestaltung und Vertragsvollzug teil. An Registern bestehen das dem Liegenschaftskataster ähnliche Fastighetsregister sowie das dem Grundbuchamt nahekommende Inskrivningsregister.

In einem zweiten Durchgang stellt *Schöttler* dann in den drei Rechtsordnungen die Abwicklung eines normalen Grundstückskaufs dar (S. 235–289). Eine Schlussbetrachtung mit einem Vergleich der drei unterschiedlichen Verbraucherschutzregularien (S. 291–313) schließt die Arbeit ab.

3. Unmittelbare, praktisch anwendbare Erkenntnis ist für den Notar von der Arbeit nicht zu erwarten. Dem Notarpraktiker stechen hier vielmehr kleine Unsicherheiten ins Auge, die zwar den Gesamteindruck der Arbeit nicht schmälern, aber doch zeigen, dass *Schöttler* mit der Notarpraxis nur theoretisch befasst ist. Eine Verbesserung der datentechnischen Anbindung der Notariate an EDV-gestützte Grundbücher, Liegenschaftsregister und Baulastenverzeichnisse³ dürfte beispielsweise nicht an der Mitwirkung der Notare scheitern, sondern daran, dass die Justiz- und Innenverwaltungen der Länder nicht die finanziellen Mittel haben, die wünschens-

werte Bereitstellung dieser Daten zur Fernabfrage voranzutreiben. Das Grundbuch wird entgegen *Schöttler*⁴, abgesehen von Wohnungs-/Teileigentum und Erbbaurecht, in der Regel als Personalfolium geführt und nicht als Realfolium. Die konsequente Führung als Realfolium hätte beispielsweise zur Folge, dass für die jeweilige Gemeinde Hunderte von Grundbuchblättern angelegt werden müssten.

4. Die Arbeit liefert aber Argumente für die Beibehaltung des deutschen Systems. So erwies sich trotz beiderseitiger Beteiligung von solicitors das englische System in der Vergangenheit als zeitraubend, teuer und trotzdem unbefriedigend, weil Verträge mangelhaft entworfen wurden und die Standesaufsicht der solicitors nicht die wünschenswerte Durchsetzungskraft zeigte.⁵ Eine Mitgliederbefragung aus dem Jahre 1985 brachte zutage, dass zwischen erstmaliger Beauftragung des solicitors und Vertragsabschluss ein Zeitraum von zehn Wochen verging.⁶ Derartige Probleme berichtet *Schöttler* zu Schweden nicht. Insbesondere kommen hier durchaus Grundstücksveräußerungen ohne jede Beteiligung externer Berater zustande. Gleichwohl hält *Schöttler* die Stellung des Maklers für angreifbar, weil er die gesetzlich vorgeschriebene Unabhängigkeit aufgrund seines Eigeninteresses am Vertragsabschluss verliere. Aus diesen Gründen heraus hält *Schöttler* prinzipiell das deutsche Notarsystem den beiden anderen Rechtsordnungen bei der Abwicklung von Immobilienverkäufen für überlegen. Dies hört man gerne. Damit verbunden werden muss aber die an unser Notariat gerichtete Aufforderung, diese Vorzüge in der täglichen Arbeit zu pflegen. Das Beispiel der englischen solicitors, denen als Reaktion auf unzureichende Arbeit die Monopolstellung entzogen wurde, soll Warnung sein.

5. Leider enthält die Arbeit keinen Kostenvergleich. Zum englischen Recht wird lediglich mitgeteilt, dass die Anwaltsgebühren in der Vergangenheit für überhöht gehalten wurden. Für Schweden wird in einer Fußnote⁷ lediglich auf eine gesetzliche Auffangregelung verwiesen, gemäß der eine Maklerprovision von maximal 15 % des Auftragswertes verlangt werden kann. Hier hätte mich interessiert, ob dieser Prozentsatz tatsächlich regelmäßig in voller Höhe ausgeschöpft wird. Dann teilen wir einen derart horrenden Provisionssatz unseren deutschen Maklern angesichts der hierzulande üblich geforderten 3,48 % (USt. inkl.) besser nicht mit.

⁴ S. 114, insb. in Fn. 91.

⁵ S. 154 f.

⁶ S. 154 in Fn. 327. Dies sollte der Gesetzgeber des § 17 Abs. 2 a BeurkG berücksichtigen: Die bei den „Schrottimmobilienfällen“ vermisse Bedenkzeit ist nämlich nicht diejenige zwischen Beauftragung des Notars und Beurkundung, sondern diejenige zwischen erstmaliger Kontaktaufnahme von Käufer und Verkäufer und Beauftragung des Notars.

⁷ S. 201, Fn. 576.

¹ In Reaktion auf mutmaßliche Missstände in der Vertragsabwicklung seitens der solicitors; s. *Schöttler*, S. 154 f.

² S. 273.

³ So gefordert von *Schöttler*, S. 301.

6. Zum Schluss ein Wort zur „verbraucherschützenden Funktion des Notars“. Aus der Tatsache, dass § 311 b Abs. 1 BGB die Grundstücksveräußerungen generell, d. h. ohne Rücksicht auf die Beteiligung eines Verbrauchers (i. S. d. § 13 BGB), der notariellen Beurkundung unterwirft, schließt *Schöttler*, dass der Notar „von Hause aus kein geborener Verbraucherschützer [sei], sondern in erster Linie rein individualschützende Funktionen“ übernehme.⁸ Die nachfolgende Darstellung zum Beurkundungsverfahren ergibt dann zwar auch für *Schöttler*, dass aus § 14 Abs. 2 BNotO die Verpflichtung folge, nur wirksame und AGB-Rechts-konforme Verträge zu beurkunden, dass ferner wegen der allgemeinen Belehrungspflicht des § 17 BeurkG, insbesondere im Hinblick auf den besonderen Einsatz zugunsten der ungewandteren Vertragspartei, der Notar doch verbraucherschützende Funktion entfalte. Bleiben wir aber bei dem aus dem Zitat zum Ausdruck kommenden Vorverständnis von *Schöttler*. Aus Sicht der Notare, jedenfalls aus meiner persönlichen Sicht über unsere Profession, möchte man, möchte ich ihr hierauf entgegen: Diesen Vorwurf, kein geborener Verbraucherschützer zu sein, hören wir gerne. Wir hören diesen Vorwurf gerne, weil nach unserer Einschätzung der europarechtlich vorgegebene, statusorientierte Verbraucherschutz in die Irre führt und durch einen Individualschutz ersetzt werden sollte. Niemand ist allein aufgrund seiner Ver-

brauchereigenschaft a priori unterlegene Vertragspartei; kein Unternehmer ist allein deswegen schon prinzipiell überlegen. Oft versuchen Bauträger, für sich das Beste aus dem Vertrag herauszuholen. Ich habe aber auch schon Verträge beurkundet, in denen der Käufer dem Bauträger Gewährleistungsbürgschaften abverlangte oder eine Schadenersatzbewehrte Garantie eines Fertigstellungstermines.⁹ Die Möglichkeit zu einem statusunabhängigen Ausgleich von Ungleichgewichtslagen, ja auch die Chance, in der Urkundsverhandlung ein Gespür für die individuell vorhandene Ungleichgewichtslage gewinnen zu können, ist ein Pfund, mit dem das Notariat gegenüber dem statusorientierten Verbraucherschutzdenken wuchern kann.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg a. Main

⁸ S. 25.

⁹ Oder aus der Rspr.: Kreditinstituten mag man das Widerrufsrecht aus § 495 BGB und die Pflichtinformationen des § 492 BGB auferlegen können – gilt das aber auch für einen Druckereibetrieb, der einmalig eine ausgediente Druckmaschine verzinslich auf Ratenzahlung verkauft (OLG Düsseldorf, WM 1995, 1142; dazu schon *Volmer*, MittBayNot 2001, 316)? Einem Gebrauchtwagenhändler kann man die zwingend mindestens einjährige Gewährleistung des § 475 Abs. 2 BGB sicherlich zumuten – ist das auf eine Zahnärztin zu übertragen, die einen gebrauchten Pkw an einen Privatmann verkauft (AG Bad Homburg, Urt. v. 14.11.2003, 2 C 182/03, mitgeteilt in NJW-aktuell, NJW 12/2004, S. XIV)?

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 145, 311 b Abs. 1 Satz 1 (*Formlose Rücknahme des Widerrufs eines notariell beurkundeten Angebots*)

Der Eigentümer eines Grundstücks kann sich in einem notariell beurkundeten unwiderruflichen Angebot zum Verkauf des Grundstücks vorbehalten, das Angebot mit der Folge zu widerrufen, dass das Angebot befristet ist, und einen erklärten Widerruf zurückzunehmen, solange das Angebot nicht erloschen ist. Die Erklärung, den Widerruf zurückzunehmen, bedarf in diesem Fall nicht der Beurkundung.

BGH, Urteil vom 26.3.2004, V ZR 90/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagten waren Eigentümer eines Grundstücks. Am 14.6.2000 boten sie der Klägerin in notariell beurkundeter Form das Grundstück für 5.426.000 DM zum Kauf an. In dem Angebot heißt es u. a.:

„An das Angebot hält sich der Anbietende bis einschließlich 31.12.2000 unwiderruflich gebunden. Nach Ablauf dieser Frist kann das Angebot schriftlich widerrufen werden.“

Wird das Angebot widerrufen, so erlischt es mit Ablauf von zwei Monaten, nachdem der Widerruf dem Angebotsempfänger zugegangen ist, es sei denn, er wurde vor Fristablauf schriftlich zurückgenommen.“

Die Klägerin wollte das Grundstück bebauen. Die Verhandlungen mit dem Landkreis als Baubehörde führte ihr Vater für sie. Mit ihrem Vater am 21.12.2000 und ihr selbst am 2.1.2001 zugegangenem Schreiben vom 15.12.2000 erklärten die Beklagten, das Angebot vom 14.6.2000 zu widerrufen.

Am 28.2.2001 trafen die Beklagten mit dem Vater der Klägerin zusammen und erklärten schriftlich:

„Hiermit ziehen wir unseren Widerruf des Angebots auf Abschluss eines Kaufvertrags (Urkundenrolle Nr. ...) vom 15.12.2000 zurück.“

Gleichzeitig widerrufen wir dieses Angebot mit Wirkung ab dem heutigen Tag. Das Angebot erlischt somit am 28.4.2001.“

Im Anschluss hieran erklärte der Vater der Klägerin auf demselben Schriftstück:

„Hiermit erkläre ich mich bereit, als Bindungsentschädigung für die Zeit vom 28.2.2001 bis 28.4.2001 Zinsen in Höhe von DM 20.000 monatlich zu übernehmen.“

Wird das Angebot vor dem 28.4.2001 angenommen bzw. erklärt der Angebotsempfänger vor dem 28.4.2001, dass er das Angebot nicht annimmt, entfällt ab diesem Zeitpunkt die Zinsverpflichtung.“

Ende März 2001 verkauften die Beklagten das Grundstück für 6.000.000 DM der W.-Wohnungsbaugesellschaft mbH (W.). Für die W. wurde am 31.3.2001 eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Mit am 12.4.2001 beurkundeter Erklärung nahm die Klägerin das Kaufvertragsangebot vom 14.6.2000 an. Mit Rang nach der für die W. eingetragenen Vormerkung wurde eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Klägerin auf den Erwerb des Grundstücks eingetragen. Am 2.7.2001 wurde die W. als Eigentümerin eingetragen.

Die Klägerin hat von den Beklagten 1.116.737,53 DM zuzüglich Zinsen als entgangenen Gewinn und als Ersatz von Kosten verlangt, die ihr durch die Beurkundung der Annahme des Angebots, für die Eintragung der Vormerkung, für die Erwirkung eines Negativbescheides der Gemeinde und für einen bei dem Landkreis erwirkten Bauvorbe-

scheid entstanden sind. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 549.127,48 € (1.074.000 DM) zuzüglich Zinsen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen, soweit sie über die durch die Beurkundung der Annahmeerklärung, die Eintragung der Vormerkung und das Negativzeugnis der Klägerin entstandenen Kosten von 11.303,54 € hinausgeht. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

II.

1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, durch ihre Erklärung vom 15.12.2000 hätten die Beklagten das Angebot vom 14.6.2000 wirksam widerrufen.

a) Ob das Angebot der Beklagten erst nach dem 31.12.2000 widerrufen werden konnte, wie die Revision geltend macht, oder ob die Widerrufserklärung schon zuvor abgegeben werden konnte und dann mit Ablauf des 31.12.2000 wirksam wurde, wie das Berufungsgericht meint, ist durch Auslegung des Angebots zu bestimmen. Sie ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten und für das Revisionsgericht bindend. Sie kann von dem Senat nur darauf überprüft werden, ob der Auslegungssstoff vollständig berücksichtigt worden ist, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, ob die Denkgesetze oder allgemein anerkannte Erfahrungssätze verletzt worden sind oder ob die Auslegung auf einem im Revisionsverfahren gerügten Verfahrensfehler beruht (st. Rspr., vgl. BGHZ 135, 269, 273; BGH, Urt. v. 5.7.1990, IX ZR 10/90, WM 1990, 1549, 1551; Senatsurt. v. 14.10.1994, V ZR 196/93, WM 1995, 263; BGH, Urt. v. 29.3.2000, VIII ZR 257/98, NJW 2000, 2508, 2509, und v. 13.3.2003, IX ZR 199/00, NJW 2003, 2235, 2236). Dieser Prüfung hält die Auslegung des Berufungsgerichts stand. Die Revision zeigt auch weder einen Auslegungsfehler noch einen Verfahrensfehler auf. Dass eine andere Auslegung möglich ist, macht die vorgenommene Auslegung nicht fehlerhaft.

b) Ist die Klägerin von ihrem Vater nicht nur gegenüber der Baubehörde, sondern, wie die Beklagten behaupten, auch ihnen gegenüber vertreten worden, erlosch das Angebot aufgrund des Zugangs der Widerrufserklärung an den Vater der Klägerin am 21.12.2000 grundsätzlich mit Ablauf von zwei Monaten nach dem 31.12.2000, also mit Ablauf des 28.2.2001. War der Vater der Klägerin gegenüber den Beklagten dagegen nicht zur Vertretung der Klägerin berechtigt, erlosch das Angebot nach Zugang des Widerrufs bei der Klägerin am 2.1.2001 grundsätzlich mit Ablauf des 2.3.2001.

2. Aufgrund des Widerrufs ist das Angebot der Beklagten jedoch nicht mit Ablauf des 28.2.2001 bzw. des 2.3.2001 erloschen, vielmehr ist durch die Annahmeerklärung der Klägerin vom 12.4.2001 ein Kaufvertrag über das Grundstück zu den Bedingungen des Angebots zustande gekommen. Denn die Beklagten haben den Widerruf am 28.2.2001 wirksam zurückgenommen. Die dem zugrunde liegende Regelung ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wirksam.

a) Der Antrag auf Abschluss eines Vertrages ist ab seinem Zugang bei dem Angebotsempfänger (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB) grundsätzlich bindend (§ 145 Hs. 1 und 2 BGB). Die

Dauer der Bindung richtet sich nach §§ 147 bis 149 BGB. Nach § 148 BGB kann der Anbietende eine Frist für die Annahme bestimmen. Damit ist ihm die Möglichkeit eröffnet, die Dauer der Wirksamkeit des Angebots unabhängig von § 147 BGB auszugestalten. Ob und in welchem Zeitraum ein Angebot angenommen werden kann, ist hiernach vom Willen des Anbietenden abhängig.

§§ 145 ff. BGB schließen weitere Modifikationen der Wirksamkeit und der Dauer eines Angebots nicht aus. So kann ein Angebot unbefristet, jedoch widerruflich ausgestaltet werden (vgl. BGH, Urt. v. 8.3.1984, VII ZR 177/82, NJW 1984, 1885; *Bamberger/Roth/Eckert*, BGB, § 145 Rdnr. 29; *MünchKommBGB/Kramer*, 4. Aufl., § 145 Rdnr. 7; *Staudinger/Bork*, BGB [2003], § 145 Rdnr. 27 ff.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., § 29 Rdnr. 36; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., § 26 Rdnr. 366). Umgekehrt kann die Unwiderruflichkeit eines Angebots befristet werden. Der Ablauf einer in das Angebot aufgenommenen Frist kann dazu führen, dass das Angebot erlischt, oder nur dazu, dass die Unwiderruflichkeit des Angebots endet. Ebenso ist es möglich, die Wirkung des Widerrufs als Befristung des Angebots auszugestalten.

Der Antragende ist von Rechts wegen auch nicht gehindert, den Widerruf seines Angebots widerruflich auszugestalten. Der Grundsatz, dass die Ausübung eines Gestaltungsrechts nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden soll (vgl. Senat, BGHZ 97, 264, 266 m. w. N.), steht einer solchen Regelung nicht entgegen. Zweck des von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatzes ist es, zu verhindern, dass der Empfänger einer einseitigen gestaltenden Willenserklärung darüber im Ungewissen bleibt, ob durch die Erklärung seines Vertragspartners eine Rechtsänderung bewirkt worden ist (Senat, a. a. O., 267; *Erman/Hefermehl*, BGB, 10. Aufl., § 158 Rdnr. 15; *MünchKommBGB/Westermann*, § 158 Rdnr. 28; *Staudinger/Wolf*, BGB [2003], § 158 Rdnr. 34; *von Bülow*, JZ 1979, 430, 431). So verhält es sich nicht, wenn der Widerruf eines Vertragsangebots als zurücknehmbar ausgestaltet wird. Eine Ungewissheit des Angebotsempfängers über seine Rechte kann hierdurch grundsätzlich nicht eintreten. Führt der Widerruf – wie hier – nicht zum Erlöschen, sondern nur zur Befristung des Angebots, bleibt seine Rechtsstellung bis zum Ablauf der nunmehr geltenden Annahmefrist unverändert. Wird der Widerruf vor Ablauf dieser Frist zurückgenommen, entfällt zwar die Annahmefrist, seine Rechte bleiben hiervon aber unberührt. Ebenso wie der Widerruf wird die Rücknahmeerklärung mit Zugang bei dem Angebotsempfänger wirksam (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB). Eine Ungewissheit über die Annahmefähigkeit des Angebots kann grundsätzlich nicht eintreten. Deswegen kann auch offen bleiben, ob der hier im Angebot vorbehaltene Widerruf überhaupt als Gestaltungsrecht oder nicht als reine Fristenregelung anzusehen ist.

b) Hiervon zu trennen ist die Frage, ob die Rücknahme des Widerrufs der für das Angebot vorgeschriebenen Form bedarf. Diese Frage ist für den Fall der Rücknahme des Widerrufs eines trotz Widerrufs noch wirksamen Angebots auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrages zu verneinen.

Zweck des Formgebotes von § 313 Satz 1 BGB a. F. (§ 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB) ist es, die Parteien eines Vertrages, aufgrund dessen das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen ist, vor Übereilung zu bewahren und Rechtssicherheit über das Zustandekommen und den Inhalt des Vertrages zu gewährleisten (st. Rspr., vgl. Senat, BGHZ 127, 168, 172 f.; *Erman/Battes*, a. a. O., § 313 Rdnr. 1; *MünchKommBGB/Kanzleiter*, 4. Aufl., Bd. 2 a; 311 b Rdnr. 1; *Staudinger/Wufka*, BGB [2001], § 313 Rdnr. 3). Dieser Zweck gebietet es nicht,

alle Erklärungen, von denen der Eintritt einer Veräußerungsverpflichtung mit abhängt, in das Formgebot einzubeziehen, da die beurkundungsbedürftige Verpflichtung ihren Grund in dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft (hier: Angebot) hat (vgl. *MünchKommBGB/Kanzleiter*, a. a. O., Rdnr. 28; *Soergel/Wolf*, BGB, 12. Aufl., § 313 Rdnr. 41).

Ist der Verkäufer eines Grundstücks nach dem notariell beurkundeten Inhalt seines Vertragsangebots mit der Folge zum Widerruf des Angebots berechtigt, dass die Annahme des Angebots innerhalb einer bestimmten Frist erklärt werden muss, und hat er sich in dem Angebot die Rücknahme des Widerrufs vorbehalten, solange der Widerruf noch nicht zum Erlöschen des Angebots geführt hat, bewirkt die Rücknahmeerklärung kein neues Angebot oder eine nachträgliche Änderung des Inhalts des Angebots (vgl. Senat, Beschl. v. 9.11.1995, V ZR 36/95, WM 1996, 181), sondern den vorbehaltenen Wegfall der Annahmefrist. Insoweit unterscheidet sich der Fall nicht von der Ausübung eines Gestaltungsrechts, das aufgrund eines notariell beurkundeten Vertrages besteht. Ebenso wie ein solches Recht von dem Begünstigten oder sogar von einem Dritten ohne notarielle Beurkundung ausgeübt werden kann (vgl. § 505 Satz 2 BGB a. F.), kann eine nach dem beurkundeten Angebot bestehende Möglichkeit zur Gestaltung der Annahmefrist von dem Anbietenden wirksam ausgeübt werden, ohne dass die ausübende Erklärung der Beurkundung bedarf.

Insoweit liegt der Fall anders als der durch das Senatsurteil vom 12.12.1962, V ZR 111/61, WM 1963, 407 f., entschiedene Fall. In jenem Fall war das Angebot zum Verkauf des Grundstücks, wegen dessen die Parteien stritten, befristet. Eine Möglichkeit, durch einseitige Erklärung die Frist zu verlängern oder zu verkürzen, enthielt das Angebot nicht. Zu seiner Verlängerung, zumal nach dem Erlöschen des Angebots durch Ablauf der Annahmefrist, bedurfte es daher der notariellen Beurkundung.

c) Auch die Tatsache, dass der Vater der Klägerin auf dem von der Beklagten für ihre Erklärung vom 28.2.2001 verwendeten Schriftstück die Zahlung einer Bindungsentschädigung versprochen hat, führt nicht zur Beurkundungsbedürftigkeit der Erklärung der Beklagten.

Hierzu hat die Klägerin behauptet, ihr Vater habe sich gegenüber den Beklagten verpflichtet, nachdem die Beklagten die Rücknahme ihres Widerrufs erklärt hatten. Demgegenüber haben die Beklagten behauptet, der Vater der Klägerin habe durch seine Erklärung die Klägerin als deren Vertreter zur Zahlung der Bindungsentschädigung verpflichtet. Die Rücknahme des Widerrufs vom 15.12.2000 sei die Gegenleistung für dieses Versprechen gewesen.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Vater der Klägerin die Entschädigung im eigenen Namen versprochen hat. Das nehmen die Parteien hin. Rechtsfehler liegen insoweit auch nicht vor. Ob die Rücknahme der Widerrufserklärung die Gegenleistung für die versprochene Bindungsentschädigung bildet, ist nicht festgestellt. Hierauf kommt es auch nicht an. Selbst wenn die Rücknahme des Widerrufs zwischen den Beklagten und dem Vater der Klägerin als Gegenleistung für die versprochene Bindungsentschädigung vereinbart worden ist und das Versprechen der Bindungsentschädigung daher beurkundungsbedürftig war (vgl. BGH, Urt. v. 24.6.1981, IVa ZR 159/80, NJW 1981, 2293; Senatsurt. v. 22.12.1982, V ZR 8/81, NJW 1983, 1543, 1545; BGH, Urt. v. 1.7.1970, IV ZR 1178/68, NJW 1970, 1915, 1916; Urt. v. 20.9.1984, III ZR 47/83, NJW 1985, 1178, 1179; *Soergel/Wolf*, a. a. O., Rdnr. 30), führt dies nicht zur Formbedürftigkeit der Erklärung der

Beklagten vom 28.2.2001. Eine Willenserklärung, für deren Wirksamkeit es keiner Form bedarf, wird nicht dadurch bekräftigungsbedürftig, dass der Rechtsgrund für die Abgabe der Erklärung der notariellen Beurkundung bedarf.

d) Allein die Abgabe der Rücknahmeerklärung durch die Beklagten am 28.2.2001 führte allerdings noch nicht dazu, dass das Angebot vom 14.6.2000 nicht mit Ablauf des 28.2.2001 bzw. des 2.3.2001 erlosch. Das nach ihrem Angebot den Beklagten vorbehaltene Recht, die Widerrufserklärung zurückzunehmen, musste durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt werden. Zur Wirksamkeit der Rücknahmeerklärung bedurfte es daher des Zugangs der Erklärung bei der Klägerin vor dem Erlöschen des Angebots. Dass es sich so verhält, hat die Klägerin nicht vorgetragen. Hierauf kommt es jedoch nicht an, weil aus der Erklärung der Klägerin vom 12.4.2001, das Angebot der Beklagten zum Verkauf des Grundstücks anzunehmen, die Genehmigung einer etwa vollmachtlosen Vertretung der Klägerin durch ihren Vater bei der Entgegennahme der Erklärung der Beklagten vom 28.2.2001 folgt.

3. Ist der Kaufvertrag mithin wirksam zustande gekommen, sind die Beklagten der Klägerin entsprechend §§ 325 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB a. F. zum Ersatz verpflichtet. Diese Verpflichtung kann der Senat dem Grunde nach feststellen. Zur Bestimmung der Höhe des Anspruchs bedarf es dagegen weiterer Feststellungen, soweit das Berufungsgericht nicht zugunsten der Klägerin entschieden hat. Hierzu ist der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Aufsatz von *Keim*, MittBayNot 2005, 10 (in diesem Heft).

2. BGB §§ 167, 171, 172 (Duldungsvollmacht und Strukturvertrieb)

- a) **Eine nicht wirksam erteilte Vollmacht kann über §§ 171 und 172 BGB hinaus aus allgemeinen Rechtscheing Gesichtspunkten dem Geschäftspartner gegenüber als wirksam zu behandeln sein, wenn dessen Vertrauen auf den Bestand der Vollmacht an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpft und nach den Grundsätzen über die Duldungsvollmacht schutzwürdig erscheint.**
- b) **Die Vorlage einer von einem Immobilienerwerber unterzeichneten Selbstauskunft, einer Einzugsermächtigung sowie einer „Notarbestätigung“ durch den Geschäftsbesorger gegenüber der Bank vermag das Vorliegen einer Duldungsvollmacht zum Abschluss von Darlehensverträgen nicht zu begründen.**

BGH, Urteil vom 20.4.2004, XI ZR 164/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin und ihr Ehemann, beide Diplomsporthlehrer, wurden im Dezember 1992 von einem Anlagevermittler geworben, zwecks Steuerersparnis ohne Eigenkapital eine noch zu errichtende Eigentumswohnung zu erwerben. Am 17.12.1992 unterzeichneten die Eheleute einen entsprechenden Vermittlungsauftrag, eine Selbstauskunft zur Beantragung der Finanzierung des Objekts sowie eine Einzugsermächtigung, die noch keinen Zahlungsempfänger auswies. Am folgenden Tage gaben die Klägerin und ihr Ehemann ein an die C. GmbH (im Folgenden: Geschäftsbesorgerin) gerichtetes notariell beurkundetes Angebot zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungs-

vertrages ab. Zugleich erteilten sie der Geschäftsbesorgerin eine umfassende Vollmacht, sie bei der Vorbereitung, Durchführung und gegebenenfalls Rückabwicklung des Erwerbs zu vertreten. Unter anderem sollte die Geschäftsbesorgerin den Kaufvertrag, Darlehensverträge und alle für die Bestellung von Sicherheiten erforderlichen Verträge abschließen.

Mit Schreiben vom 22.12.1992 beantragte die Geschäftsbesorgerin bei der Beklagten unter Beifügung unter anderem der Selbstauskunft, der Einzugsermächtigung, einer Lebensversicherungspolice in Kopie und einer „Notarbestätigung“ die Finanzierung des Wohnungskaufs, die mit Zwischenfinanzierungsvertrag vom 29./30.12.1992 in Höhe von 161.523 DM erfolgte. Am 30.12.1992 übersandte die Geschäftsbesorgerin der Beklagten weitere Unterlagen, im Übersendungsschreiben bezeichnet als „notarielles Angebot/Vollmacht“, und erwarb mit notariellem Vertrag vom gleichen Tag namens der Klägerin und ihres Ehemannes die Eigentumswohnung.

Zur Ablösung des Zwischenfinanzierungsvertrages – die Darlehensvaluta war noch nicht ausgezahlt – schloss die Geschäftsbesorgerin namens der Eheleute am 1.12.1993 mit der Beklagten zwei Darlehensverträge über zusammen 161.523 DM. Die Darlehen wurden in der Folgezeit auf ein von der Geschäftsbesorgerin für die Klägerin und ihren Ehemann bei der Beklagten eingerichtetes Konto ausgezahlt und zur Finanzierung des Erwerbs verwendet. Bis 1999 erbrachten die Eheleute Zins- und Tilgungsleistungen in Höhe von insgesamt 62.558,98 DM.

Die Klägerin nimmt die Beklagte in erster Linie wegen unterlassener Aufklärung auf Schadensersatz in Höhe von 79.832,35 DM nebst Zinsen sowie auf Freistellung von sämtlichen Darlehensverbindlichkeiten in Anspruch. Hilfsweise begehrt sie die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung der Darlehensverträge Zug um Zug gegen Übertragung der Eigentumswohnung sowie die Feststellung, aus den Darlehensverträgen zu keinen Leistungen mehr verpflichtet zu sein. Insoweit macht sie geltend, der Geschäftsbesorgungsvertrag, die Vollmacht und die Darlehensverträge seien wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig. Die Kreditverträge hätten auch nicht unter Rechtsscheingesichtspunkten Wirksamkeit erlangt, insbesondere habe eine Duldungsvollmacht nicht vorgelegen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagte zur Zahlung von 31.985,89 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung aller Rechte an der Eigentumswohnung verurteilt und festgestellt, dass der Beklagten aus den Darlehensverträgen keine Ansprüche gegenüber der Klägerin mehr zustehen. Mit der vom Berufungsgericht nur beschränkt zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

B.

Die Revision ist nicht begründet. (...)

II.

(...)

1. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin scheidet, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und auch von der Revisionserwiderung unbeanstandet angenommen hat, schon daran, dass die Klägerin zur Schadenshöhe nicht hinreichend substantiiert vorgetragen hat.

2. Rechtlich nicht zu beanstanden sind auch die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht einen Bereicherungsanspruch der Klägerin aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB begründet hat.

a) Die der Geschäftsbesorgerin erteilte Vollmacht ist wegen Verstoßes des Geschäftsbesorgungsvertrages gegen Art. 1 § 1 RBERG unwirksam.

aa) Nach der neueren ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs

im Rahmen eines Bauträger- oder Bauherrenmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG. Ein – wie hier unstreitig – ohne diese Erlaubnis abgeschlossener umfassender Geschäftsbesorgungsvertrag ist, wie auch die Revision nicht in Zweifel zieht, nichtig (st. Rspr., vgl. BGHZ 145, 265, 269 ff.; zuletzt Senatsurteile vom 18.11.2003, XI ZR 332/02, WM 2004, 27, 30, vom 2.12.2003, XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421, und XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 374, vom 2.3.2004, XI ZR 267/02, Umdruck S. 6, vom 16.3.2004, XI ZR 60/03, Umdruck S. 6, und vom 23.3.2004, XI ZR 194/02, Umdruck S. 10; jeweils m. w. Nachw.).

bb) Die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages erfasst auch die der Geschäftsbesorgerin erteilte umfassende Abschlussvollmacht, ohne dass es darauf ankommt, ob sie und das Grundgeschäft nach dem erkennbaren Willen der Vertragsparteien zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft gemäß § 139 BGB verbunden sind. Nur so kann das Ziel des Gesetzgebers, den Rechtsuchenden möglichst umfassend vor unsachgemäßer Rechtsbesorgung sowie deren häufig nachteiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen zu schützen, erreicht werden (vgl. BGH, Urteile vom 11.10.2001, III ZR 182/00, WM 2001, 2260, 2261, und vom 10.3.2004, IV ZR 143/03, Umdruck S. 9; Senatsurteile vom 18.3.2003, XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 920, vom 25.3.2003, XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065, vom 2.12.2003, XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421, und XI ZR 421/02, WM 2004, 372, 375, vom 2.3.2004, XI ZR 267/02, Umdruck S. 8, vom 16.3.2004, XI ZR 60/03, Umdruck S. 6, und vom 23.3.2004, XI ZR 194/02, Umdruck S. 10).

b) Die Vollmacht der Geschäftsbesorgerin ist auch nicht nach § 172 Abs. 1 BGB oder nach den allgemeinen Regeln über die Duldungsvollmacht gegenüber der Beklagten als wirksam zu behandeln.

aa) Zwar kann sich eine Wirksamkeit der Abschlussvollmacht der Geschäftsbesorgerin und damit der streitgegenständlichen Darlehensverträge grundsätzlich aus § 172 Abs. 1 BGB ergeben. §§ 171 und 172 BGB sowie die allgemeinen Grundsätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann anwendbar, wenn die umfassende Bevollmächtigung des Geschäftsbesorgers – wie hier – unmittelbar gegen Art. 1 § 1 RBERG verstößt und gemäß § 134 BGB nichtig ist (Senatsurteile vom 25.3.2003, XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065 f., vom 3.6.2003, XI ZR 289/02, WM 2003, 1710, 1711, vom 16.9.2003, XI ZR 74/02, BKR 2003, 942, 945, vom 14.10.2003, XI ZR 134/02, WM 2003, 2328, 2333, vom 2.12.2003, XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421, vom 16.3.2004, XI ZR 60/03, Umdruck S. 7, und vom 23.3.2004, XI ZR 194/02, Umdruck S. 11; BGH, Urteil vom 22.10.2003, IV ZR 33/03, WM 2003, 2375, 2379). Die Voraussetzungen des § 172 Abs. 1 BGB liegen hier aber nicht vor:

Die Anwendung des § 172 Abs. 1 BGB erfordert, dass der Beklagten spätestens bei Abschluss der Darlehensverträge eine Ausfertigung der die Geschäftsbesorgerin als Vertreterin der Klägerin und ihres Ehemannes ausweisenden notariellen Vollmachtsurkunde vorlag (vgl. BGHZ 102, 60, 63; siehe zuletzt die Nachweise in den Senatsurteilen vom 2.12.2003, XI ZR 53/02, WM 2004, 417, 421, und vom 16.3.2004, XI ZR 60/03, Umdruck S. 10 f.). Das ist nicht der Fall. Das Berufungsgericht ist nach Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte den ihr obliegenden Nachweis für das Vorliegen einer Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vor dem Abschluss der Endfinanzierungsverträge im Dezember 1993 nicht erbracht hat. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Beweiswürdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters.

Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob sie in sich widersprüchlich ist, den Denkgesetzen oder allgemeinen Erfahrungssätzen zuwider läuft, Teile des Beweisergebnisses ungewürdigt lässt oder Verfahrensvorschriften verletzt. Derartige Fehler werden von der Revision nicht aufgezeigt. Sie unternimmt vielmehr den untauglichen Versuch, die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts durch eine andere, der Beklagten günstigere zu ersetzen.

bb) Allerdings kann eine nicht wirksam erteilte Vollmacht über §§ 171 und 172 BGB hinaus aus allgemeinen Rechtscheing Gesichtspunkten dem Geschäftspartner gegenüber als wirksam zu behandeln sein (vgl. BGHZ 102, 60, 62, 64 ff.; Senatsurteil vom 25.3.2003, XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1066). Das ist der Fall, wenn das Vertrauen des Dritten auf den Bestand der Vollmacht an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpft und nach den Grundsätzen über die Duldungsvollmacht schutzwürdig erscheint (BGHZ 102, 60, 62, 64; Senatsurteile vom 22.10.1996, XI ZR 249/95, WM 1996, 2230, 2232, vom 14.5.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274 f., vom 25.3.2003, a. a. O., und vom 2.3.2004, XI ZR 267/02, Umdruck S. 10). In Betracht kommen dabei ausschließlich bei oder vor Vertragsschluss vorliegende Umstände. Denn eine Duldungsvollmacht ist nur gegeben, wenn der Vertretene es – in der Regel über einen längeren Zeitraum – wesentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn ohne eine Bevollmächtigung als Vertreter auftritt, und der Vertragspartner dieses bewusste Dulden dahin versteht und nach Treu und Glauben verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist (st. Rspr., siehe etwa BGH, Urteile vom 10.3.1953, I ZR 76/52, LM § 167 BGB Nr. 4, vom 15.12.1955, II ZR 181/54, WM 1956, 154, 155, vom 9.11.1989, VII ZR 200/88, WM 1990, 481, 482, und vom 13.5.1992, IV ZR 79/91, VersR 1992, 989, 990; Senatsurteile vom 14.5.2002, vom 25.3.2003 und vom 2.3.2004, jeweils a. a. O.).

So ist es hier aber – wie vom Berufungsgericht zutreffend dargelegt – nicht.

(1) Die von der Klägerin und ihrem Ehemann unterzeichnete Selbstauskunft und die nur von dem Ehemann erteilte Einzugsermächtigung vermögen das Vorliegen einer Duldungsvollmacht nicht zu begründen. Dies ergibt sich hier bereits aus dem zeitlichen Ablauf:

Selbstauskunft und Einzugsermächtigung wurden bereits am 17.12.1992 gegenüber dem Vermittler erteilt. Erst am 18.12.1992 haben die Eheleute das notarielle Angebot auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages nebst Erteilung einer Vollmacht abgegeben. Die Beklagte, der diese zeitlichen Abläufe bekannt waren, konnte nicht schon die Erteilung der Selbstauskunft und einer Einzugsermächtigung gegenüber dem Vermittler als Bevollmächtigung der Geschäftsbesorgerin werten, da sie wusste, dass eine Vollmachtserteilung in notarieller Form erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen sollte.

Darüber hinaus kann auch aus dem Inhalt der von den Eheleuten am 17.12.1992 gegenüber dem Vermittler abgegebenen Erklärungen, die keinen Bezug zu der späteren Geschäftsbesorgerin erkennen lassen, nicht auf eine Duldungsvollmacht zum Abschluss von Darlehensverträgen geschlossen werden. Wie vom Berufungsgericht zutreffend ausgeführt, dient die Erteilung einer Selbstauskunft lediglich der Vorprüfung, ob jemand überhaupt als kreditwürdig erscheint und als Darlehensnehmer in Betracht kommt, mithin der Vorbereitung, nicht aber dem Abschluss eines Darlehensvertrages. Gleiches gilt für die Vorlage der Kopie einer Lebensversicherungspolice. Die Erteilung einer Einzugsermächtigung, in der der

Einzugsberechtigte noch nicht erwähnt ist, betrifft nur die technische Abwicklung eines noch zu schließenden Darlehensvertrages und lässt nicht den Schluss zu, deren Inhaber sei ohne jede Einschränkung und Bindung an den Willen des Vertretenen zum beliebigen Abschluss von Darlehensverträgen gleich mit wem und in welcher Höhe bevollmächtigt.

Schließlich ist nicht dargetan, dass die Klägerin und ihr Ehemann bis zum Abschluss der Zwischenfinanzierung am 29./30.12.1992 von irgendeinem Vertreterhandeln der Geschäftsbesorgerin auch nur erfahren, geschweige denn ein solches über einen gewissen Zeitraum geduldet hätten. Vielmehr handelt es sich bei dem von der Geschäftsbesorgerin geschlossenen Zwischenfinanzierungsvertrag um das „Erstgeschäft“, dem kein tatsächliches Vertreterhandeln vorausgegangen war. Soweit die Revision geltend macht, die Klägerin und ihr Ehemann hätten jedenfalls bis zum Abschluss der Endfinanzierung am 1.12.1993 das Zwischenfinanzierungsdarlehen ordnungsgemäß bedient, worin ein tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Rechtsscheinhaftung liege, ist dies aus zwei Gründen unzutreffend: Zum einen verkennt die Revision, dass das Darlehen erst nach Abschluss der Endfinanzierung Anfang Dezember 1993 in Teilbeträgen zur Auszahlung gelangt und erst ab diesem Zeitpunkt bedient worden ist. Zum anderen betreffen die behaupteten Mitwirkungshandlungen der Eheleute lediglich die Zwischenfinanzierung und würden keineswegs einen rechtlich relevanten Rechtsschein begründen, die Klägerin und ihr Ehemann hätten sich elf Monate später bei dem Abschluss der Endfinanzierung, einem selbständigen Rechtsgeschäft, ebenfalls von der Geschäftsbesorgerin vertreten lassen wollen (vgl. Senatsurteil vom 25.3.2003, XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1066).

(2) Für eine Haftung der Klägerin und ihres Ehemannes aus wissentlich veranlasstem Rechtsschein kann auch nicht auf die der Beklagten von der Geschäftsbesorgerin übersandte „Notarbestätigung“ abgestellt werden. Diese Bestätigung über die Abgabe des notariellen Angebots auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages nebst Erteilung der Vollmacht ist inhaltlich weitgehend nichtssagend. Aus ihr ergeben sich weder die Person des Geschäftsbesorgers noch Umfang und Grenzen von dessen Bevollmächtigung, die im Geschäftsbesorgungsvertrag auf drei eng bedruckten Seiten ausführlich dargestellt sind. Damit kann eine „Notarbestätigung“ die Vorlage der beurkundeten Vollmacht in Ausfertigung nicht ersetzen. Dieses Ergebnis steht – entgegen nicht näher ausgeführten Behauptungen der Revision – nicht im Widerspruch zu der Entscheidung BGHZ 102, 60, 65, die einen anderen Lebenssachverhalt betraf und der eine vergleichbare „Notarbestätigung“ nicht zugrunde lag.

c) Die Ausführungen des Berufungsgerichts, die Darlehensverträge vom 1.12.1993 seien auch nicht durch eine Genehmigung der Klägerin (§ 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1 BGB) nachträglich wirksam geworden, sind ebenfalls nicht zu beanstanden. In Betracht kommt allenfalls eine Genehmigung durch konkludentes Verhalten, indem die Eheleute über mehrere Jahre hinweg Zins- und Tilgungsleistungen auf die Darlehen erbracht haben. Eine Genehmigung schwebend unwirksamer Geschäfte durch schlüssiges Verhalten setzt jedoch regelmäßig voraus, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und dass in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich zu machen (Senatsurteile vom 22.10.1996, XI ZR 249/95, WM 1996, 2230, 2232, vom 14.5.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1275, vom 29.4.2003, XI ZR 201/02, WM 2004, 21, 24, vom 16.9.2003, XI ZR 74/02, BKR 2003, 942, 944, und vom

2.12.2003, XI ZR 421/02, WM 2004, 373, 375). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor; alle Beteiligten gingen von der Wirksamkeit der erteilten Vollmacht und somit auch der Darlehensverträge aus.

Anders als die Revision meint, widerspricht die Rechtsprechung des erkennenden Senats zu den Voraussetzungen einer konkludenten Genehmigung nicht derjenigen anderer Senate des Bundesgerichtshofs. Aus der von der Revision zitierten Entscheidung des XII. Zivilsenats vom 15.1.2003, XII ZR 300/99, WM 2003, 1742, ergibt sich nicht, dass in jenem Fall dem ein Vertreterhandeln Genehmigenden der Mangel der Vertretungsmacht unbekannt gewesen wäre. Die von der Revision angeführte Entscheidung des VIII. Zivilsenats vom 8.10.1997, VIII ZR 373/96, WM 1998, 600, betrifft nicht die nachträgliche Genehmigung eines schwebend unwirksamen Vertrages, sondern die gesetzlich geregelte konkludente Zustimmung zu einem Mieterhöhungsverlangen gemäß § 10 Abs. 1 Hs. 2 MHG a. F., mithin einen anderen nicht vergleichbaren Sachverhalt.

d) Da die Darlehensverträge nach alledem unwirksam sind, steht der Klägerin gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung der rechtsgrundlos auf die Darlehensverträge erbrachten Leistungen in Höhe von 31.985,89 € zu. Die von der Beklagten ausgezahlte Darlehensvaluta ist nicht zu berücksichtigen, weil die Klägerin und ihr Ehemann diese niemals erhalten haben. Die Darlehen sind aufgrund der – unwirksamen – Anweisungen der Geschäftsbesorgerin nicht an die Klägerin, sondern letztlich an die Verkäuferin der Eigentumswohnung und an andere Beteiligte ausgezahlt worden. Nur diese Zuwendungsempfänger kann die Beklagte auf Rückerstattung der Darlehensvaluta in Anspruch nehmen (vgl. Senatsurteile BGHZ 147, 145, 150 f.; 152, 307, 311 f.; vom 14.5.2002, XI ZR 148/01, Umdruck S. 13, vom 3.2.2004, XI ZR 125/03, WM 2004, 671, 672, für BGHZ vorgesehen, und vom 30.3.2004, XI ZR 145/03, Umdruck S. 7).

3. Infolge der Unwirksamkeit der Darlehensverträge ist auch der Feststellungsantrag der Klägerin, aus diesen Verträgen zu keinen Leistungen verpflichtet zu sein, begründet.

3. BGB § 138; ZPO § 286 (*Verkehrswertermittlung und Sittenwidrigkeit*)

- a) **Ist die Ermittlung des Verkehrswerts eines Grundstücks im Wege des Vergleichsverfahrens möglich, kann die Sittenwidrigkeit des Kaufs nicht daraus hergeleitet werden, dass ein anders ermittelter Wert in einem (auffälligen oder besonders groben) Missverhältnis zum Kaufpreis stünde.**
- b) **Bei der Ermittlung des Verkehrswerts einer zur Vermietung bestimmten Eigentumswohnung ist das Gericht nicht auf eine bestimmte Methode (hier: Ertragswertmethode) festgelegt.**

BGH, Urteil vom 2.7.2004, V ZR 213/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger und seine Ehefrau kauften von der Beklagten eine Eigentumswohnung zum Preis von 174.665 DM. Mit der Behauptung, der Verkehrswert der Wohnung habe nur 75.000 DM betragen, hat der Kläger, zugleich aufgrund abgetretenen Rechts seiner Ehefrau, die Beklagte auf Befreiung von sämtlichen aus dem Kauf herrührenden Verbindlichkeiten, auf Zahlung von 38.926,28 DM und auf die Feststellung in Anspruch genommen, zum Ersatz künftigen Schadens

verpflichtet zu sein. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da die Ansprüche an das finanzierende Kreditinstitut, die H., abgetreten seien und eine sittenwidrige Überhöhung des Kaufpreises nicht vorliege. Im Berufungsrechtszug hat der Kläger zuletzt Zahlung von 32.909,50 € (Zins- und Tilgungsleistungen an die H. und Aufwendungen für den Erwerb des Wohnungseigentums unter Abzug von Mieteinnahmen) an sich, hilfsweise an die H. verlangt. Das Berufungsgericht hat dem Hilfsantrag in Höhe von 32.541,91 € Zug um Zug gegen Übertragung des Wohnungseigentums stattgegeben. Die übrigen Anträge hat es abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Aus den Gründen:

II.

Rechtlich nicht zu beanstanden ist der Ausgangspunkt des Berufungsurteils, wonach das Verleiten des Käufers zu einem wegen eines Äquivalenzmissverhältnisses nichtigen Geschäft (§ 138 Abs. 1 BGB) einen Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss begründen kann. Sind die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt, so begründet allerdings der Umstand, dass der Kauf ungünstig war, noch keinen Schadensersatzanspruch. Dieser ist vielmehr nur gegeben, wenn der Verkäufer sonst gegen vorvertragliche Pflichten, etwa durch unzutreffende Angaben oder das Verschweigen aufklärungspflichtiger Umstände, verstoßen hat. Von einer Sittenwidrigkeit des Kaufvertrags der Parteien kann nicht ausgegangen werden. Ob dem Kläger aus sonstigen Gründen ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss oder wegen Verletzung eines Beratungsvertrags (zuletzt Senat, Urt. v. 31.10.2003, V ZR 423/02, WM 2003, 2386, für BGHZ bestimmt) zusteht, hat das Berufungsgericht nach Zurückverweisung der Sache zu klären.

1. Zu Recht rügt die Revision, dass das Berufungsgericht die von dem Sachverständigen gewählte Wertermittlungsmethode gegen eine andere ausgetauscht hat, ohne, was hierzu Voraussetzung gewesen wäre, seine eigene Sachkunde auszuweisen, insbesondere einleuchtend und nachvollziehbar aufzuzeigen, dass seine abweichende Beurteilung nicht auf einem Mangel an Sachkunde beruht (BGH, Urt. v. 9.5.1989, VI ZR 268/88; v. 22.12.1992, III ZR 173/91; v. 21.1.1997, VI ZR 86/96; BGHR ZPO § 286 Abs. 1, Sachverständigenbeweis 4, 12 und 26). Der Hinweis des Berufungsgerichts auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bietet keine Grundlage für dessen Meinung, bei Wohnungseigentum, das, wovon im Streitfall auszugehen sei, der Kapitalanlage und der Steuerersparnis diene, komme ausschließlich die Ertragswertmethode in Frage. Die Auswahl der geeigneten Wertermittlungsmethode steht nach der Rechtsprechung, wenn das Gesetz nicht, wie in § 1376 Abs. 4 BGB (Wert eines landwirtschaftlichen Betriebs im Zugewinnausgleich), die Anwendung eines bestimmten Verfahrens anordnet, im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters (BGHZ 17, 236, 238; Urt. v. 26.4.1972, IV ZR 114/70, WM 1972, 687, 688; v. 25.10.1996, V ZR 212/95, WM 1997, 33 = NJW 1997, 129). In den vom Berufungsgericht herangezogenen Entscheidungen hat der Senat die Anwendung der Ertragswertmethode auf die dort zu beurteilenden, auf laufende Ertragszielung eingerichteten Objekte für unbedenklich erachtet (Urt. v. 25.10.1996, V ZR 212/95, a. a. O.; v. 12.1.2001, V ZR 420/99, WM 2001, 997 = NJW-RR 2001, 732, hier in Kombination mit dem Sachwertverfahren). Wie auch in anderen Fällen, in denen die Bemessung nach Vergleichswerten, Sachwerten oder dem Ertrag rechtlich zu keinen Beanstandungen geführt hat (Urt. v. 13.7.1970, VII ZR 189/68, NJW 1970, 2018; v. 6.4.1995, III ZR 27/94, NJW-RR 1995, 911, 912; Senat, Urt. v. 12.1.1996, V ZR 289/94, NJW

1996, 1204), hat der Bundesgerichtshof die Tatsacheninstanzen aber nicht auf eine bestimmte, etwa die in den verschiedenen Fällen angewandte, Wertermittlungsmethode festgelegt. Der Senat ist in der Entscheidung vom 12.1.2001 davon ausgegangen, dass die Wertermittlungsverordnung 1988 (WertV 1988) über die Zwecke des Baugesetzbuches hinaus allgemein anerkannte Grundsätze der Ermittlung des Verkehrswertes von Grundstücken enthalte. Die von der Wertermittlungsverordnung aufgegriffenen Ermittlungsmethoden sind nach der Wertung des Verordnungsgebers grundsätzlich gleichrangig (Amtl. Begründung zu § 6 WertV 88, BR-Drucks. 352/88, S. 43; Senatsurt. v. 15.6.1965, V ZR 24/63, BB 1965, 890; zum „Vorrang“ des Vergleichswertverfahrens aufgrund seiner Plausibilität vgl. BVerwG, Entscheidungssammlung zum Grundstücksmarkt und Grundstückswert, EzGuG, 20.38; zum Vorrang bei der steuerlichen Bewertung BFH, EzGuG, 20.99). Sie können unter Beachtung der Grundsätze eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens (§§ 1 ff. WertV 88) bei fachgerechter Erhebung der erforderlichen Daten (§§ 8 ff. WertV 88) einzeln oder kombiniert angewandt werden (§ 7 Abs. 1 WertV 88). Keine der Schätzmethoden verdrängt bei bestimmten Bewertungsgegenständen, etwa bei Renditeobjekten die Ertragswertmethode, von vornherein die anderen Ermittlungsverfahren. Die Methodenwahl ist nach der Art des Gegenstandes unter Berücksichtigung der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr bestehenden Gepflogenheiten und sonstiger Umstände des Einzelfalles zu treffen; sie ist zu begründen (§ 7 Abs. 2 WertV 88). Das von dem Sachverständigen in erster Linie herangezogene und als maßgeblich erachtete Vergleichswertverfahren (§§ 13 f. WertV 88) stellt von seinem Ausgangspunkt her die marktgerechteste Methode der Verkehrswertbestimmung dar (Simon/Kleiber, Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten, 7. Aufl., 1996, Rdnr. 1. 127; Zimmermann, Wertermittlungsverordnung 1988, § 13 Rdnr. 1 f.). Lässt sich eine aussagekräftige Menge von Vergleichspreisen verlässlich ermitteln, was bei bebauten Grundstücken je nach den Umständen allerdings auf Schwierigkeiten stoßen kann, wird die Vergleichswertmethode in der Literatur nicht nur als die „einfachste“, sondern auch als die „zuverlässigste“ Methode der Wertermittlung angesehen (Kleiber/Simon/Weyers, Verkehrswertmittlung von Grundstücken, 4. Aufl., 2002, Vorbem. zu §§ 13 f. WertV, Rdnr. 5 f.). Auf dem Markt des Wohnungseigentums steht die Vergleichswertmethode (mit) im Vordergrund, denn dieser Markt orientiert sich nahezu ausschließlich an Quadratmeterpreisen (€/m² Wohnfläche) und es besteht im Allgemeinen eine ausreichende Zahl von Vergleichspreisen (Kleiber/Simon/Weyers, a. a. O., Vorbem. zu §§ 13 f. WertV, Rdnr. 86; Sprengnetter, Grundstücksbewertung, Bd. VII Kap. 1: Die Bewertung von Wohnungs- und Teileigentum, 9/1/3/1, zur Ertragswertmethode 9/1/3/16). Dies gilt auch für vermietetes Eigentum, wobei in Fällen, in denen nach Lage und Ausstattung höherwertige Objekte wegen der Vermietung nicht zur Eigennutzung zur Verfügung stehen (Teilmarkt), Preisabschläge in Frage kommen. (...)

3. Mit einer Verkehrswertüberschreitung von 57,59 v. H. (56.667,74 € = 110.832,46 DM Verkehrswert, 174.665 DM Kaufpreis) bzw. bei Übernahme der Abrundung durch den Sachverständigen auf 55.000 € (= 107.570,65 DM) von 62,37 v. H. bleibt der Leistungsaustausch der Parteien außerhalb des Bereichs eines besonders groben Missverhältnisses, das der Senat erst bei einer Verzerrung um knapp das Doppelte bejaht (Urt. v. 8.11.1991, V ZR 260/90, NJW 1992, 899, 900; v. 4.2.2000, V ZR 146/98, NJW 2000, 1487, 1488). Allein aus dem Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung kann damit kein Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung der Beklagten gezogen werden. Allerdings besteht ein auffälliges

Missverhältnis, das im Zusammenhang mit weiteren Umständen die Sittenwidrigkeit begründen kann. Die vom Berufungsgericht herangezogenen Gesichtspunkte sind indessen für ein solches Urteil nicht geeignet. Über das Wertverhältnis hinausgehende, dem Käufer nachteilige rechtliche Bedingungen des Geschäfts hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Der Umstand, dass die Käufer den Kaufpreis voll finanzierten, macht das Geschäft nicht sittenwidrig. Das Erfordernis, ein weiteres Immobilienobjekt zu belasten, ist die Konsequenz einer nicht zu beanstandenden Praxis von Kreditinstituten, Beleihungsobergrenzen einzuhalten. Es macht sich bei einer Finanzierung ohne Eigenkapital verstärkt bemerkbar. Sollte sich, wofür sich das Berufungsgericht allerdings nicht auf das eingeholte Gutachten stützen könnte, an Ort und Stelle noch kein gefestigter Markt gebildet haben, ginge das jedenfalls nicht einseitig zu Lasten der Beklagten (vgl. Senatsurt. v. 4.2.2000, V ZR 146/98, WM 2000, 1107, 1109). Für eine unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB zu beanstandende Ausnutzung einer unübersichtlichen Marktsituation durch die Beklagte hat der Kläger nichts vorgetragen. Die Frage, ob die steuerlichen Wirkungen des Geschäfts mit Rücksicht auf die Erwerbsverhältnisse des Klägers und seiner berufstätigen Ehefrau zutreffend dargestellt wurden, stellt sich vornehmlich unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens der Beklagten bei Vertragsschluss oder der Verletzung eines zwischen den Parteien zustande gekommenen Beratungsvertrags. Zu den unter diesen Gesichtspunkten weiter zu treffenden Feststellungen wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

4. BGB §§ 133, 434, 435 (*Nichtbestehen des Grundstücks im Grundbuch als Rechtsmangel*)

1. **Bei einer falscha demonstratio gilt auch im Bereich beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte nicht das objektiv Erklärte, sondern das wirklich Gewollte, soweit das wirklich Gewollte im beurkundeten Vertrag wenigstens andeutungsweise zum Ausdruck gekommen ist und der Kaufgegenstand nach dem Inhalt des beurkundeten Vertrages zuverlässig zu identifizieren ist.**
2. **Besteht das nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien verkaufte Grundstück grundbuchmäßig so nicht, so leidet der Kaufgegenstand unter einem Rechtsmangel.**

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 2.7.2004, 24 U 205/03

Der Beklagte war Eigentümer eines mit einem sanierungsbedürftigen Doppelhaus bebauten Grundstücks. Er wurde mit den Klägern im Mai 1995 über den Verkauf der einen Doppelhaushälfte an sie einig; über den Verkauf der anderen Doppelhaushälfte wurde er im März 1996 mit anderen Kaufinteressenten einig. Die Verträge wurden am 18.5.1995 bzw. 28.3.1996 protokolliert.

Wie die Käufer nicht wussten, verlief die Grundstücksgrenze allerdings nicht durch die Mittelwand des Doppelhauses, sondern rechtswinklig zu ihr entlang des gesamten Gebäudes.

Die Kläger sanierten „ihre“ Doppelhaushälfte. Im Jahre 2000 verkauften sie sie weiter; nachdem die Käufer bemerkt hatten, dass das Grundstück in anderer Weise als von ihnen und den Klägern angenommen geteilt war, fochten sie den Kaufvertrag an und forderten von den Klägern Ausgleich sämtlicher Erwerbskosten. Der Kaufvertrag wurde rückabgewickelt, und die Kläger leisteten „ihren“ Käufern Schadensersatz.

Wegen des in diesem Zusammenhang entstandenen Aufwands wollen sie nunmehr Rückgriff beim Beklagten nehmen.

Aus den Gründen:

2. (...) Das angefochtene Urteil ist abzuändern. Die Kläger können vom Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, da der Kaufgegenstand zum Zeitpunkt des Eigentumsüberganges mit einem Rechtsmangel behaftet war (§§ 434, 440 Abs. 1, 325 BGB a. F.).

a) Der Beklagte war verpflichtet, den Klägern den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen sie geltend gemacht werden könnten (§ 434 BGB a. F.). Kaufgegenstand war die scheinbare Doppelhaushälfte mit den zugehörigen Grundstücksanteilen, wie er zum anderen Teil des Grundstückes durch die gedachte Linie durch die Mittelwand der Doppelhaushälfte begrenzt war. Denn hierüber, nicht etwa über den Erwerb des nach der wirklichen Grundbuchlage ganz anders zugeschnittenen Grundstückes, waren die Parteien einig.

b) Der Grundstückskaufvertrag war nicht unter dem Gesichtspunkt formunwirksam, dass das von den Parteien übereinstimmend Gewollte nicht beurkundet worden wäre (§§ 313, 125 BGB); der Vertrag war also nicht deshalb formunwirksam, weil das im notariellen Vertrag grundbuchmäßig bezeichnete (Teil-)Grundstück ein anderes war als das Grundstück, das nach den übereinstimmenden Willen der Parteien übereignet werden sollte.

Haben die Parteien den Vertragsgegenstand versehentlich falsch bezeichnet, sich unter diesem Gegenstand übereinstimmend etwas anderes vorgestellt, so gilt auch im Bereich beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte nicht das objektiv Erklärte, sondern das wirklich Gewollte, soweit das wirklich Gewollte im beurkundeten Vertrag wenigstens andeutungsweise zum Ausdruck gekommen ist und der Kaufgegenstand nach dem Inhalt des beurkundeten Vertrages zuverlässig zu identifizieren ist (zu diesem Aspekt vgl. BGHZ 74, 116; weitergehend OLG Karlsruhe, OLGR Karlsruhe 2002, 37).

Diese Voraussetzungen sind hier gegeben: Unter § 6 Abs. 6 des notariellen Vertrages ist „die andere Doppelhaushälfte“ ausdrücklich erwähnt, damit klargestellt, dass die Kläger „die eine Doppelhaushälfte“ erwerben sollten. Damit war auch die Grundstücksgrenze zu bestimmen: Für das Gebäude selbst zwingend vorgegeben durch die Mittelwand konnte aus der Sicht der Verkehrs gar kein Zweifel daran bestehen, dass sich die durch die Mittelwand vorgegebene Grenzlinie nach beiden Seiten bis zu den äußeren Grundstücksgrenzen in gerader Linie fortsetzen würde.

c) Das vermeintliche Doppelhaushälften-Grundstück war bis zu dem Zeitpunkt, als der notarielle Vertrag abschließend vollzogen wurde, zum Zeitpunkt der Eintragung des Übergangs des Eigentums (an einem anders geschnittenen Grundstück), mit Rechten belastet, die von Dritten gegen die Kläger würden geltend gemacht werden können. Denn in diesem Zeitpunkt war und über diesen Zeitpunkt hinaus blieb der Beklagte als Eigentümer eines Teils des vermeintlich übertragenen Grundstückes eingetragen; dies entsprach, da anders zugeschnittene Grundstücke flur- und grundbuchmäßig nicht existierten, der wirklichen Rechtslage.

Der Beklagte war „Dritter“ im Sinne des § 434 a. F. BGB. Zielt die gesetzliche Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen (§§ 434 a. F., 435 n. F.), nämlich darauf, die Käuferseite so zu stellen, dass sie nach Belieben über den Kaufgegenstand verfügen kann, ohne durch Rechte anderer beschränkt zu sein (*Palandt/Putzo*, BGB, 60. Aufl. 2001, § 434

Rdnr. 1, und 63. Aufl. 2004, § 435 Rdnr. 1), dann bedeutet dies, dass der Käuferseite schlicht uneingeschränktes von rechtlich begründeten Eingriffsmöglichkeiten anderer freies Eigentum verschafft werden muss. Mit dem für die Anwendung der §§ 434 a. F., 435 n. F. BGB maßgebenden Zeitpunkt der Eintragungen im Grundbuch wird der Verkäufer Dritter, nämlich ganz ebenso Außenstehender wie jeder andere Außenstehende auch; Verkauf bedeutet – umgekehrt ausgedrückt – die vollständige Aufgabe aller Rechte am verkauften Gegenstand.

d) Dass die Grundbuch- und damit die Eigentumslage zum Zeitpunkt der Eintragung und Monate später noch hätten korrigiert werden können, konnte den Rechtsmangel – entgegen der Ansicht des Beklagten – nicht beseitigen. Denn die Möglichkeit einer tatsächlichen oder rechtlichen Umgestaltung des Kaufgegenstandes ändert an seiner wirklichen tatsächlichen oder rechtlichen Gestalt nichts; eine bloße nicht verwirklichte Möglichkeit stellt die Käufer nicht besser.

f) Rechtsfolge ist die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 BGB a. F.). Der bei den Klägern entstandene Schaden ist typischer Rechtsmangelschaden; der Rechtsmangel führte dazu, dass die Kläger das Grundstück nicht so weiter übertragen konnten, wie es ihnen tatsächlich überlassen worden war und werden sollte, und wie sie es auch „ihren“ Käufern tatsächlich überlassen hatten und überlassen sollten. Sämtliche Aufwendungen, die in Zusammenhang mit dem Weiterverkauf des belasteten Doppelhaushälften-Grundstückes entstanden, wären nicht entstanden, wenn ihnen das Grundstück so wie geschuldet auch übereignet worden wäre.

5. GBO § 22 (Verwechslung von dienendem und herrschendem Grundstück)

Im Antragsverfahren auf Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 GBO ist demjenigen rechtliches Gehör zu gewähren, dessen grundbuchmäßiges Recht durch die berichtigende Eintragung beeinträchtigt werden kann. (Amtlicher Leitsatz)

Zu den Voraussetzungen, unter denen eine Verwechslung von dienendem und herrschendem Grundstück in der Eintragungsbewilligung eine Berichtigung des Grundbuchs rechtfertigt. (Leitsatz der Schriftleitung)

BayObLG, Beschluss vom 11.8.2004, 2Z BR 122/04; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Gründe:

I.

Der Beteiligte ist Eigentümer des Grundstücks Flst. 566. In der zweiten Abteilung ist eine Grunddienstbarkeit für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst. 569 eingetragen. In der notariellen Bewilligungsurkunde vom 28.6.1989, die durch Bezugnahme zum Inhalt des Grundbuchs wurde, wird der Inhalt des Rechts wie folgt beschrieben:

„Der Verkäufer ist auch Eigentümer des Grundstücks Flst. 569 ... Der Käufer räumt hiermit für sich und seine Rechtsnachfolger im Eigentum des Flst. 566 dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst. 569 für immerwährende Zeiten ein unentgeltliches Benützensrecht ein. Das Benützensrecht ist auf den im Lageplan grün eingezeichneten Pkw-Stellplatz beschränkt.

Die Einräumung erfolgt mit der Maßgabe, dass der Eigentümer von Flst. 566 verpflichtet ist zum Unterhalt des Stellplatzes, welcher auch teilweise auf Flst. 569 liegt.

Die vom Benützensrecht betroffene Fläche ist durch den Eigentümer von Flst. 566 vom Schnee freizuhalten, welcher vom Dach des Hauses auf Flst. 569 herrührt; ihn trifft auch die Sorgfaltspflicht hierfür und hat für Schäden daraus aufzukommen.

Der Eigentümer von Flst. 566 haftet weiter für alle etwaigen Sachbeschädigungen an der Hausmauer des Gebäudes auf Flst. 569.

Der Eigentümer des Flst. 569 ist außerdem berechtigt, auf dem Grundstück Flst. 566 zur Vornahme von Reparaturen an der Hausmauer des Hauses Nr. 183 jederzeit ein Gerüst aufzustellen, wobei jedoch die Reparaturen tunlichst schnell durchzuführen sind. Eventuelle Schäden an der Grundstücksoberfläche hat der Berechtigte auf seine Kosten zu beheben.

Diese Rechte werden hiermit als Grunddienstbarkeit an Flst. 566 zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Flst. 569 bestellt und die Eintragung im Grundbuch im Gleichrang mit ... bewilligt und beantragt.“

Der Beteiligte trägt vor, bei Abfassung der notariellen Urkunde sei ein Fehler unterlaufen. Gemeint und gewollt sei gewesen, dass der Verkäufer des Grundstücks Flst. 566 und Eigentümer des Grundstücks Flst. 569 an letzterem Grundstück eine Grunddienstbarkeit zugunsten des Käufers und neuen Eigentümers des Grundstücks Flst. 566 bestellt und nicht der neue Eigentümer des Grundstücks Flst. 566 an seinem Grundstück dem Eigentümer des Grundstücks Flst. 569 eine Grunddienstbarkeit einräumt.

Der Beteiligte hat beantragt, das Grundbuch zu berichtigen und am dienenden Grundstück Flst. 569 die Grunddienstbarkeit zugunsten des Grundstücks Flst. 566 einzutragen. Das Amtsgericht – Grundbuchamt – hat den Antrag durch Beschluss vom 2.3.2004 abgewiesen. Das Landgericht hat die mit dem Ziel der Löschung der Grunddienstbarkeit eingelegte Beschwerde des Beteiligten am 21.4.2004 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich dessen weitere Beschwerde.

II.

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Beschlüsse des Landgerichts und des Grundbuchamts.

1. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind aus formellen Gründen aufzuheben.

Im Antragsverfahren auf Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 GBO ist demjenigen rechtliches Gehör zu gewähren, dessen grundbuchmäßiges Recht durch die berichtigende Eintragung beeinträchtigt werden kann (*Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 22 Rdnr. 49 und § 1 Rdnr. 49 m. w. N.). Grundbuchamt und Landgericht hätten deshalb den Eigentümer des Grundstücks Flst. 569 am Verfahren beteiligen müssen.

2. Die Sache ist an das Amtsgericht – Grundbuchamt – zurückzuverweisen. Vom Rechtsbeschwerdegericht kann die unterbliebene Beteiligung hier nicht nachgeholt werden. Möglich ist auch eine Zurückverweisung an das Grundbuchamt (*Demharter*, § 80 Rdnr. 21).

3. Für das weitere Verfahren wird bemerkt:

a) Berichtigt nach § 22 GBO wird das Grundbuch durch Vornahme einer Eintragung. Diese kann auch, wie hier beantragt, in der Löschung einer vorhandenen Eintragung bestehen (*Demharter*, § 22 Rdnr. 2).

b) Eine unrichtige Bezeichnung der von den Beteiligten übereinstimmend gewollten dienenden und herrschenden Grundstücke im notariellen Vertrag ist zwar materiell-rechtlich insofern unschädlich, als sich die Einigung auf das in Wirklichkeit Gewollte bezieht (BGH, DNotZ 2001, 846; vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, 63. Aufl., § 925 Rdnr. 14; *Schöner/*

Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 875). Die durch Bezugnahme auf die notarielle Bewilligungsurkunde zum Inhalt des Grundbuchs gewordene unrichtige Bezeichnung der Grundstücke macht aber das Grundbuch unrichtig und ist deshalb nach § 22 GBO im Grundbuch des belasteten Grundstücks zu löschen. Auf dem Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks ist eine Grundbuchberichtigung nur veranlasst, wenn die Grunddienstbarkeit dort nach § 9 Abs. 1 GBO vermerkt ist.

c) Hier dürfte, vorbehaltlich eines anderen Ergebnisses aufgrund der vorzunehmenden Anhörung des Eigentümers des Grundstücks Flst. 569, der Fall einer unrichtigen Bezeichnung (*falsa demonstratio*) vorliegen.

(1) Bei der Auslegung einer Grundbucheintragung ist vorrangig auf deren Wortlaut und Sinn, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt, abzustellen. Umstände außerhalb der Eintragung und der in ihr in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Umständen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (BGHZ 113, 374/378). Die Erkennbarkeit für jedermann verlangt nicht Erkennbarkeit durch Einsicht ins Grundbuch und die Grundakten; vielmehr bezieht sie sich gerade auf andere Erkenntnismittel, wie etwa Feststellung des bestehenden Zustands im Zeitpunkt der Eintragung (BayObLG, DNotZ 1989, 568 f.).

(2) Das Benützungszustand ist nach der notariellen Bewilligungsurkunde auf den im Lageplan grün eingezeichneten Pkw-Stellplatz beschränkt. Die grün markierte Fläche liegt ausschließlich auf dem Grundstück Flst. 569. Der Käufer des Grundstücks Flst. 566 kann aber nicht an der grün markierten Fläche, die auf einem für ihn fremden Grundstück liegt, nämlich dem Grundstück Flst. 569, eine Grunddienstbarkeit einräumen, wie es dem Wortlaut nach in der notariellen Urkunde verlautbart wird.

Der Stellplatz liegt zwar nach dem Inhalt der notariellen Urkunde auf beiden Grundstücken; die Bestellung der Grunddienstbarkeit ist aber auf das Grundstück Flst. 569 beschränkt. Dies ist auch zutreffend, da zur Benützung des Teils des Stellplatzes, der auf dem eigenen Grundstück Flst. 566 liegt, der Eigentümer dieses Grundstücks keine Grunddienstbarkeit benötigt.

(3) In der Urkunde heißt es ferner, dass die vom Benützungszustand betroffene Fläche durch den Eigentümer von Flst. 566 vom Schnee freizuhalten ist, welcher vom Dach des Hauses auf Flst. 569 herrührt. Würde das Benützungszustand dem Eigentümer des Grundstücks Flst. 569 am Nachbargrundstück Flst. 566 zustehen, ergäbe die Vereinbarung keinen Sinn.

(4) Weiter ist vereinbart, dass der Eigentümer des Grundstücks Flst. 566 für alle etwaigen Sachbeschädigungen an der Hausmauer des Gebäudes auf dem Grundstück Flst. 569 haftet. Eine solche Haftung ergibt aber nur dann einen Sinn, wenn die Beschädigung von einem anderen als dem Eigentümer des Grundstücks selbst herbeigeführt wird.

6. GBO § 19 (Auslegung einer Pfandfreigabe vor Vermessung) Zur Auslegung einer Pfandfreigabe vor Erstellung eines Veränderungsnachweises.

BayObLG, Beschluss vom 9.9.2004, 2Z BR 107/04; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Gründe:

I.

Die Beteiligten sind im Grundbuch als Eigentümer von Stellplatzgrundstücken eingetragen. Die Beteiligten beabsichtigen, auf diesen Stellplatzgrundstücken Garagen zu errichten. Das Vorhaben soll nach der notariellen Urkunde vom 31.7.2001 in der Weise durchgeführt werden, dass die Stellplatzgrundstücke einer BGB-Gesellschaft übertragen werden, eines dieser Grundstücke auf sämtliche Eigentümer der übrigen Stellplatzgrundstücke aufgeteilt wird, eine Neuvermessung vorgenommen und die neuen Grundstücke den Beteiligten übertragen werden.

Die Grundstücke sind in der Zwischenzeit neu vermessen worden. Aufgrund des Veränderungsnachweises vom 21.12.2001 ergibt sich als Neubestand, dass die bisher jeweils 16 m² großen Grundstücksstellflächen nunmehr in acht Fällen eine Größe von jeweils 17 m² und in vier Fällen eine Größe von jeweils 18 m² haben. Die Zerlegung und Verschmelzung der Grundstücke wurde in der Weise vorgenommen, dass bei zwei Grundstücken jeweils 1 m² zugeschlagen wurde, während bei den übrigen Grundstücken in unterschiedlichem Umfang Flächen abgetrennt und anderen Grundstücken hinzugefügt wurden.

In Abschnitt VI der notariellen Urkunde vom 31.7.2001 heißt es:

„Zu dieser Urkunde sind die Zustimmungen der Berechtigten der verschiedenen im Grundbuch eingetragenen Belastungen erforderlich. Die Gesellschafter sind jeweils zur Lastenfreistellung des veräußerten Grundbesitzes verpflichtet.

Der amtierende Notar wird ermächtigt, die Zustimmungen einzuholen und entgegenzunehmen.

Der jeweilige Berechtigte gibt die veräußerte Stellplatzfläche von den für ihn eingetragenen Rechten frei und bewilligt und beantragt die lastenfreie Abschreibung im Grundbuch unter der Voraussetzung, dass Zug um Zug die erworbene Garagenfläche diesen Rechten im bestehenden Rangverhältnis als weiteres Pfand unterstellt wird.“

Nach der Behauptung der Beteiligten haben alle Gläubiger der Pfandfreigabe durch Genehmigung der Urkunde vom 31.7.2001 zugestimmt.

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Vollzug der Urkunde vom 31.7.2001, soweit es für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Bedeutung ist, mit Zwischenverfügung vom 30.7.2002 wie folgt beanstandet:

Nur aufgrund ausdrücklicher Pfandfreigabe durch die jeweilige Bank könne das Garagengrundstück von der BGB-Gesellschaft wieder auf die neuen Eigentümer übertragen werden. Die neu vermessenen Grundstücke seien mit den auf die BGB-Gesellschaft übertragenen Grundstücken nicht identisch. Eine Zustimmung der Gläubiger zur Urkunde vom 31.7.2001 reiche somit nicht aus.

Die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht mit Beschluss vom 5.4.2004 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

II.

Das Rechtsmittel ist begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Banken hätten lediglich ihre Zustimmung dazu gegeben, dass die Fläche eines Stellplatzes auf sämtliche Eigentümer der verbleibenden Stellplätze aufgeteilt werde. Eine Zustimmung fehle aber dazu, dass die Grundstücksgrenzen der übrigen Grundstücke durch Abtrennung von Grundstücksteilen und Hinzufügung anderer Teile verschoben würden.

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

a) Bei der Auslegung von Grundbucheklärungen, und damit auch von Pfandfreigabeerklärungen, ist auf deren Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Die Auslegung muss im Hinblick auf die Anforderungen des Grundbuchverkehrs an Klarheit und Bestimmtheit des objektiven Inhalts einer Grundbucheklärung zu einem dieser Bestimmtheit entsprechenden eindeutigen Ergebnis führen (BayObLGZ 1986, 327/329 f.).

b) Die Pfandfreigabe in der notariellen Urkunde vom 31.7.2001 bezieht sich auf die „veräußerten“ Stellplatzflächen. Trotz des Bestimmtheitsgebots von Grundbucheklärungen ist die in der Urkunde vom 31.7.2001 enthaltene Freigabeerklärung der Auslegung zugänglich. Diese ergibt, dass sich die Pfandfreigabe auf alle Grundstücke bezieht, die von der unter II. der notariellen Urkunde vom 31.7.2001 festgehaltenen Absicht betroffen sind, auf den Stellplatzflächen Garagen zu errichten.

Werden Pfandfreigaben (wie hier und üblich) vor Erstellung des Veränderungsnachweises eingeholt, muss sich aus der Freigabebewilligung ergeben, dass sie sich auch auf die aufgrund des Veränderungsnachweises ergebende Teilfläche bezieht; hinsichtlich der genauen Beschreibung dieser Teilfläche genügt eine Bezugnahme auf den Kaufvertrag. Zulässig ist aber auch eine Freigabe der aufgrund des aufzustellenden Veränderungsnachweises sich ergebenden Teilfläche (BayObLGZ 1986, 327/330; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 887).

Hier ergibt sich die genaue Bestimmung der Grundstücke, auf die sich die Freigabe bezieht, aus folgenden Umständen: Die Gläubiger haben der notariellen Urkunde vom 31.7.2001 insgesamt zugestimmt. Die Gläubiger wussten somit, dass die Fläche eines Stellplatzes rechnerisch auf die übrigen Stellplätze aufgeteilt würde und dazu eine Neuvermessung der Stellplätze erforderlich ist. Die Gläubiger wussten ferner, dass die neuen Teilflächen größer als die alten sind. Ob den Gläubigern außerdem bewusst war, dass die katastermäßige Neubildung der von der BGB-Gesellschaft auf die Eigentümer zu übertragenden Grundstücke durch Zerlegung und Verschmelzung der ursprünglichen Grundstücke vorgenommen würde, ist unerheblich. Dies ergibt sich schon daraus, dass durch diesen Vorgang eine Wertminderung der jeweiligen Haftungsobjekte, also der Stellplatzgrundstücke, nicht eingetreten ist (vgl. BayObLGZ 2003, 202). Für die Gläubiger ist es somit ohne Interesse, auf welche katastermäßige Weise die Veränderung vorgenommen wurde, um das in der Urkunde vom 31.7.2001 umschriebene Ziel der Errichtung von Garagen auf den Stellplätzen zu erreichen.

7. BGB § 1004; WEG §§ 10 Abs. 2, 14 Nr. 1, 43 Abs. 1 Nr. 1, 45 Abs. 1; FGG §§ 22, 27, 29 (*Bestimmtheitsgrundsatz bei skizzenhaftem Lageplan*)

Nimmt die Teilungserklärung auf einen Lageplan Bezug, so verlangt der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz jedenfalls eine Skizze, in der die Grenzen der betroffenen Fläche so deutlich gekennzeichnet sind, dass im Streitfall die Grenzen in der Natur durch Vermessung festgelegt werden können. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 20.4.2004, 5 W 208/04-50

Der Antragsteller zu 1 und die Antragsgegner sind Gründungsmitglieder, die Antragsteller zu 2 und 3 weitere Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Das gesamte Anwesen besteht aus drei durch Brandmauern getrennten Gebäuden, die jeweils Sondereigentum der Antragsteller zu 2 und 3 (Haus A), des Antragstellers zu 1 (Haus B) und der Antragsgegner (Haus C) sind. Durch die Teilungserklärung vom 7.4.1987 sind den jeweiligen Eigentümern Sondernutzungsrechte an den Grundstücksflächen zugewiesen worden, die die in ihrem Sondereigentum stehenden Gebäude umgeben und die in einem der Teilungserklärung beigefügten Ergänzungsplan mit 1 (betr. Haus A), 2 (betr. Haus B) und 3 (betr. Haus C) gekennzeichnet sind. Die Sondernutzungsrechte sind als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen.

Die Antragsgegner errichteten 1988 auf der Fläche zwischen ihrem Sondereigentum und der Grundstücksgrenze eine Hecke, deren geringster Abstand zum Nachbargrundstück 1,85 m bzw. 2,00 m beträgt und an die sich im weiteren Verlauf parallel zur Grundstücksgrenze eine Betonmauer anschließt. Die zwischen Hecke bzw. Mauer einerseits und der Grenze zum Nachbargrundstück andererseits verbleibende Grundstücksfläche stellt die einzige Zufahrt zu drei Kfz-Stellplätzen dar, an denen durch die Teilungserklärung ebenfalls im Grundbuch eingetragene Sondernutzungsrechte für die jeweiligen Sondereigentümer der drei Häuser begründet worden sind. Im Juni 1989 schlossen der Antragsteller zu 1, die Antragsgegner und die Rechtsvorgänger der Antragsteller zu 2 und 3 eine Nutzungsvereinbarung mit den damaligen Eigentümern des Nachbargrundstücks, durch die diese den Wohnungseigentümern unter Vorbehalt eines Kündigungsrechtes die vordere linke Ecke ihres Grundstücks (ca. 2 m²) zur Ab- und Zufahrt zur Verfügung stellten. Im April 2001 wurde die weitere Nutzung des Nachbargrundstücks von dessen jetziger Eigentümerin untersagt.

Die Antragsteller haben behauptet, die Antragsgegner hätten durch die Hecke die Zufahrt zu den Stellplätzen derart verengt, dass eine Zufahrt ohne die Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks nicht möglich sei. Die Antragsgegner haben behauptet, Hecke und Mauer seien auf dem Teil des Grundstücks errichtet, an welchem ihnen ein Sondernutzungsrecht eingeräumt worden sei.

Das Amtsgericht hat nach Einholung eines Sachverständigenutachtens den auf Rückverlegung der Heckenanlage in Richtung auf das Sondereigentum der Antragsgegner gerichteten Antrag zurückgewiesen. Auf die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde hat das Landgericht die Antragsgegner als Gesamtschuldner verpflichtet, die von ihnen in oder an der Zufahrt zu den Stellplätzen errichtete Heckenanlage zu beseitigen, soweit diese in den Bereich der Pkw-Zufahrt hineinrage, deren Lage und Ausmaß das Landgericht durch einen dem Beschluss beigefügten Lageplan gekennzeichnet hat. Zur Begründung ist ausgeführt: Den Antragstellern stehe ein Beseitigungsanspruch aus §§ 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB, 14 Nr. 1 WEG zu. Die Hecke beeinträchtige das gemeinschaftliche Eigentum der Parteien. Nach dem Willen der ursprünglichen Wohnungseigentümer sei der Grundstücksstreifen zwischen der Sondernutzungsfläche Nr. 3 und der Grundstücksgrenze als Zufahrt zu den Kfz-Stellplätzen gedacht gewesen. Diesen Zweck könne der Grundstücksstreifen nur erfüllen, wenn er die für das Befahren mit einem Pkw erforderliche Breite aufweise. Der vom Amtsgericht beauftragte Sachverständige P. habe ermittelt, dass der der Teilungserklärung beigefügte Ergänzungsplan hinsichtlich des Abstandes zum Nachbargrundstück nicht maßstabgerecht sei, sondern der Abstand zwischen der Sondernutzungsfläche Nr. 3 und der Grundstücksgrenze geringer sei als eingezeichnet. Zwar entspreche der Abstand zwischen der im Ergänzungsplan eingezeichneten äußeren Grenze der Sondernutzungsfläche Nr. 3 und Haus C dem tatsächlichen Abstand zwischen der Hecke und Haus C. Die zwischen Hecke und Nachbargrundstück verbliebene Grundstücksbreite von 1,85 m bzw. 2,00 m sei aber so eng, dass die beabsichtigte Zufahrt mit Personenkraftwagen zu den Stellplätzen ohne Überfahren des Nachbargrundstücks nicht möglich sei. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die an der Teilungserklärung beteiligten Wohnungseigentümer dies gewollt hätten. Deshalb könne sich die das Gemeinschaftseigentum störende Hecke nicht auf der Grundstücksteilfläche befinden, die im Sondernutzungsrecht der Antragsgegner stehe, sondern müsse auf sondernutzungsfreiem Gemeinschaftseigentum errichtet sein. Das Beseitigungsbegehren der Antragsteller belaste die Antragsgegner nicht unzumutbar. Ihre Befürchtung, nach der Verbreiterung der Zufahrt nicht mehr auf ihrer sondergenutzten Fläche an der zur Zufahrt hin gelegenen Ecke des Hauses C vorbeizufahren, sei nicht begründet.

gehen zu können, sei nicht gerechtfertigt, weil der verbleibende Abstand der Hausecke zur Durchfahrt noch 70 cm betrage. Dagegen sei für die Zufahrt eine Durchfahrtsbreite von mindestens 2,45 m erforderlich, weil zum Erreichen der Abstellplätze eine Kurvenfahrt durchgeführt werden müsse.

Gegen diesen Beschluss wenden sich die Antragsgegner mit ihrer sofortigen weiteren Beschwerde. Sie machen geltend, die Hecke stehe auf der Fläche, an der ihnen durch die Teilungserklärung ein Sondernutzungsrecht eingeräumt worden sei. Selbst wenn ein Sondernutzungsrecht mit dinglicher Wirkung nicht begründet worden sei, sei durch langjährige einverständliche Übung ein schuldrechtliches Sondernutzungsrecht der Antragsgegner vereinbart worden dadurch, dass bereits im Jahr 1988 im Einvernehmen sämtlicher damaliger Wohnungseigentümer eine von den Antragsgegnern allein zu nutzende Fläche des Grundstücks abgegrenzt worden sei. Schließlich habe das Landgericht den von ihm angestrebten Interessenausgleich zwischen dem Sondernutzungsrecht der Antragsgegner und dem Zufahrtsinteresse der Antragsteller nicht sachgerecht vorgenommen: Die Antragsgegner zögen es vor, zur Vermeidung der stärkeren Annäherung der Zufahrt an ihre Hausecke einen Teil ihres Sitzplatzes zu verlieren. Der deshalb von ihnen unterbreitete alternative Lösungsvorschlag für die Zufahrt sei den Antragstellern zumutbar und vom Landgericht mit dem Hinweis auf eine noch stärkere Krümmung und eine nicht unerhebliche Erschwerung der Zufahrt grundlos zurückgewiesen worden. Im Übrigen seien die Antragsgegner nicht Störer und könnten deshalb nicht zu den gesamten entstehenden Kosten herangezogen werden.

Aus den Gründen:

II. Die gemäß §§ 45 Abs. 1 WEG, §§ 27, 29, 22 FGG zulässige sofortige weitere Beschwerde ist nicht begründet. Der angefochtene Beschluss des Landgerichts beruht – jedenfalls im Ergebnis – nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 27 Abs. 1 FGG). Den Antragstellern steht gemäß § 14 Nr. 1 WEG in Verbindung mit § 1004 BGB ein Anspruch auf Beseitigung der Hecke in dem vom Landgericht näher bestimmten Zufahrtsbereich zu.

1. Die Hecke beeinträchtigt die Antragsteller in ihrem Recht auf Mitgebrauch derjenigen Grundstücksfläche, die für eine ordnungsgemäße Zufahrt benötigt wird. Sie ist auf gemeinschaftlichem Eigentum errichtet, an dem den Antragsgegnern ein gegenüber allen Antragstellern wirkendes Sondernutzungsrecht nicht zusteht.

a. Für die Bestimmung der Grenzen derjenigen Grundstücksfläche, an denen den Antragsgegnern durch die Teilungserklärung und die Eintragung im Grundbuch ein Sondernutzungsrecht mit dinglicher Wirkung auch gegenüber Sonderrechtsnachfolgern (§ 10 Abs. 2 WEG) eingeräumt worden ist, kommt es allerdings entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht darauf an, was die Begründer des Wohnungseigentums mit der Teilungserklärung beabsichtigt haben, soweit dies in der Urkunde, d. h. in der Eintragungsbewilligung in Nr. III der Teilungserklärung, und in der auf die Eintragungsbewilligung Bezug nehmenden (§ 7 Abs. 3 WEG) Eintragung im Grundbuch keinen Niederschlag gefunden hat. Nach Nr. III Buchst. b der Teilungserklärung sind die Sondernutzungsrechte der Parteien zum Inhalt des Sondereigentums gemacht worden (§ 5 Abs. 4 WEG) und in das Grundbuch eingetragen (§ 10 Abs. 2 WEG). Gegenstand und Inhalt des Wohnungseigentums der Antragsgegner einschließlich ihres Sondernutzungsrechts ergeben sich damit aus der Eintragung im Grundbuch. Grundbucheintragungen sind ausschließlich objektiv auszulegen, weshalb der Senat sie als Rechtsbeschwerdiger selbstständig auslegen kann. Abzustellen ist allein auf den Wortlaut und Sinn der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung, wie sie sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen

ergeben. Umstände außerhalb dieser Urkunde dürfen zur Ermittlung von Inhalt und Umfang eines Grundstücksrechts nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind. Darauf, was der Bewilligende gewollt hat, kommt es nicht an (BGHZ 130, 159, 166; 113, 374, 378; BayObLG, WE 2001, 71, 72; OLG Hamm, WE 2000, 126, 127 f.).

Der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz verlangt, dass die Eintragungsbewilligung (als Grundlage des Eintragungsvermerks und – infolge der Bezugnahme – als Teil der Eintragung) klar und eindeutig bezeichnet, an welcher Fläche das Sondernutzungsrecht bestehen soll. Den Anforderungen kann wahlweise durch eine Beschreibung der Fläche in der Teilungserklärung oder durch Bezugnahme auf einen Lageplan, der nicht zwingend Teil des Aufteilungsplans sein muss, Rechnung getragen werden. Es genügt, dass die Sondernutzungsfläche bestimmbar ist (OLG Hamm, WE 2000, 126, 128; OLG Frankfurt, NJW-RR 1996, 1168, 1169; BayObLG, Rpfleger 1994, 294; Rpfleger 1989, 194). Jedoch erfordert die Bestimmbarkeit jedenfalls eine Skizze, in der die Grenzen der betroffenen Fläche so deutlich gekennzeichnet sind, dass im Streitfall die Grenzen in der Natur durch Vermessung festgelegt werden können (*Schreiber*, Rpfleger, 1998, 9, 15). Entspricht die Bezeichnung diesen Anforderungen nicht, ist ein dinglich wirkendes Sondernutzungsrecht nicht wirksam entstanden (OLG Hamm, WE 2000, 126, 128; BayObLG, Rpfleger 1994, 294, 295).

So liegen die Dinge hier. Zur näheren Bestimmung der Sondernutzungsrechte der Parteien ist in der Teilungserklärung auf den beigelegten sog. Ergänzungsplan Bezug genommen. Dabei handelt es sich um eine bloße Skizze, in der die die Häuser A, B und C umgebenden Sondernutzungsflächen Nr. 1, 2 und 3 durch Linien gekennzeichnet sind, die aber keinerlei Maßangaben – weder einen Maßstab noch Entfernungsangaben noch Flächenmaße – enthält. Eine solche Skizze mag zur Bestimmung der Flächen, an denen Sondernutzungsrechte begründet werden sollen, unter Umständen genügen, wenn sie sowohl hinsichtlich der Grundstücksgrenzen als auch hinsichtlich der überbauten Fläche maßstabgerecht ist und lediglich den Maßstab nicht mitteilt, dieser sich aber durch Vermessung ermitteln lässt. Unter diesen Voraussetzungen kann durch eine Vermessung auch der Verlauf der eingezeichneten Grenzen von Sondernutzungsflächen eindeutig bestimmt werden. Dasselbe gilt, wenn die Grenzen der Sondernutzungsflächen in der Skizze anhand von Merkmalen in der Natur gekennzeichnet sind, die auch ohne maßstabgerechte Zeichnung eindeutig sind. An einer solchen eindeutigen Zuordnungsmöglichkeit fehlt es hier indes. In dem Ergänzungsplan hat ein Teil der eingezeichneten Grenze der Sondernutzungsfläche 3 (ebenso wie derjenigen der Sondernutzungsfläche 2) einen frei gewählten Verlauf zwischen Haus und Grundstücksgrenze, der nicht durch Merkmale in der Natur bestimmt ist. Außerdem gibt die Skizze nach den Feststellungen des Landgerichts den Verlauf der Grundstücksgrenze zwischen dem Sondereigentum der Antragsgegner (Haus C) und dem Nachbargrundstück falsch wieder mit der Folge, dass der Abstand zwischen der Grundstücksgrenze und Haus C tatsächlich geringer ist als in der Skizze. Damit ist – selbst wenn die Skizze von diesem Fehler abgesehen maßstabgerecht sein sollte – völlig unklar, ob für die Begrenzung der Sondernutzungsfläche 3 der eingezeichnete Abstand zum Haus oder der eingezeichnete Abstand zur Grundstücksgrenze maßgeblich ist. Dass es auf den Abstand zur Grundstücksgrenze ankommt, ergibt sich auch nicht daraus, dass dieser Teil des Grundstücks die – einzige – Zufahrt zu den

drei Stellplätzen bildet. Denn auch diese Zweckbestimmung lässt verschiedene Möglichkeiten für eine Abgrenzung der Sondernutzungsfläche 3 von der Zufahrt offen. Da mithin die Fläche, an der das Sondernutzungsrecht 3 bestehen soll, aufgrund der Eintragungsbewilligung und des darin in Bezug genommenen Ergänzungsplans weder bestimmt noch auch nur eindeutig bestimmbar ist, ist das Sondernutzungsrecht 3 nicht mit dinglicher Wirkung entstanden. Ob wegen der genannten technischen Defizite des Ergänzungsplans das Gleiche auch für die Sondernutzungsrechte 1 und 2 gilt, bedarf für den vorliegenden Rechtsstreit keiner Entscheidung.

b. Offenbleiben kann auch, ob durch die Teilungserklärung oder durch das von den Antragsgegnern behauptete Einverständnis der ursprünglichen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft mit der Errichtung der Hecke zumindest eine schuldrechtlich wirkende Vereinbarung über den Abschluss des Mitbenutzungsrechtes der anderen Wohnungseigentümer an der das Sondereigentum der Antragsgegner umgebenden Grundstücksfläche bis zur Hecke getroffen worden ist (vgl. BGH, B. v. 13.9.2000, V ZB 14/00, MDR 2001, 80). Denn eine solche Vereinbarung würde wegen § 10 Abs. 2 WEG jedenfalls nicht die Antragsteller zu 2 und 3 binden, die erst später durch Sonderrechtsnachfolge in die Wohnungseigentümergeinschaft eingetreten sind (vgl. OLG Köln, MDR 2001, 1404). Dass sie die Bindung an ein Sondernutzungsrecht der Antragsgegner durch Vereinbarung mit dem Voreigentümer ihres Sondereigentums oder durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung mit den Antragsgegnern – in Kenntnis der Tatsache, dass die verbliebene Grundstücksfläche als Zufahrt zu schmal ist – übernommen hätten, machen diese selbst nicht geltend.

2. Die Antragsteller sind nicht gemäß § 1004 Abs. 2 BGB zur Duldung der von der Hecke ausgehenden Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Eigentums verpflichtet, weil den Antragsgegnern auch ein Anspruch auf Einräumung eines Sondernutzungsrechtes an dem Teil des Grundstücks, der für eine ordnungsgemäße Zufahrt benötigt wird, nicht zusteht. Es spricht allerdings viel dafür, dass die Antragsgegner von den Antragstellern eine Änderung bzw. Ergänzung der Teilungserklärung in der Weise verlangen können, dass ihnen ein – dinglich wirkendes – Sondernutzungsrecht an der ihr Sondereigentum umgebenden Grundstücksfläche eingeräumt wird, das der im Ergänzungsplan eingezeichneten Fläche möglichst nahe kommt. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein Miteigentümer ausnahmsweise verpflichtet ist, einer Änderung der Teilungserklärung zuzustimmen, wenn außergewöhnliche Umstände ein Festhalten an der Teilungserklärung als grob unbillig und damit gegen Treu und Glauben verstößend erscheinen lassen (BGH v. 13.7.1995, V ZB 6/94, NJW 1995, 2791, 2793 m. w. N.). Für die Bejahung dieser Voraussetzungen ist allerdings ein strenger Maßstab anzulegen, weil Versuchen entgegen getreten werden muss, die die Wohnungseigentümer bindenden Regelungen der Teilungserklärung vor schnell unter Billigkeitsgesichtspunkten beiseite zu schieben. Diese engen Voraussetzungen können aber insbesondere dann vorliegen, wenn die in der Teilungserklärung getroffene Regelung sich von Anfang an als verfehlt oder unzweckmäßig erweist (OLG Hamm, WE 2000, 126, 128; OLG Köln, NZM 1998, 484, 485; BayObLG, NJW-RR 1992, 342; KG, NJW-RR 1991, 1169).

Das ist hier der Fall. Die Teilungserklärung zielte ersichtlich darauf, den jeweiligen Sondereigentümern der drei Gebäude unter Ausschluss der Miteigentümer möglichst weitgehende ausschließliche Nutzungsrechte an den einzelnen Häusern zu gewähren und ihnen darüber hinaus Sondernutzungsrechte an

der die Häuser umgebenden Grundstücksfläche einzuräumen. Dem gemeinschaftlichen Gebrauch sollte nach dem Ergänzungsplan nur die Zufahrt zu den Stellplätzen und der rückwärtige Teil des Grundstücks dienen, der sich an die Stellplätze anschließt. Dieses Ziel ist lediglich deshalb verfehlt worden, weil seine technische Umsetzung durch den Ergänzungsplan nicht korrekt durchgeführt worden ist, indem die Bauherren bzw. der die Teilungserklärung beurkundende Notar es versäumt haben, den Ergänzungsplan für die Abgrenzung der Sondernutzungsfläche 3 von der Zufahrt hinreichend bestimmt auszugestalten. Tatsächlich sind von allen Wohnungseigentümern, auch soweit sie an der Teilungserklärung nicht mitgewirkt haben, während der gesamten Dauer der Wohnungseigentümergeinschaft die ihr jeweilige Sondereigentum umgebenden Flächen in einer Größenordnung, die jedenfalls in etwa dem Ergänzungsplan entspricht, einvernehmlich unter Ausschluss der übrigen Miteigentümer genutzt worden. Den Antragstellern wird deshalb nichts Unzumutbares abverlangt, wenn sie an der wirksamen Begründung eines dinglich wirkenden Sondernutzungsrechtes für die Sondereigentümer des Hauses C mitwirken müssen. Entsprechendes gilt jeweils für die anderen Miteigentümer zugunsten der übrigen Sondereigentümer.

Ein Anspruch der Antragsgegner auf Änderung bzw. Ergänzung der Teilungserklärung mit dem Ziel einer nachträglichen wirksamen Begründung eines Sondernutzungsrechtes an der Haus C umgebenden Grundstücksfläche könnte der Berufung der Antragsteller darauf, dass das Sondernutzungsrecht 3 nicht wirksam begründet worden und die Hecke im Zufahrtsbereich deshalb zu entfernen ist, aber allenfalls dann entgegenstehen (vgl. OLG Hamm, WE 2000, 126, 129), wenn den Antragsgegnern ein Anspruch auf Einräumung eines Sondernutzungsrechtes auch in dem Bereich zustünde, den das Landgericht als Zufahrt bestimmt hat. Ein solcher Anspruch besteht nicht. Die wirksame Begründung des Sondernutzungsrechtes 3 durch Änderung bzw. Ergänzung der Teilungserklärung setzt voraus, dass sich die Beteiligten im Wege einer Vereinbarung nunmehr über eine konkrete Grenzziehung zwischen der Sondernutzungsfläche 3 und der beabsichtigten Zufahrt zu den Pkw-Stellplätzen einigen. Eine solche Einigung ist angesichts der in diesem Rechtsstreit geäußerten divergierenden Vorstellungen der Parteien über die Ausgestaltung der Zufahrt nicht zu erwarten. Es bedürfte also gegebenenfalls einer richterlichen Entscheidung gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG, weil der Anspruch auf Änderung der Teilungserklärung aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer resultiert (vgl. zur Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG und des Prozessgerichts Senatsurteil vom 12.2.1998, 5 W 370/97, 121, NJW-RR 1998, 1165). Maßstab für eine solche Entscheidung kann nur ein nach billigem Ermessen vorzunehmender Ausgleich zwischen dem Interesse der Antragsteller auf ungehinderte Zufahrt zu den Stellplätzen und dem Interesse der Antragsgegner an einer weitgehenden Erhaltung des tatsächlichen Zustandes sein, der sich an dem im Ergänzungsplan eingezeichneten Abstand zwischen Haus C und äußerer Grenze der Sondernutzungsfläche 3 orientiert. An diesem Maßstab ist die im Rahmen des angefochtenen Beschlusses getroffene Bestimmung des Zufahrtsbereichs ausgerichtet. Dabei ist das Ergebnis des vom Landgericht durchgeführten Interessenausgleichs aus Rechtsgründen – nur solche können mit der Rechtsbeschwerde geltend gemacht werden – nicht zu beanstanden. Dass die Antragsgegner eine starke Annäherung der Grenze an ihre Hausecke und damit an ihr mit einer Glaswand versehenes Wohnzimmer hinnehmen müssen, hat das Landgericht angesichts des verbleibenden Abstandes von

70 cm zu Recht als zumutbar angesehen. Die angefochtene Entscheidung ist nicht allein deshalb rechtsfehlerhaft, weil die Antragsgegner eine andere Führung der Zufahrt bevorzugen würden, selbst wenn diese ihrerseits den Antragstellern zumutbar sein sollte.

8. BGB §§ 288, 1115, 1118 (*Eintragungsfähigkeit einer Hypothek mit auf Basiszinssatz Bezug nehmender Zinsklausel*)

Bei einer Hypothek kann die Vereinbarung eingetragen werden, dass die Hypothek mit dem gesetzlichen Verzugszins gem. § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB zu verzinsen ist. Die Angabe eines Höchstzinssatzes ist nicht erforderlich. Eine Bezugnahme auf den gesetzlichen Verzugszins ohne weitere Angabe ist hingegen nicht möglich, da das Gesetz in § 288 BGB zwei verschiedene Verzugszinssätze nennt. (Leitsatz des Einsenders)

LG Schweinfurt, Beschluss vom 28.7.2004, 43F T 42/04; mitgeteilt von Notar *Paul Michelfeit*, Werneck

Die Antragsteller schlossen am 8.12.2003 im Rahmen einer Vermögensauseinandersetzung eine notarielle Vereinbarung. Diese hat auszugsweise folgenden Wortlaut:

„Der Erwerber (Antragsteller zu 1) verpflichtet sich, an den Veräußerer (Antragstellerin zu 2) 120.000 € zu zahlen. Dieser Betrag ist spätestens am 31.12.2004 zur Zahlung fällig. Der Erwerber ist zu Teilzahlungen berechtigt. Dieser Betrag bzw. noch nicht gezahlte Teile hiervon sind ab 1.3.2004 mit dem gesetzlichen Verzugszins zu verzinsen.

Die Beteiligten bewilligen und beantragen, dass gleichzeitig mit dem Eigentumswechsel für den Veräußerer eine Hypothek für den Betrag i. H. v. 120.000 € samt vorvereinbarten Zahlungsbestimmungen sowie die Unterwerfung des jeweiligen Eigentümers unter die Zwangsvollstreckung in das Grundbuch eingetragen wird.“

Die Vereinbarung wurde im Rahmen einer Vermögensauseinandersetzung nach einer Scheidung geschlossen. Ein Höchstzinssatz war in den Eintragungsunterlagen nicht angegeben.

Das Grundbuchamt hat die Eintragung mit Zwischenverfügung abgelehnt. Wenn der Zinssatz gleitend sei, müsse zusätzlich ein Höchstzinssatz eingetragen werden. Der Gläubiger bzw. der Notar als Bevollmächtigter könne einen angemessenen Zinssatz selbst einseitig formlos bestimmen. Gegen diese Entscheidung des Grundbuchamtes legten die Beteiligten Beschwerde ein.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist gem. § 11 Abs. 1 RPfG i. V. m. § 71 Abs. 1 GBO zulässig und begründet.

Die fehlende Angabe eines Höchstzinssatzes in den Eintragungsunterlagen führt nicht zu einem Eintragungshindernis. Die bewilligte Hypothek ist ohne Höchstzinssatz eintragungsfähig.

Ausgangspunkt bei der Eintragung einer Hypothek ist § 1115 BGB, wonach zusätzlich der Zinssatz einzutragen ist, wenn die gesicherte Forderung verzinslich ist. Damit verwirklicht § 1115 BGB den Bestimmtheitsgrundsatz im Sachenrecht.

Der Umstand, dass der geschuldete Zinssatz variabel sein kann, steht einer Eintragung gem. § 1115 BGB nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1975, 1314) ist jedoch ein Höchstzinssatz in das Grundbuch einzutragen.

Zweck dieser Rechtsprechung war es, den nachrangigen Gläubigern für die Zukunft die Abschätzung des Betrages zu ermöglichen, für den das Grundstück bereits vorrangig maximal haftet. Diese Rechtsprechung ist jedoch nicht anwendbar, wenn die hypothekarisch gesicherte Forderung nach dem gesetzlichen Verzugszins verzinst werden soll. Zwar erschwert die Bezugnahme auf den variablen Basiszinssatz den nachrangigen Gläubigern die Abschätzung des Betrages, für den das Grundstück bereits vorrangig haftet. Jedoch wurde in § 1118 BGB n. F. geregelt, dass das Grundstück kraft Gesetzes für die „gesetzlichen Zinsen der Forderung“ haftet. Dieser Umstand muss nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Zu den gesetzlichen Zinsen i. S. d. § 1118 BGB gehören auch die Verzugszinsen nach § 288 BGB. Durch § 1118 BGB n. F. wurde eine Regelung getroffen, die eine Haftung für variable Zinsen ohne die Eintragung eines Höchstbetrags zulässt. Den nachrangigen Gläubigern wird das Risiko der Schwankung des Basiszinssatzes zugewiesen, wobei der Gesetzgeber die Bezugnahme auf den Basiszinssatz als mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar angesehen hat.

Da eine Hypothek somit bereits ohne Eintragung für Zinsen von 5 % über dem Basiszinssatz haftet, ist eine solche Haftung ohne Eintragung eines Höchstzinssatzes möglich, wenn sie eingetragen wird. An rechtsgeschäftlich vereinbarte Zinsen können keine höheren Anforderungen gestellt werden als an die gesetzlichen Zinsen (Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Mai 2002, Einleitung zu §§ 1113 ff. Rdnr. 41). Im vorliegenden Fall sind daher Zinsen einzutragen, die in der Höhe den gesetzlichen Verzugszins gem. § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht übersteigen.

Die Argumente der gegenteiligen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur können die Kammer nicht überzeugen. Nach der Auffassung des OLG Schleswig (DNotZ 2003, 354) berechtigt der Umstand, dass für die nachfolgenden Gläubiger im Hinblick auf den Ausnahmetatbestand des Verzugs aufgrund von § 1118 BGB ein Risiko hinsichtlich der höchstmöglichen Belastung besteht, nicht, dieses Risiko auch auf die rechtsgeschäftlich, vereinbarten Zinsen auszudehnen.

Dagegen spricht, dass an rechtsgeschäftlich vereinbarte Zinsen keine höheren Anforderungen gestellt werden können als an die gesetzlichen Zinsen (Wolfsteiner, a. a. O.). In der Literatur wird zur Begründung angeführt, dass auch der künftige Höchstumfang der Zinshaftung, mit dem nachfolgende Berechtigte zu rechnen haben, vorausschauend grundbuchersichtlich zu sein hat (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1962). Dagegen ist einzuwenden, dass § 1118 BGB n. F. dieser Auffassung entgegensteht. Des Weiteren ergibt sich aus der von der Kammer vertretenen Auffassung keine unangemessene Benachteiligung der nachrangigen Gläubiger. Im Unterschied zu anderen variablen Zinsen kann sich bei der Bezugnahme auf den Basiszinssatz eine Schwankung des Gesamtzinssatzes allein aus der jeweiligen Höhe des Basiszinssatzes ergeben. Die zusätzliche Eintragung eines Höchstzinssatzes würde für die nachrangigen Gläubiger keine Erkenntnis hinsichtlich des Umfangs der Zinshaftung ergeben. Die nachrangigen Gläubiger müssen mit der Schwankung des Basiszinssatzes kalkulieren, um die tatsächliche Belastung des Grundstücks zu ermitteln. Über die Möglichkeit des Eingreifens von § 1118 BGB besteht daneben jedoch keine Gewähr dafür, dass ein eingetragener Höchstzinssatz den künftigen Höchstumfang der Zinshaftung vorausschauend grundbuchersichtlich macht.

Daher ist bei mittelbarer bzw. unmittelbarer Bezugnahme auf den Basiszinssatz die zusätzliche Eintragung eines Höchstzinssatzes nicht erforderlich.

Unter Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes ist bei der Eintragung des gesetzlichen Verzugszinses § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB ebenfalls mit einzutragen. Die Eintragung lediglich des „gesetzlichen Verzugszinses“ eröffnet über § 288 BGB zumindest zwei theoretisch denkbare Zinshöhen.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu bereits LG Traunstein, MittBayNot 2004, 440.

9. BGB § 1108 (Eintragungsfähigkeit einer Anrechnungsklausel bei einer Reallast)

Im Rahmen der Bestellung einer Reallast zur Absicherung einer Rentenzahlungsverpflichtung kann vereinbart und im Grundbuch eingetragen werden, dass die Zahlungen aus der schuldrechtlichen Rentenverpflichtung und den dinglichen Ansprüchen aus der Reallast jeweils gegeneinander anzurechnen sind, so dass auch bei Personenverschiedenheit sowohl dem Rentenzahlungsverpflichteten als auch dem Grundstückseigentümer ein Leistungsverweigerungsrecht als Einrede zusteht, wenn Zahlungen aus einer dieser Verpflichtungen geleistet wurden. (Leitsatz des Einsenders)

LG Augsburg, Beschluss vom 5.8.2004, 4 T 2336/04; mitgeteilt von Notarassessor Dr. Michael Eigner, Augsburg

Das Grundbuchamt und der die Eintragung für die Beteiligten zu 1 bis 4 beantragende Notar streiten über die Eintragungsfähigkeit einer Anrechnungsklausel im Zusammenhang mit der Bestellung einer Reallast zur Sicherung einer Rente als Teil der Gegenleistung für die Veräußerung bzw. Auseinandersetzung von Grundbesitz. An diesem Grundbesitz sind die Beteiligte zu 1 Miteigentümerin zur Hälfte sowie die Beteiligte zu 1 bis 3 in Erbengemeinschaft Miteigentümer zur Hälfte. Mit notariellem Vertrag veräußerte die Beteiligte zu 1 ihren Miteigentumsanteil von 1/2 an die Beteiligte zu 4. Die Beteiligten zu 1 bis 3 setzten sich dahingehend auseinander, dass der Beteiligte zu 3 den in Erbengemeinschaft stehenden Miteigentumsanteil übertragen erhält und übernimmt. Als Gegenleistung wurde u. a. bestimmt, dass an die Beteiligte zu 1 eine monatliche Rente von 100 €, anzupassen an den Verbraucherindex, zu bezahlen sei. Weiter wurde vereinbart, dass zur Sicherung der Rentenzahlungsverpflichtung in der vereinbarten wertgesicherten Form zugunsten der Beteiligten zu 1 eine Reallast mit folgender Maßgabe bestellt werden soll:

„Die Zahlungen aus der schuldrechtlichen Rentenverpflichtung und den dinglichen Ansprüchen aus der Reallast sind jeweils gegeneinander anzurechnen. Dem Rentenverpflichteten und dem Grundstückseigentümer steht ein Leistungsverweigerungsrecht als Einrede zu, wenn der Rentenbetrag aus einer dieser Verpflichtungen geleistet wurde. Diese Einrede ist im Grundbuch einzutragen.“

Noch unter derselben Ziffer wurde bewilligt und beantragt, die Reallast mit diesem Inhalt und dem Vermerk, dass zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten oder der Ablauf des 30.6.2040 genügt, in das Grundbuch einzutragen.

Mit Zwischenverfügung meinte das Grundbuchamt, dass der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegenstehe. Als Inhalt der Reallast könne kein Leistungsverweigerungsrecht als Einrede vereinbart und eingetragen werden. Da die Reallast im Gegensatz zur Hypothek nicht akzessorisch sei, seien die Bestimmungen der §§ 1137, 1138 BGB, nach denen der Eigentümer die dem persönlichen Schuldner zustehenden Einreden geltend machen könne, nicht auf die Reallast anwendbar. Deshalb müsse die zur Eintragung beantragte Reallast in einer Nachtragsurkunde von den Beteiligten entsprechend abgeändert werden.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 Abs. 1, 73, 13 Abs. 1 Satz 2, 15 GBO; § 11 RPfLG) und auch in der Sache begründet.

Nach Auffassung der Beschwerdekammer ist die Eintragungsfähigkeit der streitigen Klausel unter Ziffer VI. 2. der Urkunde – „Die Zahlungen aus der schuldrechtlichen Rentenverpflichtung und den dinglichen Ansprüchen aus der Reallast sind jeweils gegeneinander anzurechnen. Dem Rentenverpflichteten und dem Grundstückseigentümer steht ein Leistungsverweigerungsrecht als Einrede zu, wenn der Rentenbetrag aus einer dieser Verpflichtungen geleistet wurde. Diese Einrede ist im Grundbuch einzutragen.“ – in Übereinstimmung mit der mittlerweile herrschenden Meinung und Rechtsprechung gegeben. Die Klausel entspricht im Wesentlichen der Formulierung, die der Entscheidung des OLG Hamm vom 22.9.1997 (FGPrax 1998, 9) zugrunde lag und dort als eintragungsfähig angesehen wurde. Die Zulässigkeit der Grundbucheintragung einer solchen Leistungsverweigerungseinrede wird auch bejaht in *Palandt/Bassenge*, 63. Aufl. 2004, § 1108 Rdnr. 1, sowie von *Langenfeld* in *Münchener Vertragshandbuch*, Band 5, 5. Aufl. 2003, I. 10 Anm. 3, sowie *Jerschke* in *Beck'sches Notarhandbuch*, 3. Aufl. 2000, A V Rdnr. 181.

Die Beschwerdekammer folgt nicht der Auffassung des Amtsgerichts – Grundbuchamt –, das mit *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 1310 a, meint, die streitige Klausel vermenge unzulässigerweise die schuldrechtliche Rentenverpflichtung und die Haftung des Grundstückseigentümers aus der Reallast. Gemäß § 1108 Abs. 1. BGB kann die persönliche Haftung des Eigentümers aus der Reallast abbedungen werden. Durch die gegenständliche Klausel wird erreicht, dass auch bei auf die daneben stehende schuldrechtliche Rentenverpflichtung hin geleisteten Zahlungen gegenüber Rechtsnachfolgern bei Grundbucheintragung die sich daraus ergebende Leistungsverweigerungseinrede aufrechterhalten bleibt. Durch eine solche auf einer Leistungsverweigerungseinrede beruhende Haftungsbeschränkung bleibt die Trennung von schuldrechtlicher Rentenverpflichtung und Ansprüchen aus der Reallast respektiert. Eingetragen wird nicht der in der Absicherung der Leibrentenverpflichtung bestehende Sicherungszweck der Reallast, sondern das im Falle bereits erfüllter Rentenverpflichtungen bestehende Leistungsverweigerungsrecht, das im Interesse der Rechtssicherheit aufgrund der Eintragung auch dem neuen Grundstückseigentümer zugute kommen soll.

10. BGB § 885; GBO § 19 (Isolierte Bewilligung einer Eigentumsvormerkung)

Die durch § 885 Abs. 2 BGB vorgeschriebene nähere Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs bei der Eintragung schließt die Eintragung einer Vormerkung auf der Grundlage der isolierten Bewilligung einer Eigentumsvormerkung ohne konkrete Angabe, welcher schuldrechtliche Anspruch dadurch gesichert werden soll, aus. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Bonn, Beschluss vom 24.9.2004, 6 T 196/04

Die Eigentümerin bewilligte die Eintragung einer Eigentumsvormerkung zugunsten der Herren D und U zu je 1/2 Anteil. Unter dem 22.3.2004 hat der Notar u. a. die Eintragung der Eigentumsvormerkung beantragt. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen und

zur Begründung ausgeführt, durch die Urkunde sei zwar die Eintragung einer Eigentumsvormerkung bewilligt worden; der durch die Vormerkung zu sichernde Anspruch sei aber nicht beschrieben. Da die vertragliche Grundlage nicht genannt worden sei, könne die Eintragungsfähigkeit der Vormerkung nicht geprüft werden.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde. Der Notar meint, nach § 19 GBO sei eine Vormerkung einzutragen, wenn der Eigentümer diese bewillige und entweder er oder der Berechtigte die Eintragung beantragt hat. Ob die zu sichernde Forderung tatsächlich bestehe, sei vom Grundbuchamt nicht zu prüfen; es genüge, dass der zu sichernde Anspruch vormerkungsfähig sei.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

Mit Recht hat das Amtsgericht die Eintragung der Eigentumsvormerkung abgelehnt. Die Eintragung der Vormerkung kann mangels Konkretisierung des zu sichernden Anspruchs nicht erfolgen. (...)

Ergänzend ist Folgendes auszuführen:

Entgegen der Auffassung des Notars ergibt sich der zu sichernde Anspruch nicht schon aus der Eintragungsbewilligung. In dieser ist nur davon die Rede, dass eine Eigentumsvormerkung eingetragen werden soll. Dass ein und welcher Anspruch durch diese Vormerkung gesichert werden soll, ergibt sich aus der Eintragungsbewilligung nicht. Lediglich aus der Verwendung des Begriffs „Eigentumsvormerkung“ lässt sich nicht ableiten, dass dieser auch ein seiner Rechtsnatur nach vormerkungsfähiger schuldrechtlicher Eigentumsverschaffungsanspruch zugrunde liegen soll.

Es ist zwar zutreffend, dass die Wirksamkeit der Begründung des zu sichernden Anspruchs vom Grundbuchamt nicht zu prüfen und nur bei positiver Kenntnis vom Nichtbestehen dieses Anspruchs die Eintragung abzulehnen ist. Daraus folgt aber nicht, dass es der Angabe des zu sichernden Anspruchs nicht bedürfte. Das Grundbuchamt hat zu prüfen, ob der zu sichernde Anspruch seiner Rechtsnatur nach vormerkungsfähig ist. Der zu sichernde Anspruch ist nämlich, wie sich aus § 885 Abs. 2 BGB ergibt, bei der Eintragung näher zu bezeichnen, wobei zu diesem Zweck auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann. Dies ist hier nicht möglich, weil es in der Eintragungsbewilligung an jeglicher näherer Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs fehlt und die Konkretisierung ausdrücklich verweigert wird. Die durch § 885 Abs. 2 BGB vorgeschriebene nähere Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs bei der Eintragung schließt die Eintragung einer Vormerkung auf der Grundlage der isolierten Bewilligung einer Eigentumsvormerkung ohne konkrete Angabe, welcher schuldrechtliche Anspruch dadurch gesichert werden soll, aus.

11. BGB §§ 242, 273, 274 Abs. 1, 1471 Abs. 1, 1475 Abs. 3, 1476, 1477 Abs. 2 (*Zurückbehaltungsrecht eines Ehegatten gegenüber Übernahmerecht des anderen*)

Gegenüber einem Übernahmerecht bezüglich eines in die Gütergemeinschaft eingebrachten Gegenstands hat der andere Ehegatte ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Anspruchs auf Wertersatz. (Leitsatz der Schriftleitung)

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 15.6.2004, 5 UF 20/04

Die Parteien haben am 28.7.1961 die Ehe miteinander geschlossen. Sie leben seit Oktober 1989 voneinander getrennt. Die Ehe ist mittlerweile rechtskräftig geschieden.

Mit notariellem Vertrag vom 6.10.1964 haben die Eltern der Klägerin dieser ausstattungsweise und zur Anrechnung auf das künftige elterliche Erb- und Pflichtteilsrecht ein Grundstück übertragen. Das Grundstück wurde in der Folgezeit mit einem Haus bebaut, das die Klägerin und der Sohn der Parteien bewohnen.

Mit notariellem Vertrag vom 21.5.1965 vereinbarten die Parteien Gütergemeinschaft. Unter anderem ist im Vertrag bestimmt:

„Im Falle einer Auseinandersetzung des Gesamtgutes gebührt der nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten verbleibende Überschuss den Ehegatten zu gleichen Teilen; jeder Ehegatte kann dabei gegen Ersatz des Wertes alle ausschließlich zu seinem persönlichen Gebrauch bestimmten Sachen, wie Kleider, Schmuck und Arbeitsgeräte, sowie diejenigen Gegenstände übernehmen, die er in die Gütergemeinschaft eingebracht oder während der Gütergemeinschaft durch Erbfolge, durch Vermächtnis oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erworben hat (§§ 1476, 1477).“

Die Gütergemeinschaft der Parteien ist noch nicht auseinandergesetzt. Die Klägerin begehrt die Übernahme des genannten Grundstücks. Der Beklagte hat sich auf einen ihm zustehenden Anspruch auf Wertersatz betreffend seinen Gesamthandseigentumsanteil an dem verfahrensgegenständlichen Grundstück berufen und insoweit ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Das Familiengericht hat den Beklagten verurteilt, seinen Gesamthandseigentumsanteil an dem verfahrensgegenständlichen Grundstück an die Klägerin zu alleinigem Eigentum aufzulassen und deren Eintragung als Alleineigentümerin im Grundbuch zu bewilligen. Das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechtes hinsichtlich des Wertersatzes für den Gesamthandseigentumsanteil oder aber den Anteil am Auseinandersetzungsguthaben hat das Familiengericht als nicht gegeben erachtet. Einmal habe der Wertersatz für das übernommene Grundstück nicht in natura, sondern durch Anrechnung auf den Anteil am Überschuss des Gesamtgutes zu erfolgen, zum anderen aber sei vor Auseinandersetzung des Gesamtgutes ein eventueller Anspruch betreffend das Auseinandersetzungsguthaben jedenfalls nicht fällig.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt und beantragt nach Beschränkung seines Berufungsantrags nunmehr, ihn nur Zug um Zug gegen Zahlung eines Wertersatzes in Höhe von 79.367,81 € zu verurteilen.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begegnet verfahrensrechtlich keinen Bedenken.

In der Sache führt das Rechtsmittel nach Beschränkung des Berufungsantrags weitgehend zum Erfolg.

Zutreffend geht das Familiengericht zunächst davon aus, dass die Klägerin nach Beendigung der zwischen den Parteien mit notariellem Vertrag vom 21.5.1965 vereinbarten Gütergemeinschaft durch die Scheidung der Ehe der Parteien auch bereits vor der endgültigen Auseinandersetzung des Gesamtguts nach § 1471 Abs. 1 BGB das von ihr in die Gütergemeinschaft eingebrachte verfahrensgegenständliche Grundstück übernehmen bzw. herausverlangen kann (§ 1477 Abs. 2 Satz 2 BGB). Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Familiengerichts muss das herauszugebende Grundstück auch nicht etwa in Geld umgesetzt werden, um Gesamtgutsverbindlichkeiten berichtigen zu können (§ 1475 Abs. 3 BGB). Dem Übernahmerecht der Klägerin steht auch weder die zwischenzeitlich erfolgte Flurbereinigung noch die Bebauung des Grundstücks entgegen. All dies ist außer Streit und entspricht Rechtsprechung und Literatur (vgl. BGH, FamRZ 1988, 926; OLG München, FamRZ 1996, 170; *Staudinger/Thiele* (2000), § 1477 BGB Rdnr. 10; *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 3. Aufl., 2. Kapitel Rdnr. 65 m. w. N.).

Der in die Gütergemeinschaft eingebrachte Gegenstand kann indes nach § 1477 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB nur gegen Ersatz des Wertes übernommen werden.

Nach – soweit ersichtlich – einhelliger Auffassung in obergerichtlicher Rechtsprechung und Literatur steht dem anderen Ehegatten wegen dieses Anspruchs auf Wertersatz ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB zu (vgl. nur OLG München, FamRZ 1996, 170; *Staudinger/Thiele*, a. a. O., § 1477 Rdnr. 18; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 63. Aufl., § 1477 Rdnr. 5; *Erman/Heckelmann*, BGB, 10. Aufl., § 1477 Rdnr. 2; RGRK/*Finke*, BGB, 12. Aufl., § 1477 Rdnr. 16; *Haußleiter/Schulz*, a. a. O., 2. Kapitel Rdnr. 68 und 95; *Klüber* in Schröder/Bergschneider, FamVermR, Rdnr. 4.797).

Dem steht nicht entgegen, dass das Gesetz eine Zahlungspflicht des übernehmenden Ehegatten an das Gesamtgut – von Zahlungen zur Deckung von Gesamtgutsverbindlichkeiten abgesehen – nicht vorsieht. Auch dann, wenn ein Ehegatte sein Übernahmerecht an einem bestimmten Gegenstand des Gesamtguts vorzeitig, nämlich vor der Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten oder vor der Teilung des übrigen Gesamtguts, geltend macht, erwächst aus der Ausübung des Übernahmerechts keine Zahlungspflicht an das Gesamtgut in Höhe des Wertersatzes.

Vielmehr gilt unverändert § 1476 Abs. 2 Satz 1 BGB. Der übernehmende Ehegatte vermag danach den Wertersatz durch Anrechnung auf den ihm nach § 1476 Abs. 1 Satz 1 BGB gebührenden Überschussanteil zu leisten (vgl. BGH, FamRZ 1988, 926). Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes führt dann nach § 274 Abs. 1 BGB zu einer Verurteilung zur Herausgabe des eingebrachten Gegenstandes Zug um Zug gegen Anrechnung bzw. Verrechnung des Wertersatzes auf den Überschussanteil bzw. – insoweit ein solcher nicht besteht – auf Leistung an den anderen Ehegatten (§ 1476 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Gegenüber dem Übernahmerecht kann der andere Ehegatte mithin ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Anspruchs auf Auszahlung seines Auseinsetzungs Guthabens ausüben (vgl. *Klüber* in Schröder/Bergschneider, FamVermR, Rdnr. 4.797).

Unter Beachtung dieser Grundsätze wäre vorliegend die Übernahme des von der Klägerin in das Gesamtgut eingebrachten Grundstücks – noch – nicht möglich, da der Beklagte außerstande ist, das ihm grundsätzlich zustehende Zurückbehaltungsrecht auszuüben. Dies deshalb, weil zwischen den Parteien der Wert des Gesamtgutes und damit der Umfang des zu verteilenden Überschusses umstritten und ungeklärt ist. Dessen Berechnung entzieht sich einer auch nur groben Schätzung. In welchem Umfang die Klägerin den zu leistenden Wertersatz durch Anrechnung auf ihren Anteil am Überschuss des Gesamtguts bzw. Verrechnung damit zu leisten vermag und ob und in welcher Höhe sie dem Beklagten gemäß § 1476 Abs. 2 Satz 2 BGB als dem anderen Ehegatten verpflichtet bleibt, ist offen.

Dann aber verbleibt es bei der durch den übernehmenden Ehegatten zu erbringenden Sicherheitsleistung nach § 273 Abs. 3 BGB. Die dem anderen Ehegatten nicht mögliche Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes steht dessen Abwendung durch Sicherheitsleistung gleich. Die Zahlung des vollen oder auch nur hälftigen Wertersatzes für den übernommenen Gegenstand in das Gesamtgut widerspricht der gesetzlichen Regelung des § 1476 Abs. 2 BGB und den dieser Regelung zugrundeliegenden berechtigten Interessen des übernehmenden Ehegatten (vgl. dazu BGH, FamRZ 1988, 926, 927). Angesichts des bislang nicht geklärten Anteils der beiden Ehegatten am Überschuss des Gesamtguts kann andererseits nicht ausgeschlossen werden, dass die Klägerin in Höhe des hälftigen

Wertes des von ihr herausverlangten Grundstücks dem anderen Ehegatten nach § 1476 Abs. 2 Satz 2 BGB verpflichtet bleibt, an diesen also in diesem Umfang Wertersatz zu leisten haben wird.

Einer Verurteilung der Klägerin Zug um Zug gegen Zahlung von Wertersatz an den Beklagten verbietet sich aber, weil der durch die mögliche Verrechnung nicht gedeckte Teil des Wertersatzes nicht feststeht. Da unstreitig keine Gesamtgutsverbindlichkeiten mehr zu berichtigen sind, ergibt sich bei Annahme des für die Klägerin ungünstigsten Falles, wenn nämlich der verbleibende Überschuss ohne Hinzurechnung des Wertersatzes mit Null anzusetzen wäre, ein zu leistender Wertersatz in Höhe der Hälfte des übernommenen Grundstücks. In diesem Umfang kann der Beklagte Sicherheitsleistung verlangen.

Der Beklagte behauptet einen Wert des von der Klägerin herausverlangten Grundstücks von 158.000 €. In Höhe des hälftigen Wertes von mithin 79.000 € ist die Klägerin gehalten, Zug um Zug gegen Übereignung des Grundstücks Sicherheit zu leisten. Die Art der Sicherheitsleistung bestimmt sich nach §§ 232 ff. BGB mit der Maßgabe, dass nach § 273 Abs. 3 Satz 2 BGB die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausgeschlossen ist.

Der Zug um Zug zu leistenden Sicherheit steht auch nicht der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegen. Ob der Beklagte die Auseinsetzung des Gesamtgutes bislang nicht betrieben bzw. daran nicht aktiv mitgewirkt hat, mag dahinstehen. Die Klägerin ihrerseits ist jedenfalls nicht gehindert, die Auseinsetzung notfalls prozessual durchzusetzen. Sie hat gegen den Beklagten durchsetzbare Rechte auf Auskunft und Mitwirkung und mag Auseinsetzungs-klage erheben.

12. BGB §§ 133, 138, 157, 242, 781 (*Zahlungsversprechen an den nichtehelichen Lebenspartner als deklaratorisches Schuldanerkenntnis*)

Eine Vereinbarung, wonach dem nichtehelichen Lebenspartner wegen der Aufgabe des eigenen Hausstandes für den Fall der Trennung ein bestimmter Geldbetrag zu zahlen ist, stellt sich als deklaratorisches Schuldanerkenntnis dar. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Coburg, Urteil vom 21.4.2004, 21 O 545/03, rkr.

Die Klägerin, eine nigerianische Staatsangehörige, nimmt den Beklagten aus einer Vereinbarung auf Zahlung in Anspruch.

Die Parteien lebten von Dezember 2000 bis Dezember 2002 in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen. Am 14.4.2002 trafen sie eine schriftliche Vereinbarung, in der sich der Beklagte verpflichtete, an die Klägerin 15.000 € zu zahlen, falls die Beziehung – aus welchem Grund auch immer – beendet werden sollte.

Aus den Gründen:

Die Klage ist begründet, weil der Klägerin ein Zahlungsanspruch aus der Vereinbarung vom 14.4.2002 in Höhe von 15.000 € zusteht.

1. Das Landgericht Coburg ist auch international zuständig, weil der Beklagte seinen allgemeinen Wohnsitz in ... bei Coburg hat (§ 12 ZPO). Es ist materielles deutsches Recht anwendbar. Beide Parteien haben sich im Rechtsstreit ausschließlich auf das deutsche Recht berufen. Infolgedessen ist davon auszugehen, dass nachträglich eine Rechtswahl für das deutsche Recht gem. Artikel 27 EGBGB getroffen ist.

2. Der Beklagten [richtig: Klägerin] steht aufgrund der Vereinbarung vom 14.4.2002 ein Zahlungsanspruch gem. § 781 BGB in Höhe von 15.000 € zu. Das Gericht schließt sich der im PKH-Verfahren vom Oberlandesgericht Bamberg vertretenen Rechtsansicht an, wonach die Vereinbarung insoweit nicht gem. § 138 BGB sittenwidrig ist.

Die Vereinbarung vom 14.4.2002 stellt sich als ein sogenanntes deklaratorisches Schuldanerkenntnis dar. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Vereinbarung und dem hinter ihr stehenden Sinn und Zweck. In der für die Auslegung maßgeblichen Passage lautet die Vereinbarung wie folgt:

„Frau ... (Klägerin) ... ist mit ihren drei Kindern auf Wunsch von Herrn ... (Beklagter) im Dezember 2000 in diese Wohnung gezogen. Frau ... gab ihre eigene Wohnung in der ...straße ... auf, verkaufte ihre Küche und ihr Auto weit unter Preis.

Sollte die Beziehung zwischen uns beiden aus egal welchen Gründen auseinander gehen so verpflichtet sich Herr ..., an Frau ... einen Betrag von EUR 15.000 zu zahlen.“

Entsprechend dem Inhalt der Vereinbarung vom 14.4.2002, so wie er in ihrem Wortlaut Ausdruck findet, wollten die Parteien der Klägerin einen finanziellen Ausgleich dafür zukommen lassen, dass sie infolge der Aufgabe ihres Haushaltes spürbare Nachteile hinnehmen musste. Es musste bei vernünftiger Würdigung der Umstände (§§ 133, 242 BGB) den Parteien auch klar sein, dass im Falle einer späteren Trennung der Wert der Gegenstände, die die Klägerin bedingt durch den Umzug aufgeben musste, nicht mehr exakt festzustellen war. Sie hatten auch nichts unternommen, um derartige Feststellungen zu treffen und etwaige Beweise für die Zukunft zu sichern. Wenn sie daher den Betrag von 15.000 € festschrieben, so musste ihnen bewusst sein, dass dieser Wert auf ihrer eigenen Schätzung basierte und nicht auf einer exakt genauen Wertermittlung beruhte. Sie nahmen daher derartige Ungenauigkeiten hin und legten gleichwohl den etwa später einmal fällig werdenden Anspruch mit 15.000 € der Höhe nach eindeutig fest.

Vor diesem Hintergrund muss bei verständiger Würdigung nach Treu und Glauben (§§ 242, 157 BGB) davon ausgegangen werden, dass die Parteien etwaige Streitigkeit über die Höhe des Ausgleichsanspruchs, den die Klägerin im Falle einer späteren Trennung einmal gegen den Beklagten geltend machen sollte, aus dem Streit heraushalten wollten, weil eine betragsmäßig genaue Bewertung ohnehin nicht mehr möglich war. Das bedeutet, dass die Parteien den Ausgleichsanspruch durch ein sogenanntes deklaratorisches Schuldanerkenntnis der Höhe nach ein für alle Mal festgelegt und etwaige Einwendungen hiergegen vertraglich ausgeschlossen haben (vgl. *Palandt*, Rdnr. 3 ff. zu § 781 BGB m. N.). Infolgedessen kommt es in rechtlicher Hinsicht nicht mehr darauf an, welcher Wert den Haushaltsgegenständen und den in der Vereinbarung vom 14.4.2002 genannten Objekten tatsächlich beizumessen ist.

13. BGB §§ 2075, 2269, 2270 (*Auslegung einer Pflichtteils-klausel im Berliner Testament*)

Zur Auslegung und Rechtsfolge einer Pflichtteils-klausel (Verwirkungsklausel) im sogenannten Berliner Testament, wenn ein als Schlusserbe eingesetzter Abkömmling nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils den Pflichtteil gefordert und erhalten, aber später an den überlebenden Elternteil zurückgezahlt hat.

BayObLG, Beschluss vom 20.1.2004, 1Z BR 134/02; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Aus den Gründen:

I.

Die 2000 im Alter von 85 Jahren verstorbene Erblasserin und ihr 1970 verstorbener Ehemann hatten sechs Kinder, die Beteiligten zu 1 bis 5 und den – 1996 verstorbenen – Vater der Beteiligten zu 6 (die dessen einziges Kind ist). Die Eheleute haben am 18.2.1964 ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament errichtet, das auszugsweise lautet wie folgt:

„Unser letzter Wille.

Wir, die Eheleute ..., erklären hiermit unseren letzten Willen: Wir setzen uns gegenseitig, der Erstversterbende den Überlebenden, zu uneingeschränkten und alleinigen Erben ein.

Nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten erhalten unsere Kinder ... (die Beteiligten zu 1 bis 5 und der Vater der Beteiligten zu 6) den Nachlass zu gleichen Teilen.

Wer von unseren Kindern beim ersten Erbfall seinen Pflichtteil verlangt, soll auch beim Tod des zuletzt versterbenden Eltern-teils nur den Pflichtteil erhalten.“

Nach dem Tod des Ehemanns der Erblasserin haben die Beteiligte zu 4 und der Beteiligte zu 5 den Pflichtteil in Höhe von jeweils 9.500 DM gefordert und erhalten.

In einer handschriftlichen „Bestätigung“ vom 4.8.1985 hat die Erblasserin erklärt:

„Hiermit bestätige ich meinem Sohn ... (dem Beteiligten zu 5) und meiner Tochter ... (der Beteiligten zu 4), dass sie beide den seinerzeit erhaltenen Pflichtteil in Höhe von 9.500 DM an mich zurückgezahlt haben, so dass sie jetzt wieder so zu behandeln sind, als hätten sie niemals einen Pflichtteil nach ihrem Vater beansprucht und erhalten.“

Der Beteiligte zu 5 hat mit einer öffentlich beglaubigten Erklärung vom 5.10.2000, beim Nachlassgericht eingegangen am 10.10.2000, die Erbschaft nach seiner Mutter ausgeschlagen. Die Beteiligten zu 5 a) bis i) sind seine neun (minder-jährigen) Kinder.

Der Beteiligte zu 1 hat die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, der bezeugen soll, dass die Erblasserin von den Beteiligten zu 1 bis 3 und der Beteiligten zu 6 zu je $\frac{1}{4}$ beerbt wurde. Er ist der Meinung, dass die Schlusserbeinsetzung der Beteiligten zu 4 und 5 entfallen ist, weil diese ihren Pflichtteil am Nachlass des Vaters geltend gemacht haben. Auch die Kinder des Beteiligten zu 5 kämen nicht als Miterben in Betracht, weil die in der Pflichtteils-klausel verfügte Enterbung des Beteiligten zu 5 für seinen ganzen Stamm gelte. Die Bestätigung der Erblasserin vom 4.8.1985 könne nicht dazu führen, dass die im Testament verfügte Enterbung der den Pflichtteil nach dem Vater verlangenden Kinder als aufgehoben anzusehen sei.

Die Beteiligten zu 5 a) bis i) sind dem Antrag entgegengetreten. Sie sind der Meinung, dass auch sie – und die Beteiligte zu 4 – Miterben seien. Die Bestätigung der Erblasserin vom 4.8.1985 sei als Verfügung von Todes wegen zu werten.

Mit Vorbescheid vom 14.2.2001 hat das Nachlassgericht angekündigt, einen Erbschein gemäß dem Antrag des Beteiligten zu 1 zu erteilen. Die Eheleute hätten die Einsetzung ihrer Kinder als Schlusserben mit der auflösenden Bedingung versehen, dass sie für Kinder, die nach dem Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangen, entfallen. Die auflösende Bedingung sei für die Beteiligte zu 4 und den Beteiligten zu 5 eingetreten, weil sie beim Tod des Vaters den Pflichtteil beansprucht und erhalten hätten. Sie seien damit als Schlusserben weggefallen. Dass sie später den Pflichtteil möglicherweise zurückgezahlt hätten, ändere daran nichts. Die Enterbung des

Beteiligten zu 5 gelte auch für dessen Abkömmlinge, da der Sanktion sonst die von den Eheleuten beabsichtigte Härte fehlen würde.

Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 5 a) bis i) hat das Landgericht mit Beschluss vom 9.10.2002 den Vorbescheid aufgehoben und den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen.

Die Beteiligten zu 1 und 2 haben gegen diesen Beschluss weitere Beschwerde eingelegt.

II.

Die weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 1 und 2 sind zulässig; insbesondere ist auch der Beteiligte zu 2 als durch die Abweisung des Erbscheinsantrags des Beteiligten zu 1 mitbetroffener Miterbe beschwerdeberechtigt (§ 20 Abs. 1 FGG). Dass er selbst den Erbscheinsantrag nicht gestellt hat, steht seiner Beschwerdeberechtigung nicht entgegen, weil er einen solchen Antrag hätte stellen können (vgl. BayObLGZ 1994, 164/166; *Keidel/Kahl*, FGG, 15. Aufl., § 20 Rdnr. 51).

Die weiteren Beschwerden sind auch begründet; das Landgericht hätte die Beschwerde der Beteiligten zu 5 a) bis i) zurückweisen müssen.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Zwar hätten die Beteiligten zu 4 und 5 jeweils den Pflichtteil nach dem Tod ihres Vaters verlangt und erhalten. Objektiv sei damit die Voraussetzung der Pflichtteils Klausel – deren Inhalt durch Auslegung zu klären sei – verwirklicht worden. Unter Berücksichtigung auch der „subjektiven Seite“ und des Schutzzwecks der Klausel – den überlebenden Ehegatten gegenüber Pflichtteilsforderungen zu schützen und sicherzustellen, dass die Abkömmlinge nicht schlechter gestellt würden, die nach dem ersten Erbfall den Pflichtteil nicht verlangten – sei aber festzustellen, dass die Strafklausel nicht eingreife. Die Rechtsstellung und das Vermögen der Erblasserin seien durch die Geltendmachung des Pflichtteils durch die Beteiligten zu 4 und 5 in keiner Weise gefährdet worden. Aus der von der Erblasserin erstellten Aufstellung der Schulden, die ihre Kinder zum 1.7.1977 bei ihr hatten, ergebe sich, dass auch der Beteiligte zu 1 und der Vater der Beteiligten zu 6 Schulden bei der Erblasserin gehabt hätten. Die Auszahlung des Pflichtteils von jeweils 9.500 DM liege noch erheblich unter dem Betrag der Schulden des Beteiligten zu 1. Die Erblasserin sei aufgrund des vorhandenen Gesamtvermögens in der Lage gewesen, an ihre Kinder Darlehensbeträge in dieser Höhe auszubahlen, ohne ihren eigenen Unterhalt zu gefährden. Daraus sei ersichtlich, dass durch die Auszahlung des Pflichtteils der Unterhalt der Erblasserin nicht gefährdet worden und darüber hinaus die Auszahlung im Einverständnis mit der Erblasserin erfolgt sei. Da die Beteiligten zu 4 und 5 den Pflichtteilsbetrag zu Lebzeiten der Erblasserin wieder zurückgezahlt hätten, sei auch der zweite Schutzzweck der Strafklausel – Schutz der Abkömmlinge, die den Pflichtteil nicht geltend gemacht hätten – nicht berührt. Daher bestehe aus subjektiver Sicht keine Veranlassung anzunehmen, dass die Strafklausel hier eingreifen müsse, zumal die Erblasserin selbst nicht gewünscht habe, dass die Geltendmachung des Pflichtteils mit Sanktionen für die Erben verbunden sei.

Außerdem habe die Erblasserin die Pflichtteils Klausel des gemeinschaftlichen Testaments vom 18.2.1964 durch eigenhändige Verfügung – die „Bestätigung“ vom 4.8.1985 – abgeändert. Sie habe darin ihren Willen zum Ausdruck gebracht, dass die Beteiligten zu 4 und 5 so zu behandeln seien, als hätten sie niemals den Pflichtteil nach ihrem Vater beansprucht und erhalten. Zwar seien in dem Berliner Testament der Ehe-

leute vom 18.2.1964 wechselbezügliche Verfügungen im Sinne von § 2270 BGB enthalten. Die Sanktions Klausel selbst stelle aber eine andere Verfügung im Sinne von § 2270 Abs. 3 BGB dar. Auf sie finde die Vorschrift des § 2270 Abs. 1 BGB keine Anwendung, so dass sie von der Erblasserin habe abgeändert werden können. Die Erblasserin sei daher von den sechs Kindern bzw. deren Abkömmlingen beerbt worden. Der Antrag des Beteiligten zu 1 habe unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses zurückgewiesen werden müssen.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) nicht stand. Die Annahme des Landgerichts, dass eine Enterbung der Beteiligten zu 4 und der Kinder des Beteiligten zu 5 aufgrund der Pflichtteils Klausel des Testaments vom 18.2.1964 nicht eingetreten sei, ist nicht rechtsfehlerfrei begründet.

a) Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass durch Auslegung der Pflichtteils Klausel ermittelt werden müsse, wann ein „Verlangen“ des Pflichtteils beim ersten Todesfall vorliegt (vgl. BayObLGZ 1990, 58/61; 1994, 164/169). Die Auslegung des Landgerichts kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nur auf Rechtsfehler überprüft werden (vgl. BayObLG FamRZ 1995, 1447/1448).

Das Landgericht ist offenbar davon ausgegangen, dass der Tatbestand des „Verlangens“ des Pflichtteils nur vorliege, wenn durch die Auszahlung des Pflichtteils der Unterhalt des überlebenden Ehegatten gefährdet würde, und nicht (mehr) vorliege, wenn der ausbezahlte Pflichtteilsbetrag noch zu Lebzeiten des überlebenden Ehegatten wieder zurückbezahlt werde. Diese Auslegung ist rechtsfehlerhaft; sie lässt sich mit dem Zweck der Pflichtteils Klausel nicht begründen.

aa) Eine Pflichtteils Klausel, wie sie hier das gemeinschaftliche Testament vom 18.2.1964 enthält, ist eine typische letztwillige Anordnung, durch die gemeinschaftlich testierende und sich gegenseitig als Erben, ihre Abkömmlinge als Schluss erben einsetzende Ehegatten sicherstellen wollen, dass dem Überlebenden bis zu seinem Tod der Nachlass ungeschmälert verbleibt und er nicht durch das Pflichtteilsverlangen eines Schluss erben gestört wird (vgl. BayObLGZ 1990, 58/60; *Lübbert*, NJW 1988, 2708; *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl., § 2075 Rdnr. 18). Im Zusammenhang mit der Schluss erbenregelung soll die Verwirkungsklausel auch das Interesse der Ehepartner, insbesondere des Erstversterbenden, daran sichern, dass nicht einer der Abkömmlinge bei der Verteilung des elterlichen Gesamtnachlasses bevorteilt wird (BayObLGZ 1994, 164/168; FamRZ 1995, 1447/1448; *Lübbert*, NJW 1988, 2709; *Staudinger/Otte*, BGB, 13. Bearb., § 2074 Rdnr. 64). Diese Zwecke sollen dadurch erreicht werden, dass die Schluss erben einsetzung der gemeinsamen Kinder unter die auflösende Bedingung eines Verlangens des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden gestellt wird (vgl. BayObLGZ 1990, 58/60; FamRZ 1995, 1447/1448). Verlangt ein Schluss erbe den Pflichtteil nach dem ersten Todesfall, so entfällt seine Einsetzung als Schluss erbe, und zwar regelmäßig mit Wirkung auch für seine Abkömmlinge (BayObLGZ, FamRZ 1996, 440/441; MünchKomm/*Musielak*, BGB, 3. Aufl., § 2269 Rdnr. 65; *Wacke*, DNotZ 1990, 410); es gilt dann nicht die Auslegungsregel des § 2069 BGB, vielmehr gilt die Anwachsung (§ 2094 BGB) als gewollt (BayObLG, FamRZ 1995, 1447/1449; *Wacke*, a. a. O.; MünchKomm/*Musielak*, a. a. O.).

bb) In subjektiver Hinsicht ist für den Tatbestand des „Verlangens“ des Pflichtteils nach dem ersten Todesfall zwar im Zweifel zu fordern, dass der Pflichtteils berechtigte bewusst – in Kenntnis der Verwirkungsklausel – den Pflichtteil verlangt. Weitere subjektive Voraussetzungen – in Form einer „böswil-

ligen Auflehnung“ gegen den Erblasserwillen – sind jedoch nicht erforderlich (BayObLGZ 1990, 58/62; MünchKomm/Musielak, Rdnr. 65, *Staudinger/Kanzleiter*, Rdnr. 58, jeweils zu § 2269; *Staudinger/Otte*, § 2074 Rdnr. 64; *Lübbert*, NJW 1988, 2712).

cc) Eine Auslegung, die die Geltendmachung des Pflichtteils bis zur Grenze der Gefährdung des Unterhalts des überlebenden Ehegatten sanktionslos stellen würde, ist weder mit dem Zweck vereinbar, den überlebenden Ehegatten davor zu schützen, dass er nach dem Tod des Erstversterbenden den persönlichen und wirtschaftlichen Belastungen ausgesetzt wird, die mit der Geltendmachung des Pflichtteils durch einen Abkömmling verbunden sind, noch mit dem Zweck, zu verhindern, dass ein Abkömmling bevorteilt wird. Für eine solche Auslegung findet sich im Wortlaut des Testaments kein Anhaltspunkt. Auch die übrigen Feststellungen des Landgerichts tragen diese Auslegung nicht. Aus der Höhe der Beträge, die einige Kinder der Erblasserin zum 1.7.1977 schuldeten, ergibt sich nicht, dass die Erblasserin 1970 in der Lage war, Beträge in Höhe von (zusammen) 19.000 DM ohne Gefährdung ihres Unterhalts auszuzahlen. Aus der Tatsache, dass die Erblasserin einigen ihrer Kinder – ohne rechtlichen Zwang – Darlehen gewährte, folgt nicht, dass die Auszahlung der Pflichtteile – auf die die Beteiligten zu 4 und 5 einen Anspruch hatten – im Einverständnis mit der Erblasserin erfolgte. Es kann daher dahinstehen, ob und unter welchen näheren Voraussetzungen ein Einverständnis des überlebenden Ehegatten mit der Auszahlung des Pflichtteils der Verwirklichung des Tatbestands des „Verlangens“ des Pflichtteils entgegensteht (vgl. BayObLGZ 1963, 271/275 f.; *Soergel/M. Wolf*, § 2269 Rdnr. 36; MünchKomm/*Leipold*, § 2074 Rdnr. 27 a).

dd) Unvereinbar mit der Regelung der Pflichtteilklausel ist auch die Meinung des Landgerichts, dass die Sanktion entfällt, d. h. die bereits durch den Bedingungseintritt weggefallene Schlussereinsetzung wieder in Kraft tritt, wenn der Pflichtteil zurückgezahlt wird. Dies ist schon aus rechtlichen Gründen unmöglich, da die durch den Eintritt der Bedingung ausgelöste Rechtswirkung nicht wieder beseitigt werden kann (vgl. *Lübbert*, NJW 1988, 2711). Die Annahme des Landgerichts widerspricht im Übrigen auch dem Zweck der Regelung; denn der den Pflichtteil zurückzahlende Abkömmling hätte den Vorteil, seine Entscheidung rückgängig machen zu können, wenn er nach Jahren zu der Einschätzung käme, dass er mit dem Erbteil nach dem überlebenden Ehegatten besser stünde als mit den Pflichtteilen nach beiden Todesfällen; die Möglichkeit, in dieser Weise zu spekulieren, würde geradezu als Einladung wirken, den Pflichtteil – entgegen dem Willen der Eheleute – doch zunächst einmal geltend zu machen, da sich die Folge dieser Entscheidung später immer noch beseitigen ließe.

b) Der Senat ist an die rechtsfehlerhafte Auslegung des Landgerichts nicht gebunden. Er kann, da weitere Ermittlungen nicht erforderlich sind, die Pflichtteilklausel selbst auslegen. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass das „Verlangen“ des Pflichtteils in subjektiver Hinsicht mehr erfordern würde als das bewusste Geltendmachen des Pflichtteilsanspruchs in Kenntnis der Pflichtteilklausel. Davon kann ausgegangen werden, weil die Beteiligten zu 4 und 5 einen Ausnahmefall – etwa Unkenntnis der Pflichtteilklausel – nicht geltend gemacht haben, die Beteiligte zu 4 vielmehr selbst davon ausgeht, dass sie durch das Verlangen des Pflichtteils die Stellung als Schlusserebin verloren hat.

c) Die Erblasserin konnte mit der „Bestätigung“ vom 4.8.1985 die Beteiligten zu 4 und 5 nicht wieder als Schluss-

erben einsetzen, weil dies die Rechte der im gemeinschaftlichen Testament vom 18.2.1964 eingesetzten Schlussereben beeinträchtigen würde (§§ 2270, 2271 Abs. 2, § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB).

aa) Das Landgericht geht zutreffend davon aus, dass die Schlussereinsetzung jedes Ehegatten wechselbezüglich ist zu seiner Einsetzung als alleiniger Erbe des anderen Ehegatten. Bei einem Berliner Testament wie dem vorliegenden ist typischerweise anzunehmen, dass jeder Ehegatte die gemeinsamen Abkömmlinge nur deswegen für den ersten Todesfall von der Erbfolge ausschließt, weil die gemeinsamen Abkömmlinge dafür auch vom anderen Ehegatten als Schlussereben eingesetzt werden (vgl. § 2270 Abs. 2 Hs. 2 BGB; BayObLG, FamRZ 1995, 1447/1448).

bb) Der Meinung des Landgerichts, von der Schlussereinsetzung sei aber die durch die Pflichtteilklausel getroffene Regelung zu trennen, und diese stelle eine „andere Verfügung“ im Sinne von § 2270 Abs. 3 BGB dar, habe also nicht wechselbezüglich getroffen werden können, kann nicht gefolgt werden. Die Regelung der Pflichtteilklausel ist von der Schlussereinsetzung nicht zu trennen; sie modifiziert diese in der Weise, dass die Einsetzung eines jeden Abkömmlings zum Schlussereben auflösend bedingt ist dadurch, dass er beim ersten Todesfall den Pflichtteil fordert. Tritt diese auflösende Bedingung ein, so entfällt nicht nur seine Einsetzung zum Schlussereben; gleichzeitig ändern sich auch die Erbquoten der übrigen, den Pflichtteil nicht verlangenden Schlussereben infolge der Anwachsung (vgl. oben unter 2. a) aa). Fallen, wie hier, zwei Schlussereben dadurch weg, dass sie den Pflichtteil nach dem erstversterbenden Elternteil verlangen, so wird aus der $\frac{1}{6}$ -Erbquote der übrigen Schlussereben eine $\frac{1}{4}$ -Erbquote. Diese würde beeinträchtigt, wenn die Erblasserin die weggefallenen Schlussereben durch (einseitige) letztwillige Verfügung wieder als Erben zu je $\frac{1}{6}$ einsetzen könnte. Da die Pflichtteilklausel nur die Schlussereinsetzung modifiziert, von ihr aber nicht als selbständige Verfügung zu trennen ist, handelt es sich bei ihr um einen Bestandteil einer (wechselbezüglichen) „Erbinsetzung“, nicht um eine „andere Verfügung“ im Sinne von § 2270 Abs. 3 BGB. Der überlebende, das Erbe annehmende Ehegatte ist an sie gebunden (*Lübbert*, NJW 1988, 2708).

d) Da an Stelle des verstorbenen Vaters der Beteiligten zu 6 nach der Auslegungsregel des § 2069 BGB diese selbst getreten ist – wobei es keine Rolle spielt, dass sie das Erbe ihres Vaters ausgeschlagen hat, denn es geht hier um die Erbfolge nach ihrer Großmutter –, entspricht der vom Nachlassgericht angekündigte Erbschein der Rechtslage. Das Landgericht hätte den Vorbescheid also nicht aufheben dürfen, vielmehr die Beschwerde der Beteiligten zu 5 a) bis i) zurückweisen müssen.

3. Soweit der Beschluss des Landgerichts den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen hat, muss er im Übrigen auch aus formellen Gründen aufgehoben werden. Wird im Erbscheinsverfahren – wie hier – gegen einen Vorbescheid Beschwerde eingelegt, so kann das Landgericht zwar den Vorbescheid aufheben; es kann auch das Nachlassgericht anweisen, einen Erbschein zu erteilen, der seiner Rechtsansicht entspricht, falls ein dieser Rechtsansicht entsprechender Erbscheinsantrag bereits gestellt ist. Das Beschwerdegericht darf aber nicht einen oder mehrere Erbscheinsanträge endgültig zurückweisen, weil ihm dieser Verfahrensgegenstand nicht angefallen ist (BayObLG, FamRZ 1986, 604/606; FamRZ 1992, 1102/1103 f.; *Keidel/Kahl*, § 19 Rdnr. 15 a; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 63. Aufl., § 2353 Rdnr. 31).

Anmerkung:**1. Pflichtteils klauseln – Problemstellung**

Pflichtteilsstrafklauseln finden sich vor allem bei eigenhändigen gemeinschaftlichen Testamenten sehr häufig. Dahinter steckt offensichtlich der Glaube, dass dadurch der längerlebende Ehegatte vor Pflichtteilsansprüchen der zunächst enterbten Kinder vollständig geschützt werden könne. Ich hatte in dieser Zeitschrift bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass diese Klauseln oftmals mehr Probleme schaffen, als sie lösen können (MittBayNot 1996, 80 – Der Pflichtteil der Schwiegertochter; MittBayNot 1999, 265 – Die Tücken von Pflichtteils klauseln). In der qualifizierten kautelarjuristischen Literatur setzt sich daher zu Recht die Erkenntnis durch, dass derartige Anordnungen nur mit äußerster Vorsicht verwendet werden sollten (so etwa *Tanck* in *Tanck/Krug/Daragan*, Testamente, 2. Aufl. 2002, § 20 Rdnr. 93 ff. mit differenzierten Gestaltungsvorschlägen). Und Altmeister *Langenfeld* bestätigt dies Auffassung ausdrücklich (Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2002, Rdnr. 341 a. E.). Der vorstehende Beschluss des BayObLG beschäftigt sich eindrucksvoll mit den Tücken von Pflichtteilsstrafklauseln. Die sich aus der Pflichtteilsgeltendmachung ergebenden nachteiligen Wirkungen, die zu einer Enterbung des betreffenden Abkömmlings und zugleich zu einer damit korrespondierenden Vergrößerung der Erbteile der anderen Schlusserben im Wege der Anwachsung führt, hatten die Beteiligten dadurch rückgängig zu machen versucht, dass später der bereits vom überlebenden Elternteil geleistete Pflichtteilsbetrag zurückgezahlt wurde. Das BayObLG sah darin einen untauglichen Versuch, weil der Erhöhung der Erbteile der anderen Schlusserben in Folge des Eingreifens der Verwirkungsklausel wechselbezügliche Wirkung zukomme, die nicht nachträglich dadurch wieder beseitigt werden könne, dass der längerlebende Ehegatte nochmals die Erbeinsetzung korrigiert.

Die Entscheidung ist teilweise auf Ablehnung (*Ivo*, ZEV 2004, 205), aber offenbar auch auf Zustimmung gestoßen (zumindest wurde sie in der gerade erschienenen 4. Aufl. des MünchKommBGB zum Erbrecht von *Leipold* ohne jede Kritik übernommen, vgl. § 2074 Rdnr. 40).

2. Systematik und Zwecke von Pflichtteils klauseln

Der Sache nach handelt es sich hier um eine automatisch wirkende Ausschlussklausel (zur Systematisierung vgl. etwa *Dittmann/Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 4. Aufl. 2002, Systematischer Teil E Rdnr. 94 ff.; vgl. auch *Weirich*, Erben und Vererben, 4. Aufl. 2004, Rdnr. 917 ff.). Sie führt mit der wirksamen Pflichtteilsgeltendmachung damit automatisch zu einer Enterbung im Schlusserbfall. Voraussetzung wie auch Wirkung derartiger Klauseln erschließen sich aber dem Rechtsanwender nur, wenn er sich die grundlegende Systematik und vor allem die Zwecke derartiger Klauseln vergegenwärtigt.

Die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch die Abkömmlinge stellt einen ganz erheblichen Störfaktor bei der Nachlassplanung von Ehegatten dar, wenn sich die Ehegatten zunächst gegenseitig zu Erben berufen wollen, insbesondere im Fall der sog. „Einheitslösung“ des Berliner Testaments (*Langenfeld*, a. a. O., Rdnr. 340 ff.). Zum einen deshalb, weil sie den längerlebenden Ehegatten wirtschaftlich mit einer meist nicht unerheblichen Auszahlungsverpflichtung belasten. Zum anderen führt das nicht vorausbedachte Pflichtteilsverlangen mitunter zu einer ganz anderen Nachlassbeteiligung, als die Ehegatten sich das vorgestellt hatten. Denn auch hier gilt für die Abkömmlinge: Wer zuerst kommt, mahlt zuerst, d. h. er erhält zunächst den Pflichtteil bereits aus dem

Nachlass des erstversterbenden Elternteils und dann später als Schlusserbe nochmals die ihm zugedachte Erbquote, die er allerdings entgegen der Erwartung der Eltern um den vorab geltend gemachten Pflichtteil und zu Lasten seiner loyalen Geschwister aufgestockt hat.

Die gesetzliche Regelung wird als ungenügend betrachtet (*Dittmann/Reimann/Bengel/J. Mayer*, § 2269 Rdnr. 81 ff.). Daher wird versucht, durch entsprechende Testamentsgestaltungen diese unerwünschte Wirkung der Pflichtteilsforderung zu verhindern oder einzudämmen. Da die Pflichtteilsforderung der Abkömmlinge, abgesehen von den seltenen Fällen der Pflichtteilsentziehung (§§ 2333 ff. BGB), einseitig nicht ausgeschlossen werden kann, versucht man, die Pflichtteilsgeltendmachung wirtschaftlich möglichst uninteressant zu machen. Pflichtteils klauseln dienen dabei (*Lübbert*, NJW 1988, 2708 f.; *J. Mayer*, MittBayNot 1996, 80; *Kasper* in *Scherer*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 2002, § 24 Rdnr. 9 ff.; *Seubert*, Die Jastrowsche Klausel, 1999, 72 ff.) der

- Entlastung des längerlebenden Ehegatten von der Pflichtteilsauszahlung und den damit verbundenen finanziellen und persönlichen Belastungen,
- Vermeidung einer ungerechten Bevorzugung des Kindes, das vorzeitig seinen Pflichtteil verlangt,
- Belohnung der „loyalen Kinder“, die den letzten Willen respektieren, durch Sicherung der als angemessen betrachteten Nachlassbeteiligung.

3. Die Falllösung

Entsprechend der klassischen Zweiteilung zerfällt die Problemlösung auch in dem oben genannten Fall in zwei Teile: zum einen in die Tatbestandsseite, zum anderen hinsichtlich der Rechtsfolge.

3.1 Tatbestands voraussetzungen der Pflichtteils klausel

Mit der Tatbestandsseite beschäftigt sich der oben genannte Beschluss noch relativ ausführlich. Das BayObLG bestätigt dabei seine frühere Rechtsprechung, dass der Pflichtteilsberechtigte bewusst, also in Kenntnis der Verwirkungsklausel, seinen Pflichtteil geltend machen muss, damit die Pflichtteils klausel eingreift. Weitere subjektive Voraussetzungen, etwa dass es eines böswilligen Auflehns gegen den Erblasserwillen bedarf, seien nicht erforderlich (BayObLGZ 1990, 58, 62 = MittBayNot 1990, 251). Damit entspricht das BayObLG einer in der Literatur weit verbreiteten, zutreffenden Meinung, die sich dafür ausspricht, auf das subjektive Element, zumindest in Form einer Vorwerfbarkeit, völlig zu verzichten (*Staudinger/Otte*, § 2074 Rdnr. 64; MünchKommBGB/*Leipold*, § 2074 Rdnr. 40; abschwächend *AnwK-BGB/Gierl*, 2004, § 2269 Rdnr. 103: bewusste Auflehnung nicht erforderlich). Nur dies wird aber dem Zwecke der Pflichtteils klauseln gerecht. Daher habe ich immer wieder dafür plädiert, derartige Anordnungen nicht als „Pflichtteilsstrafklausel“, was eine subjektive Vorwerfbarkeit indiziert, zu formulieren, sondern allgemein von Pflichtteils klauseln zu sprechen. Andererseits darf man nicht verkennen, dass die Pflichtteilsgeltendmachung in erbschaftsteuerlicher Hinsicht eine ganz interessante Gestaltung bei größeren Nachlässen darstellen kann, denn der Pflichtteil ist u. U. ein ganz erheblicher Abzugsposten (§§ 10 Abs. 5 Nr. 2, 9 Abs. 1 b ErbStG; eingehend dazu jetzt etwa *J. Mayer*, DStR 2004, 1241, 1245 ff.; s. auch bereits *Dressler*, NJW 1997, 2450). Dies wird teilweise sogar von Steuerrechtsprofessoren verkannt (*Loritz*, ZEV 1999, 187), ja, die ausgezeichneten Bemühungen von Kautelarjuristen, die praktische Konkordanz zwischen den schwierigen zivilrechtlichen Fragen und der steuerrecht-

lichen Optimierung herzustellen, werden als „zweifelhaft“ bezeichnet (MünchKommBGB/*Leipold*, 2074 Rdnr. 40 Fn. 103, gegen *Radke*, ZEV 2001, 136). Wer sich aber in der Praxis dieser schwierigen Gratwanderung verweigert, der hat sicherlich einen Haftungsfall. Ob dieser erfolgreich ist, lasse ich dahingestellt.

3.2 Rechtsfolgen der Pflichtteilklauseln

Aber auch, wenn man das tatbestandsmäßige Eingreifen einer derartigen Pflichtteilklausel bejaht, stellt sich doch die Frage nach den Rechtsfolgen. Das BayObLG geht hier nur sehr kurz darauf ein. Eine Selbstverständlichkeit ist dabei, wenn es betont, dass der mit dem Pflichtteilsverlangen eingetretene Wegfall der Schlusserbeneinsetzung des betreffenden Abkömmlings mit der Rückzahlung des Pflichtteils nicht einfach im Nachhinein entfallen kann. Dies ist insofern richtig, als die Einsetzung des Schlusserben bei derartigen Pflichtteilklauseln unter der auflösenden Bedingung der Pflichtteilsgeltendmachung nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten steht. Daran schließt sich allerdings die Frage an, welche Auswirkungen dies auf die erbrechtliche Bindung hat. Die diesbezüglichen Ausführungen des BayObLG sind nur sehr kurz. Es betont, dass die Schlusserbeneinsetzung der Ehegatten wechselseitig ist. Dem wird man angesichts der gesetzlichen Auslegungsregelung (§ 2270 Abs. 2 Hs. 2 BGB) nicht widersprechen können. Jedoch stellt sich die Frage, ob die Erbteile der Abkömmlinge, die ihren Pflichtteil nach dem Tod des Erstversterbenden der Eltern geltend gemacht haben, damit nicht „freiwerden“. Das BayObLG verneint dies deswegen, weil infolge einer Anwachsung diese freiwerdenden Erbteilsquoten den anderen, bindend als Erben eingesetzten Abkömmlingen zukommen würden. Dabei hatte erst unlängst *Keller* (ZEV 2002, 440) ausführlich erörtert, ob einer solchen Anwachsung überhaupt eine Bindungswirkung i. S. des § 2270 Abs. 2 BGB zukommen könne. Dabei ist es sicherlich nur oberflächlich, wenn man diskutiert, dass solche Strafklauseln nicht wechselseitig oder erbvertraglich bindend auszugestalten wären (so aber etwa *Langenfeld*, a. a. O., Rdnr. 341), weil derartige Klauseln in § 2270 Abs. 2 BGB nicht erwähnt sind. Und immerhin vertritt etwa *Musielak* (MünchKommBGB, § 2269 Rdnr. 65) die Auffassung, dass der überlebende Ehegatte an seine Verfügung nicht mehr gebunden sein soll, wenn von dem entsprechenden Kind der Pflichtteil gefordert wird. Die Pflichtteilsverwirkungsklausel solle vielmehr einen stillschweigend eingeräumten Änderungsvorbehalt enthalten. Die Problematik stellt sich somit wesentlich vielschichtiger dar, wenngleich das BayObLG hierauf nicht näher eingeht.

Ist die Pflichtteilklausel mit einer Schlusserbeneinsetzung verbunden, so korrespondiert sie insoweit mit dieser, als das, was infolge des Eingreifens der Verwirkungsklausel wegfällt, aufgrund Anwachsung (§ 2094 f. BGB) oder Ersatzberufung (§ 2096 BGB) den anderen Schlusserben zufällt. Wegen dieser „Reflexwirkung“ kann bei dieser Fallgestaltung eine Bindung bzw. Wechselbezüglichkeit vorliegen (*Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., 2001, § 24 IV 6 b; *Radke*, NotBZ 2001, 18; *Lübbert*, NJW 1988, 2709; *Strobel*, MDR 1980, 364; zumindest missverständlich die Empfehlung von *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, Rdnr. 240), was jedoch jeweils im Einzelfall zu prüfen ist, insbesondere bei einer Ersatzerbenberufung nach § 2069 BGB (vgl. dazu BGH, DNotZ 2002, 661). Allein aus dem Umstand, dass es sich bei der enterbenden Pflichtteilklausel um eine auflösende bedingte Erbeinsetzung handelt, kann dies aber nicht hergeleitet werden (*Radke*, a. a. O.; unzutreffend daher *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 596; *Soergel/M. Wolf*, 13. Aufl. 2003, § 2269 Rdnr. 35). Nur wenn aufgrund einer solchen

Prüfung zu bejahen ist, dass sich die Wechselbezüglichkeit solchermaßen fortsetzt, kann von einer „Wechselbezüglichkeit der Pflichtteilklausel“ gesprochen werden.

Dann ist ein entsprechender Änderungsvorbehalt erforderlich, um die Testierfreiheit wiederzugewinnen. Jedoch kann u. U. im Wege der Auslegung eine solche Änderungsbefugnis gegenüber dem pflichtteilsverlangenden Abkömmling angenommen werden (BayObLGZ 1990, 58, 60; für die Annahme eines stillschweigenden Änderungsvorbehalts auch *Staudinger/Kanzleiter*, § 2269 Rdnr. 63, und für den o. g. Fall ausdrücklich *Ivo*, ZEV 2004, 205 a. E.). Die entsprechende Prüfung, ob nicht wenigstens bei Rückzahlung des Pflichtteils es dem mutmaßlichen Willen des Ehegatten entsprochen hätte, den alten Zustand durch eine ändernde Verfügung wiederherstellen zu können, vermisst man aber bei der o. g. Entscheidung.

4. Fazit

Man mag das unter vorstehender Ziffer 3 Gesagte als rein „akademische Überlegungen“ abtun, zu denen nur ein bayrischer Landnotar Zeit hat. Was aber bleibt, ist bei der Entscheidung des BayObLG das wirtschaftliche Ergebnis: Denn die den Pflichtteil geltend machenden Abkömmlinge haben alles verloren: Den Pflichtteil nach dem erstversterbenden Elternteil und den Erbteil nach dem Längerlebenden, es sei denn, man billigt diesen wenigstens einen Rückzahlungsanspruch nach Bereicherungsgrundsätzen zu. Aber hierzu vermisst man jeden Hinweis des BayObLG, so dass sich die Betroffenen wiederum durch den Instanzenzug quälen müssen.

Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein,
Lehrbeauftragter an der Universität Erlangen-Nürnberg

14. BGB §§ 1952 Abs. 1 und 3, 2270 Abs. 1, 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 (*Kein Recht zur Ausschlagung aus nur wegen der Ausschlagung wirksamer letztwilliger Verfügung*)

Eine den überlebenden Ehegatten bindende Schlusserbeneinsetzung in einem gemeinschaftlichen Testament wird nicht dadurch hinfällig und ein späteres widersprechendes Testament des Überlebenden nicht dadurch wirksam, dass nach dem Tode des zuletzt verstorbenen Ehegatten die von diesem in dem jüngeren Testament Bedachten als seine Erben die ihm von dem zuerst verstorbenen Ehegatten hinterlassene Erbschaft ausschlagen.

Das Recht auszuschlagen kann nicht aus einer letztwilligen Verfügung hergeleitet werden, die zunächst unwirksam ist und allenfalls infolge der Ausschlagung wirksam werden könnte (Anschluss an RGZ 95, 214, 218 f.).

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 1.7.2004, 3 W 102/04; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat

Die Beteiligten zu 1) bis 4) sind die Nichten und der Neffe der verstorbenen Erblasserin H. K. Die Erblasserin und ihr im Jahre 1997 vorverstorbenen Ehemann G. K. (im Folgenden auch: der Ersterblasser), die ohne Nachkommen waren, errichteten am 18.11.1991 handschriftlich ein gemeinschaftliches Testament. Darin setzten sie sich gegenseitig zu Alleinerben und die Beteiligte zu 4) als Schlusserbin ein. Nach dem Tod des G. K. wurde der Erblasserin ein Erbschein erteilt, der sie als seine Alleinerbin ausweist.

Am 11.3.1998 verfügte die Erblasserin zur Niederschrift eines Notars letztwillig dahin, dass sie das vorerwähnte Ehegattentestament widerrufe und zu ihren Erben die Beteiligten zu 1) bis 4) zu gleichen Teilen bestimme.

Die Beteiligte zu 4) hat nach dem Erbfall einen Erbschein beantragt, der bezeugt, dass sie die Erblasserin aufgrund des gemeinschaft-

lichen Ehegattentestaments vom 18.11.1991 allein beerbt hat; die Beteiligten zu 1) bis 3) sind dem Antrag unter Berufung auf ihre behauptete Miterbenstellung gemäß der letztwilligen Verfügung vom 11.3.1998 entgegengetreten. In dem Erbscheinsverfahren der Beteiligten zu 4) haben das Nachlassgericht und die Beschwerdekammer des Landgerichts dahin entschieden, dass die Erblasserin die am 11.3.1998 verfügte Einsetzung der Beteiligten zu 1) bis 4) als Miterben nicht mehr wirksam treffen konnte, weil die Berufung der Beteiligten zu 4) als alleinige Schlussrbin in dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 18.11.1991 von dem testierenden Ehemann bindend gewollt war; diese trichterliche Überzeugungsbildung hat der Rechtskontrolle im Verfahren der weiteren Beschwerde standgehalten (vgl. Senatsbeschluss vom 6.2.2003, 3 W 191/02); auch die Beteiligten zu 1) bis 3) gehen seither von einer Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Ehegattentestaments aus.

In der Absicht, die Bindungswirkung der letztwilligen Verfügung der Eheleute K. für die Erblasserin auf diesem Wege zu beseitigen und so dem sie begünstigenden Testament vom 11.3.1998 zur Gültigkeit zu verhelfen, haben die Beteiligten zu 1) bis 3) sodann – notariellem Rat folgend – am 19.3.2003 „als Miterben“ in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Nachlassgericht die Anfechtung der Annahme der Erbschaft nach dem vorverstorbenen Ehemann (Erblasser) durch die Erblasserin H. K. sowie die Ausschlagung dieser Erbschaft aufgrund der Berufung im Testament vom 18.11.1991 erklärt. Dazu machen sie geltend, dass die Erblasserin die Erbschaft nach ihrem Ehemann in Wirklichkeit nicht habe annehmen wollen; von der Möglichkeit einer Ausschlagung habe die Erblasserin keine Kenntnis gehabt; auch die Beteiligten zu 1) bis 3) hätten erst aufgrund der Senatsentscheidung vom 6.2.2003 von der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Ehegattentestaments und damit von der Notwendigkeit einer Erbausschlagung ausgehen müssen.

Die Beteiligten zu 1) bis 3) haben nunmehr einen Erbschein beantragt, der sie zusammen mit der Beteiligten zu 4) aufgrund der letztwilligen Verfügung der Erblasserin vom 11.3.1998 als Miterben zu je 1/4 ausweisen soll. Das Nachlassgericht hat die Erteilung des beantragten Erbscheins abgelehnt. Die dagegen eingelegte Beschwerde ist beim Landgericht ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer weiteren Beschwerde verfolgen die Beteiligten zu 1) bis 3) weiterhin das Ziel, das Nachlassgericht solle angewiesen werden, ihnen einen Erbschein mit dem beantragten Inhalt zu erteilen.

Aus den Gründen:

II.

1. Die weitere Beschwerde ist statthaft (§ 27 Abs. 1 FGG), nicht an eine Frist gebunden und formgerecht eingelegt (§ 29 Abs. 1 Satz 1 und 2 FGG). Die Berechtigung der Beteiligten zu 1) bis 3) zur Einlegung der weiteren Beschwerde ergibt sich gemäß §§ 20 Abs. 1, 29 Abs. 4 FGG schon aus der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerde.

2. Das sonach zulässige Rechtsmittel ist in der Sache unbegründet. Denn die angefochtene Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Vielmehr haben die Vorinstanzen zu Recht den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1) bis 3) zurückgewiesen, weil diese nicht (Mit-)Erben geworden sind.

Im Einzelnen gilt dazu Folgendes:

a) Die Beteiligten zu 1) bis 3) berufen sich für ihr behauptetes Erbrecht auf das Einzeltestament der Erblasserin vom 11.3.1998. Die darin verfügte Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) bis 4) als Miterben zu je 1/4 konnte die Erblasserin jedoch nicht mehr wirksam treffen. Denn sie war gemäß §§ 2271 Abs. 2 Satz 1, 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechend durch die – im vorliegenden Verfahren unstrittige – bindende Einsetzung der Beteiligten zu 4) zur alleinigen Schlussrbin in dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute K. vom 18.11.1991 in ihrer Testierfreiheit beschränkt und konnte deshalb nicht ihre frühere letztwillige Verfügung nach dem Tode ihres Mannes frei widerrufen (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 63. Aufl., § 2271 Rdnr. 9, 15 m. w. N.).

b) Die Stellung der Beteiligten zu 4) als alleinige Erbin ist auch nicht durch die am 19.3.2003 beim Nachlassgericht eingegangene Anfechtungs- und Ausschlagungserklärung (§§ 1945, 1955 BGB) der Beteiligten zu 1) bis 3) betreffend die Erbschaft der Erblasserin nach dem Ersterblasser rückwirkend beseitigt worden; ob die Ausschlagung und die gleichzeitig erklärte Anfechtung der Annahme der (Erst-)Erbschaft durch Versäumung der Ausschlagungsfrist (§§ 1956, 1955 BGB) rechtzeitig gewesen wären (§§ 1944 Abs. 1 und Abs. 2, 1954 Abs. 1 und Abs. 2 BGB), muss dabei nicht entschieden werden.

Denn jedenfalls steht ein Recht zur Ausschlagung der Erbschaft der Erblasserin nach ihrem Ehemann, so die Voraussetzungen dafür im Übrigen vorgelegen hätten (dazu unten c)), nicht den Beteiligten zu 1) bis 3) zu.

Zwar kann der durch eine im Sinne von § 2270 Abs. 1 BGB wechselbezügliche Verfügung (hier: die Einsetzung der Beteiligten zu 4) als alleinige Schlussrbin) gebundene überlebende Ehegatte nach dem Tode des anderen Ehegatten seine Testierfreiheit wiedergewinnen, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB). Richtig ist ferner, dass das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft vererblich ist (§ 1952 Abs. 1 BGB) und dass auch das Recht des Erben zur Anfechtung der Erbschaftsannahme – sofern es im Zeitpunkt des Todes noch besteht – nach seinem Ableben auf seine Erben übergeht (*MünchKommBGB/Leipold*, 3. Aufl., § 1954 Rdnr. 14).

Daraus können jedoch die Beteiligten zu 1) bis 3) im vorliegenden Fall nichts für sie Günstiges herleiten. Denn es ist anerkanntes Rechts, dass eine den überlebenden Ehegatten bindende Schlussrbeinsetzung in einem gemeinschaftlichen Testament nicht dadurch hinfällig und ein späteres widersprechendes Testament des Überlebenden nicht dadurch wirksam wird, dass nach dem Tode des zuletzt verstorbenen Ehegatten die von diesem in dem jüngeren Testament Bedachten als seine Erben die ihm von dem zuerst verstorbenen Ehegatten hinterlassene Erbschaft formgerecht ausschlagen (*Palandt/Edenhofer*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 17; *RGRK/Johannsen*, BGB, 12. Aufl., § 2271 Rdnr. 27; *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 13. Bearb., § 2271 Rdnr. 44; *AnwK-BGB/Seif*, § 2271 Rdnr. 51, jew. m. w. N.).

Im Streitfall folgt die fehlende Befugnis der Beteiligten zu 1) bis 3) zur Ausschlagung der Erbschaft nach dem zuerst verstorbenen Ehemann G. K. schon daraus, dass sie nicht Erben der Erblasserin H. K. geworden sind. Das Recht auszuschlagen kann nicht aus einer Verfügung hergeleitet werden, die zunächst unwirksam ist und allenfalls infolge der Ausschlagung wirksam werden konnte (so zutreffend RGZ 95, 214, 218 f.). So liegen die Dinge hier. Da die Beteiligten zu 1) bis 3) in der gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügung der Eheleute K. vom 18.11.1991 nicht zu Erben eingesetzt waren, könnten sie die Erblasserin nur aufgrund deren späterer Verfügung von Todes wegen vom 11.3.1998 beerbt haben. Dieses jüngere Testament würde jedoch, wenn überhaupt, erst durch die von den Beteiligten zu 1) bis 3) erklärte Ausschlagung wirksam werden. Sind die Beteiligten zu 1) bis 3) aber bis zu einem Wegfall des gemeinschaftlichen Testamentes gar nicht Erben der H. K., können sie auch nicht im Erbgang deren Rechte zur Ausschlagung bzw. zur Anfechtung der Erbschaftsannahme erworben haben.

Es bedarf deshalb vorliegend auch keiner Auseinandersetzung mit der Streitfrage, ob – so die herrschende Meinung – nur der überlebende Ehegatte selbst zur Ausschlagung mit der in § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB geregelten Wirkung berechtigt ist, oder ob die Wirksamkeit einer im Widerspruch zum gemein-

schaftlichen Testament stehenden letztwilligen Verfügung auch durch Ausschlagung seitens der Erben des längstlebenden Ehegatten herbeigeführt werden kann. Denn auch von den Autoren, die eine Ausschlagung durch die Erbeserben für zulässig halten, wird dieses Recht nur den Erben des zuletzt verstorbenen Ehegatten zugesprochen, die gemäß dem gemeinschaftlichen Testament zu (Schluss-)Erben berufen sind (*Musielak*, Festschrift für Kegel [1987], S. 433 ff., 452, 455, und *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2271 Rdnr. 19). Das ist bei den Beteiligten zu 1) bis 3) indes nicht der Fall.

Nach alledem kann ferner unentschieden bleiben, ob die mit dem Vorgehen der Beteiligten zu 1) bis 3) bezweckte Beseitigung der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments im Übrigen auch daran hätte scheitern müssen, dass ohne Mitwirkung der Beteiligten zu 4) die übrigen Beteiligten als Erbeserben das der Erblasserin von deren Ehemann Zugewendete nicht vollständig, sondern zusammen nur zu $\frac{3}{4}$ Teilen der (Erst-)Erbschaft hätten ausschlagen können (§ 1952 Abs. 3 BGB).

c) Unabhängig von dem vorstehend Ausgeführten ist die Ausschlagung der der Erblasserin H. K. zugewendeten Erbschaft nach dem Ersterblasser G. K. auch aus weiteren Gründen nicht möglich.

Die Erblasserin hat mit Notarurkunde vom 23.9.1997 die Annahme der Erbschaft nach ihrem am 27.8.1997 verstorbenen Ehemann erklärt und die Erteilung eines Erbscheins entsprechend dem Ehegattentestament vom 18.11.1991 beantragt. Diese Erklärung ist am 8.10.1997 beim Nachlassgericht eingegangen. Das belegt der Inhalt der in den Tatsacheninstanzen beigezogenen Akte (...).

Mit der ausdrücklich erklärten Annahme der Erbschaft wurde die Erblasserin endgültig Erbin ihres Mannes und hat dadurch das Recht zur Ausschlagung verloren (§ 1943 Hs. 1 BGB).

Die Annahme der Erbschaft durch die Erblasserin ist auch nicht mit der Begründung anfechtbar, dass deren ausdrückliche Annahmeerklärung gegenüber dem Nachlassgericht von Willensmängeln beeinflusst gewesen sei.

Ein Irrtum über die Erklärungshandlung (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB) sowie ein Irrtum über die Bedeutung der Willenserklärung (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB) scheiden offensichtlich aus. Die Erblasserin hat sich nicht versprochen, im Ausdruck vergriffen oder sonst eine Erklärung abgegeben, die ihrem Erklärungswillen widersprach. Es lag aber auch kein Inhaltsirrtum vor. Da die Erblasserin den Behauptungen der Beteiligten zu 1) bis 3) zufolge von der Möglichkeit, eine angefallene Erbschaft auszuschlagen, nichts gewusst hat, sind erklärter Wille und wirklicher Wille gleich gewesen. Die angeblich fehlende Kenntnis des Ausschlagungsrechts ist ein bloßer Rechtsirrtum, der nach allgemeiner Ansicht unbeachtlich ist und nicht zur Anfechtung berechtigt (BayObLGZ 1995, 120, 127 = FGPrax 1995, 122 = NJW-RR 1995, 904 = FamRZ 1996, 59; BayObLGZ 1987, 357, 359 = NJW 1988, 1270 = FamRZ 1988, 324; *Palandt/Edenhofer*, a. a. O., § 1943 Rdnr. 1 und § 1954 Rdnr. 2; *Kraiß*, BWNNotZ 1992, 31, 33). Ein Irrtum bei der Willensbildung (Motivirrtum) berechtigt grundsätzlich nicht zur Anfechtung einer Willenserklärung. Streitig ist, ob eine Erbschaftsannahme in Unkenntnis bestehender Beschränkungen und Beschwerden – hier: Eintritt der Bindungswirkung gemäß § 2271 Abs. 2 BGB – gemäß § 119 Abs. 2 BGB angefochten werden kann (vgl. *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., S. 218; *Malitz/Benninghoven*, ZEV 1998, 415 ff.). Selbst wenn dem so sein sollte, müsste dann aber nach § 119 Abs. 1 BGB im Weiteren anzunehmen sein, dass die Erblasserin die Annahme der Erbschaft „bei Kenntnis der

Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht erklärt haben würde“. Davon kann jedoch im Streitfall nicht ausgegangen werden. Denn um sich von der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments durch Ausschlagung des ihr Zugewendeten zu lösen, hätte die Erblasserin, weil als gesetzliche Erben außer ihr nur zwei Geschwister ihres Ehemannes vorhanden waren, möglicherweise auch ihren gesetzlichen Erbteil ausschlagen müssen (zum Meinungsstand insoweit vgl. einerseits KG, OLGZ 1991, 6 ff. = NJW-RR 1991, 330, und andererseits z. B. *Tiedtke*, FamRZ 1991, 1259 ff.); lebten die Eheleute K. im gesetzlichen Güterstand, hätte sie die Geschwister ihres Ehemannes aber in jedem Fall mit einem Viertel an dessen Nachlass beteiligen müssen, um ihre Testierfreiheit wiederzugewinnen (vgl. §§ 1925 Abs. 1, 1931 Abs. 1 und Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB). Das hätte jedoch gerade nicht dem Willen der Erblasserin entsprochen, den sie im Zusammenhang mit der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments verlautbart hat. Denn danach ging ihr Bestreben ausdrücklich dahin, die Geschwister ihres Ehemannes von jeder Erbfolge fernzuhalten. Von daher ist auch auf der Grundlage der Sachdarstellung der Beteiligten zu 1) bis 3) zur behaupteten Fehlvorstellung bei der Erblasserin auszuschließen, dass diese bei Kenntnis der durch die Annahme der Erbschaft eintretenden Bindungswirkung die Annahmeerklärung nicht abgegeben und stattdessen die Erbschaft ausgeschlagen haben würde.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. BGB § 29 (*Amtsende des nur für bestimmte Aufgaben bestellten Notvorstand eines Vereins*)

Ist ein Notvorstand eines Vereins nur für bestimmte Aufgaben (z. B. Anmeldungen zum Vereinsregister, Einberufung einer Mitgliederversammlung) bestellt, endet sein Amt mit der Erfüllung dieser Aufgaben. Mit diesem Zeitpunkt erledigt sich die Hauptsache eines gegen den Bestellungsbeschluss anhängigen Beschwerdeverfahrens. Ob der Notvorstand diese Aufgaben ordnungsgemäß wahrgenommen hat (z. B. durch rechtlich mangelfreie Einberufung der Versammlung), kann nicht im Verfahren der – weiteren – Beschwerde gegen seine Bestellung geprüft werden.

BayObLG, Beschluss vom 9.7.2004, 3Z BR 012/04; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

16. FGG §§ 19, 27; HGB §§ 106 Abs. 2 Nr. 4, 125 Abs. 1, 161 Abs. 1, 162 Abs. 1; HRV § 17 (*Eintragung der abstrakten Vertretungsbefugnis bei GmbH & Co. KG*)

Bei einer GmbH & Co. KG reicht zur Eintragung der abstrakten Vertretungsbefugnis in das Register der Hinweis auf die Einzelvertretungsmacht jedes persönlich haftenden Gesellschafters aus. Eine Verweisung auf die grundsätzlich bestehende gesetzliche Möglichkeit einer abweichenden gesellschaftsvertraglichen Regelung ist nicht erforderlich.

OLG Köln, Beschluss vom 24.5.2004, 2 Wx 16/04

Mit notarieller Urkunde wurde von den Beteiligten u. a. Folgendes zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet:

„Die Gesellschaft hat einen oder mehrere persönlich haftende Gesellschafter. Zur Vertretung ist jeder persönlich haftende Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist.“

Auf diesen Antrag hin hat das Amtsgericht folgende Eintragung in Spalte 3 des Handelsregisters vorgenommen:

„Jeder persönlich haftende Gesellschafter vertritt einzeln.“

Der antragstellende Notar hat gegenüber der vorgenommenen Eintragung Bedenken geäußert. Aus dieser Handelsregistereintragung sei – abweichend von der Anmeldung – die abstrakte Vertretungsart nicht präzise ersichtlich. Er bat um Berichtigung der Eintragung gemäß Anmeldung. Die Rechtspflegerin hat die beantragte Anmeldung zur Vertretungsregelung zurückgewiesen, soweit sie über die vorgenommene Eintragung hinausgehe. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

2. Die in formeller Hinsicht bedenkenfreie weitere Beschwerde (§ 27 FGG) führt zur Abänderung des angefochtenen Beschlusses. Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 27 FGG, 545 ZPO).

a) Die vom Senat von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeit der Erstbeschwerde (vgl. BayObLG, NJW-RR 1986, 1161; BayObLGZ 1993, 73 [74]; Meyer-Holz in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, § 27 Rdnr. 2) ergibt, dass diese nicht statthaft war. Gegen eine Eintragung im Handelsregister ist nach jahrzehntelang gefestigter Rechtsprechung eine Beschwerde nicht statthaft (zuletzt Senat, FGPrax 2004, 88 = RNotZ 2004, 169 = ZIP 2004, 505, mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung und Literatur). Maßgebend hierfür sind Publizitätsgründe. Die Wirkungen der Eintragung sind endgültig eingetreten. Sie können durch Aufhebung oder Abänderung im Rechtszug nicht mehr rückgängig gemacht werden.

Hier bekämpfen die Beteiligten zwar nicht unmittelbar die Eintragung der Vertretungsregelung im Handelsregister. Sie wollen vielmehr eine Ergänzung dieser Eintragung dahin erreichen, dass die Vertretungsregelung entsprechend der Formulierung der Anmeldung, die dem Gesetzeswortlaut des § 125 Abs. 1 HGB entspricht, eingetragen wird. Auch insoweit ist ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung des Registergerichts, eine Eintragung zu ändern oder zu ergänzen, nicht statthaft (vgl. Senat, a. a. O., mit weiteren Nachweisen). Die Beschwerdeführer wenden sich nur formell gegen den die Ergänzung ablehnenden Beschluss der Rechtspflegerin. Sachlich greifen sie die nach ihrer Auffassung von Anfang an unrichtige, weil unvollständige Eintragung an. Sie halten die vom Registergericht vorgenommene Eintragung für unvollständig und damit unzutreffend.

b) Soweit in einem unzulässigen Rechtsmittel gegen eine im Handelsregister erfolgte Eintragung eine Anregung auf Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens mit dem Ziel der Löschung der bisherigen Eintragung und der Neueintragung entsprechend der Anmeldung gesehen kann (vgl. Senat, a. a. O., mit weiteren Nachweisen; vgl. auch MünchKomm/Langhein, HGB, 2004, § 106 Rdnr. 44), über die indes der Senat als Rechtsbeschwerdegericht nicht zu befinden hat, wird auf Folgendes hingewiesen:

Die vom Registergericht vorgenommene Eintragung ist nicht schon deswegen rechtlich zu beanstanden, weil sie nicht dem Wortlaut der notariellen Anmeldung vom 18.12.2003 ent-

spricht. Das Registergericht ist weder an den in Form eines Antrages oder einer Anregung herangetragenen Vorschlag der Fassung eines Registereintrages in der Anmeldung der Beteiligten noch an die in der Literatur vorgeschlagenen Formulierungen gebunden. Es kann nach pflichtgemäßem Ermessen die Art und Weise der Eintragung bestimmen. Das Registergericht muss hierbei die ihm mitgeteilten Tatsachen in eine inhaltlich mit diesen korrespondierende, rechtlich einwandfreie Registereintragung umsetzen (Senat, a. a. O.). Insoweit ist die von dem Registergericht vorgenommene Eintragung der Vertretungsregelung der KG keinen Bedenken ausgesetzt.

Die Eintragung ist aus sich heraus verständlich und gibt die Vertretungsverhältnisse in rechtlich korrekter Weise wieder. Seit der Neufassung der §§ 106, 162 HGB durch das Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation (ERJuKoG) vom 10.12.2001 (BGBl I, 3422) muss sich die organschaftliche Vertretungsmacht der persönlich haftenden Gesellschafter aus dem Handelsregister ergeben (Baumbach/Hopt, HGB, 31. Aufl. 2003, § 106 Rdnr. 12; MünchKomm/Langhein, a. a. O., § 106 Rdnr. 32). Die von dem Registergericht hier gewählte Formulierung „Jeder persönlich haftende Gesellschafter vertritt einzeln“ wird diesen Anforderungen gerecht. Sie entspricht der gesetzlich vorgesehenen, abstrakten Vertretungsregelung der „GmbH & Co. KG“. Bei ihr besitzt jeder persönlich haftende Gesellschafter grundsätzlich Einzelvertretungsmacht (§§ 161 Abs. 2 i. V. m. § 125 HGB), es sei denn, der Gesellschaftsvertrag sieht konkret eine abweichende Bestimmung vor. Entgegen der von dem Bevollmächtigten der Beteiligten in der Zeitschrift für notarielle Praxis (ZNotP 2002, 306 [309]) vertretenen Auffassung bedarf es keines Hinweises auf die nach dem Gesetz grundsätzlich bestehende Möglichkeit des Ausschlusses der Einzelvertretungsmacht durch abweichende Vertragsgestaltung (so auch der Formulierungsvorschlag bei Keidel/Krafka/Willer, a. a. O., Rdnr. 813 f., unklar Melchior/Schulte, HandelsregisterVO, 2003, § 13 Rdnr. 3). Die Mitteilung dieser Tatsache ist überflüssig. Der den Inhalt des Handelsregisters wahrnehmende Rechtsverkehr bedarf eines entsprechenden Hinweises nicht. Sieht der Gesellschaftsvertrag eine vom Grundsatz der Einzelvertretung abweichende Vertretungsgestaltung vor, so muss diese als konkrete Vertretungsregelung zum Register zwingend angemeldet und entsprechend eingetragen werden (Keidel/Krafka/Willer, a. a. O., Rdnr. 808; Schmidt, ZNotP 2002, 306 [309]).

17. BGB §§ 138, 139; GmbHG § 34 (*Sittenwidrigkeit einer Hinauskündigungsklausel*)

Eine schuldrechtliche Vertragsgestaltung, durch die einem Gesellschafter einer GmbH das Recht eingeräumt wird, den Gesellschaftsanteil eines Mitgesellschafters, der zugleich Geschäftsführer ist, bei Beendigung von dessen Organstellung durch Annahme eines unwiderruflichen Verkaufsangebotes des Mitgesellschafters zurückzuerwerben, verstößt auch dann gegen die guten Sitten und ist gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn dem Mitgesellschafter der Gesellschaftsanteil zuvor deswegen gegeben worden war, um ihm – im Rahmen eines „Geschäftsmodells“ – die Stellung eines geschäftsführenden Gesellschafters zu verschaffen und ihn dadurch zur optimalen Wahrnehmung seiner Geschäftsführerstellung zu motivieren.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 23.6.2004, 13 U 89/03

Die Beklagte ist die Holdinggesellschaft, die hinter allen deutschen „A“ als Mehrheitsgesellschafterin steht. Nach dem von der Beklagten gehandhabten Konzept besteht jeder einzelne der von ihr beherrschten A seinerseits in der Rechtsform einer GmbH, an der die Beklagte stets einen Mehrheitsanteil von etwa 90 % hält. Den Rest hält ein örtlicher, für das operative Geschäft zuständiger Geschäftsführer. Dessen Gesellschafterstellung bindet die Beklagte stets an die Anstellung als Geschäftsführer. Im betriebswirtschaftlichen Konzept der Beklagten spielt die Beteiligung des jeweiligen Vor-Ort-Geschäftsführers eine wesentliche Rolle als Motivierungs-Instrument: Jeder Vor-Ort-Geschäftsführer soll nach außen hin als „geschäftsführender Gesellschafter“, also wie ein Unternehmer, erscheinen und sich dadurch mit „seinem“ Markt besonders identifizieren. Vom wirtschaftlichen Erfolg oder Misserfolg der örtlichen GmbH ist der örtliche Geschäftsführer dabei aber nur begrenzt berührt: Er ist vereinbarungsgemäß nur am Gewinn, nicht hingegen am Verlust der örtlichen GmbH beteiligt. Den auf ihn entfallenden Gewinnanteil erhält er infolge einer jährlichen Vollausschüttung vollständig ausgezahlt. Die örtlichen Gesellschaften sind unterkapitalisiert und nur durch Patronatserklärungen usw. der Beklagten für die laufenden umfangreichen Wareneinkäufe kreditwürdig. Die für Expansionen usw. erforderliche Wirtschaftskraft entsteht nicht durch Rücklagenbildung oder Kapitalerhöhungen bei der örtlichen Gesellschaft, sondern geschieht bei der beklagten Holding. Dieses Geschäftsmodell hat die Beklagte in Deutschland bei den ca. 270 A eingeführt; es besteht ferner bei den wirtschaftlich in derselben Hand befindlichen Märkten der Kette B. Obwohl nach alledem die Gesellschafterstellung des örtlichen Geschäftsführers wirtschaftlich einer Gewinnbeteiligung ähnelt, erfüllen alternative Gestaltungsmöglichkeiten, etwa eine Tantiemenregelung, nach Meinung der Beklagten den Zweck der ausreichenden Motivierung des Geschäftsführers nicht.

Für den Kläger wurde dieses Geschäftsmodell wie folgt umgesetzt: Er wurde durch Dienstvertrag vom 17.9.1997 zum Geschäftsführer der den örtlichen Markt der Beklagten in O1 tragenden A C-GmbH O1 (künftig: A O1) bestellt. Er war zwar – zusammen mit einem weiteren, von der Zentrale der Beklagten entsandten Geschäftsführer – nur gesamtvertretungsberechtigt, durfte aber die nach interner Zuweisung in seiner Kompetenz liegenden operativen Entscheidungen, darunter die gesamte Warenbeschaffung sowie die Personaleinstellung und -entlassung, allein treffen. Durch notariell beurkundete Geschäftsanteilsabtretung vom 30.12.1997 erwarb der Kläger von der Beklagten einen zehnprozentigen Gesellschaftsanteil an der schon zuvor gegründeten und in das Handelsregister eingetragenen A O1 zu einem Kaufpreis in Höhe des Nominalwertes von 20.000 DM; dieser Vertrag enthält unter § 9 eine „salvatorische Klausel“. Am selben Tag wurde vor demselben Notar ein Angebot des Klägers zur Rückübertragung dieses Gesellschaftsanteils an die Beklagte beurkundet. Dieses war durch den Verlust seiner Organstellung als Geschäftsführer beim A O1 aufschiebend bedingt. Auch dieses Angebot enthielt eine „salvatorische Klausel“. Der Gesellschaftsvertrag der A O1 enthielt keine Bestimmung über ein „Hinauskündigungsrecht“. Durch Verträge vom 14.12.1998 wurde der Geschäftsanteil des Klägers auf 19.900 DM reduziert. Auf einer Gesellschafterversammlung vom 28.5.2001 beschloss die A O1 mit den Stimmen der Beklagten die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer und die ordentliche Kündigung seines Dienstvertrages. Dagegen ging der Kläger mit rechtlichen Mitteln nicht vor. Mit notariell protokollierter Erklärung vom 1.6.2001 nahm die Beklagte das Kauf- und Abtretungsangebot des Klägers vom 30.12.1997 an. Der Kläger erhielt für seinen Gesellschaftsanteil von der Beklagten als Abfindung eine Zahlung von 199.000 DM.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der durch das Kauf- und Abtretungsangebot vom 30.12.1997 und dessen Annahme zustande gekommene Vertrag verstoße gegen § 138 BGB, denn er stelle eine den guten Sitten widersprechende „Hinauskündigung“ dar, da die Beklagte ohne Kündigungsgrund nach ihrem Belieben die Gesellschafterstellung des Klägers beendet habe. In dieser Konstruktion aus Angebot und Annahme liege auch ein Verstoß gegen § 34 GmbHG, da die „Hinauskündigungs“möglichkeit nicht im Gesellschaftsvertrag selbst enthalten, sondern auf schuldrechtlichem Wege vereinbart worden sei.

Aus den Gründen:

II. (...)

2. Der Hilfsantrag des Klägers war abzuweisen. Der Kläger ist nicht Gesellschafter der A O1 GmbH geworden, denn sein Anteilserwerb vom 30.12.1997 bildet mit dem Rückübertragungsangebot vom selben Tag ein einheitliches Rechtsgeschäft. Das Rückübertragungsangebot ist wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, und seine Nichtigkeit ergreift den Anteilserwerb.

a.) Zu Recht hat das Landgericht dahin erkannt, dass das Rückübertragungsangebot des Klägers vom 31.12.1997 gegen die guten Sitten verstößt und deshalb gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Es entspricht einer gefestigten Rechtsprechung, dass eine „Hinauskündigungs-klausel“, sei diese im Gesellschaftsvertrag vereinbart oder sei sie, wie hier, durch einen schuldrechtlichen Vertrag herbeigeführt, dem personenrechtlich geprägten Verhältnis unter Gesellschaftern – und dies gilt sowohl für eine Personen- als auch für eine hier vorliegende Kapitalgesellschaft – zuwiderläuft. Mit der für eine Gesellschaft unabdingbaren Freiheit ihrer Mitglieder bei ihrer Entscheidungsfindung wird der durch die Möglichkeit einer „Hinauskündigung“, also einer allein vom Willen eines Gesellschafters oder eines Teils der Gesellschafter ohne deren Bindung an Kündigungsgründe abhängigen Beendigung, ausgehende Druck als nicht vereinbar angesehen (vgl. BGH, zuletzt Urteil des II. Zivilsenates vom 8.3.2004, ZIP 2004, 903 ff.; davor u. a. Urteil des II. Zivilsenates vom 9.7.1990, BGHZ 112, 103 ff., jeweils m. w. N.; diese Rechtsprechung wird in der Literatur fast einhellig zustimmend aufgenommen, vgl. MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2003, § 737 Rdnr. 17; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 34 Rdnr. 18; Scholz/H. P. Westermann, GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 34 Rdnr. 16; jeweils m. w. N.; die sehr grundsätzliche Kritik von Flume an dieser Rechtsprechung – vgl. dessen Anmerkung zum Urteil des II. Zivilsenates des BGH vom 25.3.1985, JZ 1985, 1106 ff. – ist vereinzelt geblieben). Der Senat folgt dieser gefestigten Rechtsprechung. Da es um den Schutz der Institution des Gesellschafterverhältnisses geht, kommt es vorliegend nicht darauf an, dass – anders als beispielsweise im Urteil des II. Senates des BGH vom 25.3.1985, JZ 1985, 1105 f. – der Schutz des vom Kläger in der A O1 angelegten Kapitals hier im Hinblick auf die in der Gewinnausschüttung und Kapitalaufbringung großzügige Behandlung des Klägers keine Rolle spielt.

b.) Die „Hinauskündigungs“klausel ist hier auch nicht ausnahmsweise deswegen wirksam, weil ein sachlicher Grund für sie vorläge.

– Der Versuch der Beklagten, hier einen Ausnahmefall nach dem Vorbild im Urteil des BGH vom 19.7.1990 (BGHZ 112, 103 ff.) darzutun, überzeugt in keiner Weise. Auch wenn die Beklagte faktisch die operative Führung des As O1 dem Kläger zur selbständigen Ausübung überlassen hatte, befand sie sich deswegen keineswegs „in der Hand des Klägers“. Denn – anders als im vom BGH 1990 entschiedenen Fall, in dem das „Hinauskündigungsrecht“ einem Minderheitsgesellschafter zustand, der das gesamte Kapital aufgebracht, aber auf die Führung der Gesellschaft keinerlei wirksamen Einfluss hatte – befand sich vorliegend die Beklagte im Besitz der für alle denkbaren Entscheidungen erforderlichen Mehrheit. Sie hatte es deswegen rechtlich in der Hand, die von ihr eingeräumte selbständige Stellung des Klägers als Geschäftsführer jederzeit sofort zu beenden. Durch den zweiten, von ihr in die Ge-

- schäftsleitung der A O1 entsandten Geschäftsführer war die Beklagte ferner stets über die geschäftlichen Handlungen des Klägers im Bilde und so auch tatsächlich zu jeder erforderlichen schnellen Reaktion in der Lage.
- Anders als das OLG Düsseldorf in seinem in einem Parallelfall ergangenen Urteil vom 16.1.2004 (I-17 U 50/03, ZIP 2004, 1804), und mit dem Landgericht im angefochtenen Urteil, sieht der Senat auch das von der Beklagten zur Motivierung ihrer örtlichen Geschäftsführer entwickelte „Geschäftsmodell“ nicht als ausreichenden sachlichen Grund für eine ausnahmsweise Zulässigkeit einer „Hinauskündigungs Klausel“ an. Der Senat vermag nicht zu erkennen, welche rechtlich schützenswerten Vorteile gegenüber einer Tantiemenregelung dieses „Geschäftsmodell“ für die Beklagte bietet. Was einzig in Frage käme, wäre die von der Beklagten behauptete Motivationswirkung für den örtlichen Geschäftsführer. Diese soll sich nach dem Vortrag der Beklagten daraus ergeben, dass der örtliche Geschäftsführer sich – auf seiner Visitenkarte und sonst im geschäftlichen Auftreten – als „geschäftsführender Gesellschafter“ bezeichnen kann. Da der örtliche Geschäftsführer aber zu jedem Zeitpunkt genau weiß, dass er mit seinen weniger als 10 % Gesellschaftsanteil nur eine in allen Fragen überstimmbare Minderheit darstellt, dass diese Stellung zudem an seine Geschäftsführerstellung gebunden ist, dass er mit „seiner“ Gesellschaft nicht über das erforderliche Kapital für eine selbständige geschäftliche Existenz verfügt und dass er zudem nicht allein, sondern nur zusammen mit seinem Mit-Geschäftsführer für die Gesellschaft handeln kann, kann er selbst sich über seine eingeschränkte wahre Stellung nicht hinwegtäuschen: Er kann sich selbst nicht wirklich als Unternehmer, sondern muss sich immer, in der Terminologie des Soziologen S, als „angestellten Direktor“ betrachten. In seinem Selbstbild kann er daher nicht wirklich aufgewertet sein. Auch in sach- und fachkundigen Kreisen, auf deren kollegiale Anerkennung der örtliche Geschäftsführer Wert legen und die ihn psychisch stützen mag, ist angesichts der vielhundertfachen Verbreitung dieses „Modells“ in den Märkten der Beklagten mit Sicherheit bekannt, wie eingeschränkt seine Gesellschafterstellung in Wahrheit ist, so dass er ein ihm stärkendes Prestige damit nicht gewinnen kann. Was bleibt, ist allein ein möglicherweise gesteigertes Ansehen des örtlichen Geschäftsführers in den Augen wenig informierter Dritter, das allenfalls seiner Eitelkeit, sollte er zur Eitelkeit neigen, zu schmeicheln geeignet ist, dessen allenfalls geringe motivationsbildende Wirkung der Senat aber nicht als ausreichend betrachtet, um sie rechtlich zu schützen. Der Senat hat – angeregt durch die oben zitierte Anmerkung von *Flume* – schließlich erwogen, ob angesichts der weiten Verbreitung dieses „Geschäftsmodells“ der Beklagten und der Tatsache, dass nach dem unwidersprochenen Vortrag der Beklagten lediglich vorliegend der O1er und im Düsseldorfer Parallelverfahren der O3er örtliche Geschäftsführer sich gegen dessen Wirksamkeit gewandt haben, das harte Urteil der Sittenwidrigkeit empirisch überhaupt zu halten ist; er hat diese Frage – mit den Gründen des II. Zivilsenates des BGH – bejaht.
- c.) Die somit gegebene Sittenwidrigkeit des Rückübertragungsangebotes vom 31.12.1997 hat die Nichtigkeit auch des am gleichen Tag erfolgten Anteilserwerbs durch den Kläger zur Folge (§ 139 BGB). Beide Rechtsgeschäfte bilden eine Einheit. Denn es ist ausgeschlossen, dass dem Kläger sein Gesellschaftsanteil übertragen worden wäre, wenn den Parteien die Nichtigkeit des Rückübertragungsangebotes bekannt gewesen wäre.
- Der Einheitlichkeit steht nicht entgegen, dass die miteinander verbundenen Teile des Rechtsgeschäftes, hier Anteils-erwerb und Rückübertragungsangebot, in getrennten Urkunden vorgenommen wurden (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl. 2004, § 139 BGB Rdnr. 5; BGH v. 9.2.1990, NJW 1990, 1473, 1474 m. w. N.).
 - Entscheidend für die Zusammengehörigkeit ist, dass nach dem für den Kläger erkennbaren Willen der Beklagten die Anteilsübertragung mit dem Angebot zur Rückübertragung „stehen und fallen“ sollte (zu diesem Kriterium grundlegend BGH v. 30.4.1976, NJW 1976, 1931, 1932). Dieser Wille folgt zunächst, als einem Indiz, aus dem engen zeitlichen Zusammenhang der Errichtung beider Urkunden am selben Tag unmittelbar nacheinander. Er folgt ferner daraus, dass die Beklagte bei allen ihren örtlichen Gesellschaften den örtlichen Geschäftsführer nach demselben Modell beteiligt und sich, wie sie auf Befragen des Gerichtes noch in der mündlichen Verhandlung vom 12.5.2004 unwidersprochen vorgetragen hat, in keinem Fall auf Regelungen einlässt, die eine Beendigung der Gesellschafterstellung des örtlichen Geschäftsführers an Kündigungsgründe bindet. Er folgt schließlich aus der für den Minderheitsgesellschafter großzügigen Regelung für die Kapitalaufbringung und Gewinnausschüttung, die beide Ausdruck des dem Kläger erkennbaren Bemühens der Beklagten sind, kein nennenswertes Kapital des örtlichen Geschäftsführers in der Gesellschaft anzusammeln. Schließlich spricht die „salvatorische Klausel“ in dem Kauf- und Abtretungsvertrag vom 30.12.1997 von einer „Gesamtregelung“, in die sie eingebettet sei, womit nach Lage der Dinge nur das Rückübertragungsangebot vom selben Tag gemeint sein kann.
 - Keine der salvatorischen Klauseln, weder die in dem Anteilsübertragungsvertrag noch die im Angebot auf die Rückübertragung enthaltene, verhilft dem Anteils-erwerb zur Wirksamkeit. Zwar ist im Rahmen der Vertragsfreiheit eine Abbedingung von § 139 BGB möglich, was in grundsätzlich wirksamer Weise durch so genannte „Ersetzungsklauseln“ (vgl. dazu beispielsweise *MünchKommBGB/Mayer-Maly/Busche*, 4. Aufl. 2001, § 139 BGB Rdnr. 5) erfolgen kann, wie sie hier Verwendung gefunden haben. Jedoch ist eine wirksame Ersetzung vorliegend nicht möglich, denn durch die Teilnichtigkeit des Rückübertragungsangebotes wird der Gesamtcharakter des Vertrags gerade in seinem wesentlichen Kern verändert (vgl. für eine ähnliche Konstellation das Urteil des IX. Senates des BGH vom 30.1.1997, NJW 1997, 684, 685 re. Sp. oben). Eine Regelung, „die – so weit nur möglich – dem am nächsten kommt, was nach Sinn und Zweck dieses Vertrages gewollt ist“, kann in dem hier vorliegenden Fall rechtlich wirksam nicht getroffen werden. Denn angestrebt war, dass die Beklagte sich jederzeit ohne Kündigungsgründe von ihrem örtlichen Geschäftsführer als Gesellschafter lösen können wollte. Keine diese weitgehende Freiheit bei der Trennung einschränkende Regelung wäre für die Beklagte interessengerecht gewesen. Die Beklagte hätte es, gerade im Hinblick auf die allgemeine Einführung dieses Geschäftsmodells in ihren vielen Betrieben, nach Überzeugung des Senates niemals hingenommen, an die einzelnen örtlichen Geschäftsführer als Gesellschafter über eine Kündigung bezüglich deren Organstellung hinaus gebunden geblieben zu sein. Eine einschränkende Auslegung der „Hinauskündigungs-klausel“ in dem Sinne, dass nur eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässig ist, scheidet damit aus.
 - Die Nichtigkeit des Anteilserwerbs durch den Kläger scheitert auch, entgegen der vom Kläger in seinem Schrift-

satz vom 28.5.2004 geäußerten Auffassung, nicht daran, dass der Schutz des vor einer „Hinauskündigung“ zu schützenden Gesellschafters eine Aufrechterhaltung der Wirksamkeit des Anteilserwerbs deswegen fordert, weil sonst der von der Beklagten gewollte sittenwidrige Zweck der „Hinauskündigung“ auf einem anderen Weg erreicht würde. Die Auffassung des Klägers trifft nicht zu, dass bei einer Nichtigkeit des Anteilserwerbs das rechtswidrige Geschäftsmodell der Beklagten im Ergebnis aufrechterhalten würde. Auch für die Beklagte bleiben nämlich, sollte es im weiteren Verfahrensgang bei der Feststellung der Unwirksamkeit ihres Geschäftsmodells bleiben, sehr schwerwiegende Folgen: Sie verfügt mit ihren sämtlichen, hunderten, örtlichen Geschäftsführern nicht mehr über rechtlich wirksame Gesellschaftsverträge. Sie muss den örtlichen Geschäftsführern mitteilen, dass deren Beitritt durch die Anteilsübertragung unwirksam war und ihre Gesellschafterstellung nicht besteht. Die motivierende Wirkung dürfte dadurch, soweit sie überhaupt je bestanden hat, hinfällig werden, was zur Folge haben wird, dass die Beklagte sich, was wiederum erwünscht ist, künftig um eine rechtlich zulässige Gestaltung etwa in Form einer Tantiemenvereinbarung bemühen wird.

d.) Da die A OI als Gesellschaft schon vor dem Beitritt des Klägers gegründet und in das Handelsregister eingetragen war, ist nicht der Gesellschaftsvertrag dieser GmbH, die eine zulässige Einpersonen-GmbH darstellt, sondern lediglich der Beitritt des Klägers unwirksam (vgl. zu dieser Situation *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 2 Rdnr. 70 ff.; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 2 Rdnr. 38 f.; jeweils m. w. N.). Der Anwendung der Lehre von der „faktischen Gesellschaft“ bedarf es nicht; der Kläger ist nicht Gesellschafter geworden, sein Geschäftsanteil ist nicht entstanden (vgl. *Baumbach*, a. a. O., Rdnr. 39). Wie dem Kläger seine Mitwirkung an der Tätigkeit der Gesellschaft für die Zeit seiner scheinbaren Mitgliedschaft auszugleichen ist, ist nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits (weil es nicht darauf ankommt, ob und inwieweit der Kläger durch die Gewinnausschüttungen und die Ausgleichssumme abgefunden ist).

18. GmbHG §§ 16 Abs. 3, 19 Abs. 1 (*Keine Tilgung der Stammeinlageforderung bei Aufrechnung durch Gesellschafter*)

Ein Gesellschafter darf die Stammeinlageforderung nicht von sich aus durch Aufrechnung tilgen; vielmehr darf nur die GmbH mit der offenen Stammeinlageforderung eine eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter durch Aufrechnung zum Erlöschen bringen. Dies gilt jedoch nur, wenn die Gegenforderung des Gesellschafters vollwertig, liquide und fällig ist. Vollwertigkeit liegt nur dann vor, wenn das Gesellschaftsvermögen nach Höhe und Liquidität im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung zur Befriedigung aller fälligen Gesellschaftsschulden einschließlich der zur Aufrechnung stehenden Gesellschafterforderung sicher ausreicht. (Leitsatz der Schriftleitung)

KG, Urteil vom 13.8.2004, 14 U 23/03

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist vollständig abgedruckt etwa in GmbHR 2004, 1388.

19. GmbHG §§ 7, 8, 19 (*Stichtagsbezogene Vorbelastungshaftung bei Mantelverwendung*)

- Zur wirtschaftlichen Neugründung der GmbH im Sinne von BGHZ 155, 318 (= DNotZ 2003, 951 = MittBayNot 2004, 133 [nur Leitsatz]) ohne Gesellschafterwechsel.**
- Für Altfälle vor BGHZ 155, 318 gilt keine dauerhafte, sondern lediglich eine stichtagsbezogene Vorbelastungshaftung.**
- Fordert der Insolvenzverwalter vom Gesellschafter-Geschäftsführer die Zahlung der Einlage, dann sind an den vom Gesellschafter zu erbringenden Nachweis für eine nach Maßgabe von BGHZ 153, 107 wirksame Aufrechnung mit einer Neuforderung strenge Anforderungen zu stellen.**

Thüringer OLG Jena, Urteil vom 1.9.2004, 4 U 37/04

Über das Vermögen der Gemeinschuldnerin wurde am 21.5.1999 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Die Parteien streiten über die Frage, ob der Beklagte – alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin – das Stammkapital ordnungsgemäß aufgebracht hat.

Die Gemeinschuldnerin wurde am 26.9.1994 unter der Firma „G.-GmbH“ mit Sitz in S. gegründet. Der Beklagte zahlte am 12.10.1994 auf seine übernommene Bareinlage 50.000 DM auf das Geschäftskonto ein, welche jedoch am 19.10.1994 wieder an ihn ausgezahlt wurden. Am 20.10.1994 zahlte er nochmals 50.000 DM ein. Diesen Betrag erhielt die N.-GmbH am 30.10.1994 als Vorausdarlehen für den Kauf einer Getränke-Verkehrinsel und einer Umkehrosmoseanlage. Die N.-GmbH erwarb diese Gegenstände aus dem Vermögen der S.-GmbH und veräußerte sie im Zeitraum von 25.11. bis 31.12.1994 an die Gemeinschuldnerin, wobei der Kaufpreisanspruch der Verkäuferin mit deren Darlehensschuld verrechnet wurde. Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der N.-GmbH war der Beklagte.

Am 16.1.1995 erfolgte die Eintragung der Gemeinschuldnerin in das Handelsregister. Am 1.8.1995 verkaufte die Gemeinschuldnerin in die genannten Anlagen an die W. Privatbrauerei GmbH & Co. KG – die ebenfalls im Alleineigentum des Beklagten stand – zum (Brutto-)Preis von 29.399,28 € (57.500 DM). Die Gemeinschuldnerin stundete den Kaufpreis und erfasste die Forderung in ihrer Bilanz als offene Darlehensforderung.

Von Ende 1995 bis Oktober 1997 ruhte der Geschäftsbetrieb der Gemeinschuldnerin. Das Konto der Gemeinschuldnerin weist keinerlei Buchungsvorgänge bis zum Herbst 1997 auf. Am 23.10.1997 verlegte die Gemeinschuldnerin ihren Sitz nach W. und änderte ihre Firma in W.-Vertriebsgesellschaft mbH. Die Eintragung der Änderung erfolgte am 6.1.1998. Die W. Privatbrauerei GmbH & Co. KG verpachtete ihr Betriebsvermögen einschließlich der Getränke-Verkehrinsel und der Umkehrosmoseanlage ab 1.11.1997 an die Gemeinschuldnerin. Weiter schlossen die W. Privatbrauerei GmbH & Co. KG und die Gemeinschuldnerin, gültig ab 1.11.1997, einen Mietvertrag über die Geschäftsräume in W. sowie einen „Leihvertrag“ über die Betriebs- und Geschäftsausstattung der W. Privatbrauerei GmbH & Co. KG.

Am 17.12.1998 trafen die Gemeinschuldnerin und die S.-Vertriebsgesellschaft GmbH & Co. KG i. L., vormals W. Privatbrauerei GmbH & Co. KG, eine Aufrechnungsvereinbarung, nach der die Leihgebühr für die Zeit vom November 1997 bis Februar 1998 i. H. v. 10.225,84 € (20.000 DM) (netto) sowie die Mietzinsforderungen für den Zeitraum März 1998 bis Dezember 1998 i. H. v. 15.338,76 € (30.000 DM) (netto) gegen die Kaufpreisforderung, die als Darlehen gestundet war, aufgerechnet wurden. Mit Schreiben vom 29.4.1999 kündigte die S.-Vertriebsgesellschaft GmbH & Co. KG i. L. den Leihvertrag mit der Gemeinschuldnerin fristlos mit der Begründung, dass „seit Monaten keine Leihgebühr entrichtet“ worden sei.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung des Beklagten ist zulässig, bleibt in der Sache jedoch erfolglos.

1. Die Ausführungen des Landgerichts sind im Ausgangspunkt zutreffend: Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 7.7.2003 (BGHZ 155, 318 = DNotZ 2003, 951 = MittBayNot 2004, 133 [nur Leitsatz] m. Anm. *Fembacher*) festgestellt, dass bei der Verwendung eines gebrauchten GmbH-Mantels die Gründungsvorschriften des GmbH-Rechts dann analog anzuwenden sind, wenn der GmbH-Mantel „leer“, d. h. mit keinem Unternehmen ausgestattet ist, wobei es keine Rolle spielt, ob dieser Zustand (schon) von Anfang an bestehe oder (erst) im Laufe der Zeit eingetreten sei. Die erstmalige oder auch neue Ausstattung des Mantels mit einem Unternehmen qualifiziert der BGH gleichermaßen als wirtschaftliche Neugründung und unterstellt diesen Vorgang zur Vermeidung von Umgehungen den Gründungsvorschriften. Mit dieser Entscheidung hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung zur Errichtung einer Vorrats-GmbH ergänzt und ausgebaut (zur Vorrats-Gesellschaft: BGHZ 117, 323 [zur AG] sowie BGH, GmbHR 2003, 227 [zur GmbH]; weiter *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 3 Rdnr. 7 ff. m. w. N.).

Allerdings ist die wirtschaftliche Neugründung abzugrenzen sowohl von der Sanierung einer – dahindümpelnden – GmbH als auch von einer Umstrukturierung. Diese Abgrenzung ist im Einzelfall schwierig, weil der BGH – anders als der Beklagte – nicht auf die Vermögenslosigkeit des GmbH-Mantels abstellt (so aber auch noch OLG Düsseldorf, ZIP 2003, 1501, und OLG Stuttgart, GmbHR 1999, 610), sondern allein darauf, ob (noch) aktiv ein Unternehmen betrieben wird (vgl. BGHZ 155, 318, 324; *Ulrich*, WM 2004, 920). Ausdrücklich verlangt der BGH weder eine Änderung des Unternehmensgegenstandes noch eine Neufassung der Firma oder eine Sitzverlegung. Auch die Bestellung eines neuen Geschäftsführers sowie eine Veräußerung der Geschäftsanteile sind nicht Voraussetzungen für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung (BGHZ 155, 318, 322). Solche Veränderungen seien allein Indizien, die häufig – aber nicht notwendig – auch kumulativ auftreten.

Der Senat geht im Einklang mit dem landgerichtlichen Urteil davon aus, dass hier die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der Gründungsvorschriften gegeben sind. Unternehmerische Aktivitäten fanden bei der Gemeinschuldnerin nach dem Verkauf der Getränkeanlagen im August 1995 erst wieder ab November 1997 statt. Entgegen der Ansicht des Beklagten resultiert daraus, dass die Gemeinschuldnerin ihren „Darlehensanspruch“ gegen die W. Privatbrauerei „verwaltete“, noch keine unternehmerische Tätigkeit. Die Situation ist hier nicht anders, als wenn der Beklagte eine Vorrats-GmbH errichtet hätte, die auch lediglich ihr Stammkapitalvermögen verwaltet. Unerheblich ist weiterhin, dass die Wiederbelebung des leeren GmbH-Mantels der Gemeinschuldnerin innerhalb des vorgegebenen Unternehmensgegenstandes erfolgte. Diesem Aspekt kommt – entgegen der Auffassung des Beklagten – nach dem Schutzzweck der Rechtsfigur keine Bedeutung zu.

Ebenso ist es nicht von Bedeutung, dass es sich hier um keinen Mantelerwerb handelt; entscheidend ist allein die Mantelverwendung. Die Tatsache, dass der Beklagte nach wie vor einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin war, ist somit irrelevant.

Dogmatisch missverständlich ist allerdings die vom Landgericht vorgenommene Rechtsfolgenbestimmung: Nach der neuen Rechtsprechung des BGH muss der Geschäftsführer im Falle der tatsächlichen Wiederverwendung des leeren Mantels gegenüber dem Registergericht analog §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 GmbHG die Erklärung abgeben, dass die GmbH noch über

ein Mindestvermögen in Höhe der satzungsmäßigen Stammkapitalziffer verfügt und dass sich hiervon ein Viertel – zumindest aber 12.500 € – zu ihrer freien Verfügung befindet (BGHZ 155, 318, 324). Trifft dies nicht zu, so haften die Geschäftsführer für falsche Erklärungen gem. § 9 a GmbHG analog sowie auch nach § 11 Abs. 2 GmbHG analog (Handelndenhaftung). Die Gesellschafter haften dann den Gläubigern nach Maßgabe der für die Vor-GmbH entwickelten Vorbelastungshaftung (zu Einzelheiten *Lutter/Bayer*, a. a. O., § 3 Rdnr. 13, 17).

Dies bedeutet aber: Entgegen der Auffassung des Landgerichts schuldet der Alleingesellschafter eines wiederbelebten Mantels nicht (generell) die Leistung der Stammeinlage, sondern er hat lediglich die Differenz zwischen dem satzungsmäßigen Stammkapital und dem (noch) vorhandenen Vermögen der GmbH auszugleichen. Hierbei beschränkt sich allerdings die Vorbelastungshaftung nach ihrem Zweck nicht auf den Zeitpunkt der Wiederbelebung des leeren Mantels, sondern gilt solange, bis die Erklärung analog §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 GmbHG abgegeben wird (zutreffend *K. Schmidt*, NJW 2004, 1347; *Altmeyden*, DB 2003, 2051; unzutreffend *Schütz*, NZG 2004, 748).

Würde man letzteren Maßstab auf den vorliegenden Rechtsstreit anwenden, so haftete der Beklagte für alle Verbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin nach Maßgabe der Vorbelastungshaftung unbeschränkt, jedenfalls aber bis zur Höhe des Stammkapitals (abzüglich Gründungskosten – dazu ausführlich unten).

Ob und inwieweit die Gründungsvorschriften bei Verwendung eines gebrauchten GmbH-Mantels zur Anwendung kommen, war indes vor BGHZ 155, 318 sehr umstritten. Insbesondere die Verpflichtung zur Abgabe einer (Offenlegungs-)Erklärung gem. §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 GmbHG analog entsprach nicht der Praxis und wurde darüber hinaus von zahlreichen Obergerichten ausdrücklich abgelehnt (vgl. nur BayObLG, GmbHR 1999, 607; OLG Frankfurt a. M., GmbHR 1992, 456). Es erscheint daher aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht gerechtfertigt, im Hinblick auf Sachverhalte, die sich vor der rechtsfortbildenden Entscheidung BGHZ 155, 318 ereignet haben, die neuere Rechtsprechung uneingeschränkt anzuwenden. Das Unterlassen einer Verpflichtung, von der die Geschäftsführer und Gesellschafter bei Wiederbelebung eines gebrauchten GmbH-Mantels noch keine Kenntnis haben konnten – nämlich die Pflicht zur Abgabe der Erklärung gem. §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 GmbHG analog – kann daher nicht zur Grundlage einer fortdauernden Haftung (hier: Vorbelastungshaftung) gemacht werden.

Dagegen hat die herrschende Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung bereits vor BGHZ 155, 318 den Standpunkt eingenommen, dass bei Wiederbelebung eines leeren GmbH-Mantels eine Haftung der Gesellschafter in Höhe der Differenz zwischen dem Stammkapital (zumindest dem Mindeststammkapital) und dem Vermögen der GmbH stattfinden müsse (so etwa *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 3 Rdnr. 8 m. w. N. zum Streitstand). Maßgebender Stichtag hierfür ist die Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit, die insbesondere durch die Anmeldung einer etwaigen Satzungsänderung dokumentiert wird. Dieser Gläubiger-Mindestschutz ist unverzichtbar und war auch im vorliegenden Sachverhalt zu beachten. Insoweit kommt ein Vertrauensschutz nicht in Betracht (so auch *Lutter/Bayer*, a. a. O., § 3 Rdnr. 13 a. E.; *Wilhelmi*, DZWIR 2004, 188; zu undifferenziert *Bärwaldt/Balda*, GmbHR 2004, 53; *Heidenhain*, GmbHR 2003, 1054; *Schütz*, NZG 2004, 751).

Der Beklagte hat als Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin am 23.10.1997 die Firmenänderung und die Sitzverlegung nach S. zum Handelsregister angemeldet. Zu diesem Zeitpunkt musste daher ein Vermögen von 25.000 € vorliegen und sich zumindest in Höhe von 12.500 € zur freien Verfügung der Geschäftsführung befinden.

Diese Voraussetzungen sind indes nicht erfüllt. Ungeachtet der streitigen Frage nach der Werthaltigkeit der „Darlehensforderung“ der Gemeinschuldnerin gegenüber der W. Privatbrauerei GmbH & Co. KG müssen bei der Aufstellung des Vermögensstatus Ansprüche der GmbH gegen ihre Gesellschafter und gegen Dritte, die dem Gesellschafter zuzurechnen sind, unberücksichtigt bleiben. Denn solche Ansprüche sind bereits nicht einlagefähig (dazu nur *Lutter/Bayer*, a. a. O., § 5 Rdnr. 14 m. w. N.) und eignen sich nicht für direkte Zugriffe der Gläubiger, sondern entwerten das GmbH-Vermögen zu Lasten der Gläubiger und zugunsten der Gesellschafter, was jedoch mit dem Sinn und Zweck der Kapitalaufbringung und -erhaltung unvereinbar ist (so auch ausdrücklich für die Kapitalerhaltung BGH, NJW 2004, 1111 zum Darlehen der GmbH an Gesellschafter). Da der Beklagte alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der W. Privatbrauerei GmbH & Co. KG ist, kommt der Forderung der Gemeinschuldnerin gegen die W. Privatbrauerei & Co. KG bei der Aufstellung ihres Vermögensstatus keine Bedeutung zu.

Dass die GmbH bei Wiederbelebung ihres leeren Mantels im Oktober 1997 über weiteres Vermögen verfügte, hat der Beklagte nicht vorgetragen. Die Beweislast im Rahmen der Vorbelastungshaftung liegt allerdings grundsätzlich bei der GmbH, d. h. hier beim Kläger (BGH, NJW 1998, 234). Fehlt allerdings eine belastbare Bilanz zum Stichtag (hier: Oktober 1997), so kann sich die Beweislast zum Nachteil des Gesellschafters verschieben (BGH, ZIP 2003, 625, 627; *Lutter/Bayer*, a. a. O., § 11 Rdnr. 33).

Die Problematik nach dem Umfang der Vorbelastungshaftung des Beklagten braucht indes nicht abschließend entschieden [zu] werden. Denn die angegriffene Entscheidung erweist sich jedenfalls auf anderer Rechtsgrundlage als zutreffend. Da der Kläger sein Begehren bereits erstinstanzlich auf diese – weitere – Rechtsgrundlage gestützt hat, kann der Senat das Urteil des Landgerichts mit dieser alternativen Begründung (die insbesondere auch Gegenstand des ausführlichen Rechtsgesprächs im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 14.7.2004 war) aufrechterhalten und somit die Berufung zurückweisen.

Unstreitig ist heute zwischen den Parteien, dass die Einzahlung am 14.10.1994 nicht zur Erfüllung der Bareinlageschuld geführt hat, da der Betrag umgehend am 19.10.1994 wieder an den Inferenten zurückgezahlt wurde (vgl. dazu nur ausf. *Bayer*, GmbHR 2004, 445 ff. m. w. N.).

Die nochmalige Einzahlung am 20.10.1994 könnte dagegen die Bareinlageschuld des Beklagten wirksam zum Erlöschen gebracht haben. Die Ausführungen des Beklagten sind insofern zutreffend, als es grundsätzlich unschädlich ist, dass die Einlageleistungen im Zeitpunkt der Handelsregistereintragung am 16.1.1995 nicht mehr als Bareinlage im Vermögen der GmbH vorhanden waren. Denn die GmbH darf die Barmittel bereits vor der Eintragung zum Erwerb von Sachen einsetzen; soweit hierdurch das Stammkapital nicht mehr gedeckt ist, greift zugunsten der Gläubiger die Vorbelastungshaftung der Gesellschafter ein (ausf. *Lutter/Bayer*, a. a. O., § 7 Rdnr. 20). Auch das Vorliegen einer Verwendungsabsprache zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH (hier sogar personenidentisch) – nämlich die Verwendung der

Mittel zum Erwerb der beiden Anlagen – ist grundsätzlich unschädlich (BGH, NJW 1992, 2700; OLG Dresden, ZIP 1999, 1885; *Lutter/Bayer*, a. a. O., § 7 Rdnr. 17 m. w. N.).

Dies gilt allerdings nicht, wenn die Leistung an den Dritten einen direkten oder auch nur indirekten Rückfluss der Bareinlage an den Inferenten bedeutet. Denn in dieser Konstellation ist eine freie Verfügbarkeit der Einlage nicht gegeben (§§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 GmbHG); darüber hinaus kann aufgrund des nachträglichen Sacherwerbs auch die Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage (§ 19 Abs. 5 GmbHG) verwirklicht sein (ausf. *Lutter/Bayer*, a. a. O., § 5 Rdnr. 45 m. w. N.).

So ist der Sachverhalt hier zu qualifizieren: Der Beklagte war (auch) Alleingesellschafter der N.-GmbH. Da in dieser Konstellation die N.-GmbH dem Beklagten zuzurechnen ist, wird aufgrund des engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs zwischen Einlageleistung und Sacherwerb eine verdeckte Sacheinlage vermutet (BGHZ 132, 141, 148; *Lutter/Bayer*, a. a. O., § 5 Rdnr. 43). Diese Vermutung ist vom beweispflichtigen Beklagten nicht widerlegt worden.

Rechtsfolge ist, dass die Einlageschuld nicht erloschen ist; der Beklagte muss daher an den Kläger 25.564,59 € zahlen.

Eine nachträgliche Erfüllung der Bareinlageschuld dadurch, dass die verdeckten Sacheinlagen später an einen Dritten weiterveräußert wurden (hierzu *Bayer*, GmbHR 2004, 455), scheidet hier ebenfalls aus. Zwar wurden die Anlagen am 1.8.1995 an die W. Privatbrauerei GmbH & Co. KG zum Nettokaufpreis von 50.000 DM weiterveräußert, doch erfolgte aufgrund der Stundungsabrede keine Kaufpreiszahlung. Eine bare Leistung in Höhe der Einlageschuld ist daher niemals in das Vermögen der Gemeinschuldnerin geflossen.

Entgegen der Auffassung des Beklagten ist seine Verpflichtung zur Zahlung der Stammeinlage auch nicht aufgrund einer späteren wirksamen Aufrechnung/Verrechnung erloschen. Speziell der Aufrechnungsvereinbarung vom 17.12.1998 kann eine solche Wirkung nicht beigemessen werden.

Allerdings ist es zutreffend, dass nach BGHZ 153, 107 auch die nachträgliche Verrechnung mit einer vollwertigen Neuforderung ausreicht, um die Bareinlageschuld zum Erlöschen zu bringen (hierzu ausf. *Bayer*, GmbHR 2004, 453 f.). In diesem Fall soll es nach Auffassung des BGH (entgegen der bislang h. M., vgl. z. B. die vom Kläger zitierte Entscheidung des OLG Düsseldorf, ZIP 2000, 840) auch unschädlich sein, wenn ein Insihgeschäft (des Beklagten) vorliegt (so bereits BGH, WM 2002, 2245 m. Anm. *Bayer* WuB II C. § 19 GmbHG 1.03; bestätigt durch BGHZ 153, 107 m. Anm. *Bayer/Pielka* WuB II C. § 19 GmbHG 2.03).

Vollwertigkeit ist jedoch nur gegeben, wenn die GmbH im Zeitpunkt der Aufrechnung in der Lage ist, alle fälligen Forderungen ihrer Gläubiger (unter Einschluss der Gegenforderungen) zu erfüllen (BGHZ 125, 141; *Lutter/Bayer*, a. a. O., § 19 Rdnr. 22 ff.). Beweispflichtig für diese – hier vom Kläger bestrittene – Tatsache ist der Inferent jedenfalls dann, wenn die Einlageforderung vom Insolvenzverwalter geltend gemacht wird (BGHZ 153, 107 m. Anm. *Bayer/Pielka* WuB II C. § 19 GmbHG 2.03; vgl. weiter *Lutter/Bayer*, a. a. O., § 19 Rdnr. 29 m. w. N.). Dabei sind – speziell wenn die Aufrechnung vom Gesellschafter-Geschäftsführer im Wege des Insihgeschäfts erklärt wird – strenge Maßstäbe an den Sachvortrag und die Beweisführung zu stellen.

Hier ist der Beweis nicht geführt. Im Gegenteil: Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 14.8.2003 darauf hingewiesen, dass am 29.4.1999 eine Kündigung des – Leihvertrages – erfolgt sei, weil die Gemeinschuldnerin seit Monaten die ver-

einbarte Leihgebühr nicht entrichtet habe. Mithin hat der Beklagte selbst dargelegt, dass die Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt der Aufrechnung nicht in der Lage war, ihre Forderungen zu erfüllen.

Fehlt somit die Vollwertigkeit, dann tritt auch keine anteilige Erfüllung ein (so zutreffend RGZ 95, 63; *Lutter/Bayer*, a. a. O., § 19 Rdnr. 28). Daher ist der Beklagte zur Leistung der Stammeinlage verpflichtet. Das Urteil des Landgerichts erweist sich somit als zutreffend.

2. Da der Beklagte die Ausführungen des Landgerichts zum (nicht anerkannten) Abzug der Gründungskosten mit seiner Berufung nicht angegriffen hat, braucht der Senat hierzu nicht Stellung zu nehmen. Lediglich ergänzend sei daher angemerkt, dass Gründungskosten an die Gesellschafter erstattet werden können, soweit dies in der Satzung der GmbH gestattet ist (BGH, NJW 1998, 233) und jedenfalls die Grenze der Angemessenheit nicht überschritten wird (vgl. hierzu *Lutter/Bayer*, a. a. O., § 3 Rdnr. 54). Allerdings können nicht die Kosten der ursprünglichen Gründung und die Kosten, die im Zusammenhang mit der Wiederbelebung des leeren Mantels aufgewendet wurden, kumulativ in Abzug gebracht werden.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

20. BNotO § 15; ZPO §§ 767, 797 (*Prüfungsumfang im Klauselerteilungsverfahren*)

Bei Vorliegen der formellen Voraussetzungen darf der Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines Grundstückskaufvertrags mit Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel nur verweigern, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der titulierte Anspruch nicht besteht.

BayObLG, Beschluss vom 10.5.2004, 1Z BR 023/04; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Mit notarieller Urkunde vom 7.1.2003 verkauften die Beteiligten zu 1 und 2 an den Beteiligten zu 3 mehrere Tiefgaragenstellplätze zu einem Gesamtkaufpreis von 69.600 €. In einem notariellen Nachtrag vom 25.2.2003 vereinbarten die Beteiligten unter Verringerung der Anzahl der verkauften Tiefgaragenstellplätze einen Gesamtkaufpreis von 47.200 €. Der Beteiligte zu 3 unterwarf sich wegen des Kaufpreisanspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung. Die Urkunde enthält die Bestimmung, dass dem Verkäufer nach Absendung der Fälligkeitsmitteilung des Notars ohne Nachweis der übrigen Fälligkeitsvoraussetzungen jederzeit eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilt werden kann.

Mit Schreiben vom 29.8.2003 bestätigte die Urkundsnotarin das Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen. Der Beteiligte zu 3 trat mit Schreiben vom 1.9.2003 vom Kaufvertrag zurück. Er verwies darauf, dass dieser folgende Klausel enthalte:

„Der Käufer behält sich das Recht vor, vom schuldrechtlichen Teil des heutigen Kaufvertrages zurückzutreten, wenn die Kaufpreisfälligkeit nach der heutigen Urkunde nicht bis zum 31.8.2003 eingetreten ist.“

Der Beteiligte zu 3 ist der Auffassung, die Vereinbarung, dass der Kaufpreis innerhalb von 14 Tagen nach Abgang der Fälligkeitsmitteilung des beurkundenden Notars an den Käufer fällig werde, führe dazu, dass angesichts der am 29.8.2003 erfolgten Fälligkeitsmitteilung der Urkundsnotarin die Fälligkeit des Kaufpreises erst am 12.9.2003 eingetreten und er daher zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt sei. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind der Rücktrittserklärung entgegengetreten und haben vorgetragen, durch die vertragliche Festlegung einer Zahlungsverpflichtung innerhalb von 14 Tagen sei nicht

eine Fälligkeit des Kaufpreises erst zwei Wochen nach Absendung der Fälligkeitsmitteilung der Notarin vereinbart, sondern nach Art eines Zahlungsziels ein angemessener Zeitraum für die Zahlung festgelegt worden, vor dessen Ablauf der Eintritt eines Verzuges des Zahlungsschuldners habe ausgeschlossen werden sollen.

Die Beteiligten zu 1 und 2 beantragten die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Kaufvertrags. Die Urkundsnotarin lehnte diesen Antrag ab. Zur Begründung berief sie sich darauf, dass der Beteiligte zu 3 den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt habe. Gegen die ablehnende Entscheidung der Notarin legten die Beteiligten zu 1 und 2 Beschwerde ein, welche das Landgericht zurückgewiesen hat. Hiergegen wenden sich die Beteiligten zu 1 und 2 mit ihrer weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel (§ 15 Abs. 2 BNotO, §§ 27, 29 FGG) ist begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, grundsätzlich erstrecke sich die materielle Prüfungspflicht des Notars bei Erteilung der Vollstreckungsklausel nur auf das Vorliegen der formellen Voraussetzungen wie Bestehen eines wirksamen Vollstreckungstitels, Vollstreckungsreife und formelle Berechtigung des Antragstellers. Ausnahmsweise müsse der Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung aber trotz Vorliegens der formellen Voraussetzungen dann ablehnen, wenn es offenkundig sei, dass der materielle Anspruch nicht mehr bestehe oder das Rechtsgeschäft über den vollstreckbaren Anspruch unwirksam sei. Ein derartiger Fall liege hier vor. Der Rücktritt des Beteiligten zu 3 vom Kaufvertrag sei offenkundig berechtigt gewesen, da die Fälligkeit des Kaufpreises bis zum 31.8.2003 nicht eingetreten sei.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 15 Abs. 2 Satz 2 BNotO, § 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) im Ergebnis nicht stand.

a) Gerichtliche Entscheidungen nach § 15 BNotO haben ausschließlich darüber zu befinden, ob der Notar seine Urkundstätigkeit, wozu auch das anschließende Vollzugsverfahren gehört, pflichtwidrig verweigert.

b) Keinen Anlass zu Beanstandungen ergibt der Ausgangspunkt der Erwägungen des Landgerichts, dass sich die Prüfungspflicht des Notars bei der Entscheidung über die Erteilung einer Vollstreckungsklausel auf das Vorliegen der formellen Voraussetzungen beschränkt. Es ist grundsätzlich nicht Sache des Notars, einseitig geltend gemachte Rücktritts-, Widerrufs-, Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgründe zu prüfen. Ausnahmen von diesen Grundsätzen gelten nur dann, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der titulierte Anspruch nicht besteht (vgl. BayObLG, DNotZ 2000, 368 m. w. N.).

c) Ein solcher Ausnahmefall liegt hier entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht vor. Bei der von den Beteiligten gegensätzlich beantworteten Frage, ob der Beteiligte zu 3 nach den Vereinbarungen der Parteien und dem zeitlichen Ablauf der Angelegenheit zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt war, handelt es sich um eine Rechtsfrage, über die nicht im Klauselerteilungsverfahren zu entscheiden ist (vgl. *Zöller/Stöber*, ZPO, 24. Aufl., § 797 Rdnr. 5 b). Die Entscheidung, ob der titulierte Anspruch noch besteht, ist ausschließlich Sache des Prozessgerichts im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO); ansonsten würde gesetzwidrig die Last zur Klage vom Schuldner (§ 767 ZPO) auf den Gläubiger (§ 731 ZPO) verlagert (vgl. BayObLG, DNotZ 2000, 368 m. w. N.). Insoweit steht es den Beteiligten frei, eine der Kaufvertragsurkunde entgegenstehende Rechtslage im Prozesswege vor den Gerichten der streitigen Zivilgerichtsbarkeit geltend zu machen.

Im Ergebnis ist den Beteiligten zu 1 und 2, daher eine vollstreckbare Ausfertigung des Nachtrags vom 25.2.2003 zur Kaufvertragsurkunde vom 7.1.2003 zu erteilen.

Anmerkung:

Die Entscheidung behandelt zwei Probleme, die in der notariellen Praxis eine große Rolle spielen: Die Berücksichtigung materieller Mängel und Einwendungen im Klauselerteilungsverfahren (I.) sowie die Formulierung von Fälligkeitsklauseln (II.).

I. Materielle Einwendungen können im Klauselerteilungsverfahren in zwei Richtungen erhoben werden: gegen die Wirksamkeit des materiellen Anspruchs (1.) und gegen die Wirksamkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung (2.).

1. Im konkreten Fall war das Fortbestehen des materiellen Anspruchs streitig: Die Notarin lehnte den Antrag des Verkäufers auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Kaufvertrags mit der Begründung ab, der Kaufpreisanspruch sei wegen des wirksam ausgeübten Rücktrittsrechts des Käufers erloschen.

a) Was den materiellen Anspruch angeht, wird eine Prüfungsbefugnis oder gar -pflicht heute entsprechend vorliegendem Beschluss des BayObLG im Grundsatz allgemein abgelehnt.¹ Der Grund ist die Systematik des Gesetzes: Nach dem Rechtsschutzsystem des 8. Buches der ZPO sind Einwendungen, die sich gegen den der Vollstreckung zugrunde liegenden materiellen Anspruch richten, ausschließlich im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO zu erheben. Eine materielle Prüfungspflicht des Notars hätte zwei damit unvereinbare Konsequenzen: Zum einen würde die dem Prozessgericht nach § 797 Abs. 5 ZPO zugewiesene Kompetenz zur Prüfung des materiellen Rechts nicht nur seitens des Notars missachtet. Denn bei Annahme einer materiellen Prüfungskompetenz des Notars würde notwendigerweise auch eine solche des im Verfahren nach § 732 ZPO zuständigen Gerichts bestehen, welches gemäß § 797 Abs. 3 ZPO nicht unbedingt mit dem Gericht der Vollstreckungsgegenklage identisch sein muss. Zum anderen aber würde der Vollstreckungsgläubiger in die Klägerrolle gedrängt, da er bei Verweigerung der Klauselerteilung aufgrund einer Einwendung gegen den materiellen Anspruch initiativ werden und auf Klauselerteilung nach § 54 BeurkG klagen müsste. Zentrale Aufgabe der notariellen Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist indes, eine rasche Vollstreckungsmöglichkeit zu schaffen.² Bei vollstreckbaren Urkunden erfüllt die Vollstreckungsabwehrklage zudem die Funktion eines nachgelagerten Erkenntnisverfahrens mit dem einzigen Unterschied, dass die Parteirollen vertauscht sind.³ Dies folgt insbesondere aus § 797 Abs. 4 ZPO,

¹ BayObLG, 3Z BR 269/99, DNotZ 2000, 368; OLG Oldenburg, 5 W 182/93, DNotZ 1995, 145 m. w. N.; Münch, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, S. 213 ff.; Schultheis, Rechtsbehelfe bei vollstreckbaren Urkunden, S. 93 ff.; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 797 Rdnr. 11; Wiczorek/Schütze/Paulus, ZPO, 3. Aufl., § 797 Rdnr. 11. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, §§ 23, 35, vertrat noch die Position, das ursprüngliche Fehlen des materiellen Anspruchs sei beachtlich, sein nachträgliches Erlöschen aber unbeachtlich, wobei Ausnahmen in beide Richtungen bestehen; mittlerweile hat er diese Auffassung aufgegeben: MünchKommZPO, 2. Aufl., § 797 Rdnr. 17 ff.

² Wiczorek/Schütze/Paulus, § 794 Rdnr. 83.

³ Eine Umkehr der Beweislast ist keine Rechtsfolge der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung; so BGH, XI ZR 120/00, ZIP 2001, 873, unter ausdrücklicher Aufgabe der früheren Rechtsprechung. Eine Umkehr der Beweislast kann sich demnach allenfalls aus der Natur des titulierten materiellen Anspruchs ergeben, wie beim abstrakten Schuldversprechen nach § 780 BGB.

wonach sämtliche materiellen Einwendungen erhoben werden können und eine rechtskräftigen Titeln vergleichbare Präklusionsregelung nicht gegeben ist. Schließlich taugen sowohl das Klauselerteilungsverfahren wie auch die hierauf bezogenen Verfahren des Schuldners nach § 732 ZPO oder des Gläubigers nach § 54 BeurkG schon nach ihren Verfahrensgrundsätzen nicht zu einer Klärung der materiellrechtlichen Einwendungen. Denn die zulässigen Beweismittel sind auf Urkunden beschränkt.⁴ Es handelt sich nicht um kontradiktorische Verfahren.

b) Man könnte zwar daran denken, eine materiellrechtliche Prüfungskompetenz und -pflicht des Notars damit zu rechtfertigen, dass – anders als beim Urteil als Vollstreckungstitel – eine für die im Vollstreckungs- und Klauselerteilungsverfahren beteiligten Organe verbindliche Prüfung der materiellen Rechtslage noch nicht stattgefunden hat.⁵ Dies widerspräche jedoch der erwähnten Funktion des notariellen Titels, eine effektive Vollstreckungsmöglichkeit zu schaffen. Wenn die Notwendigkeit einer Vorprüfung im Klauselerteilungsverfahren dem Gesetz nicht zu entnehmen ist, wird man daher folgern dürfen, dass der Verfahrensgang im Hinblick auf die Funktion der Vollstreckungsgegenklage als nachgelagertem Erkenntnisverfahren gerade umgekehrt sein soll.

Auch aus § 14 Abs. 2 BNotO kann eine Prüfungspflicht nicht hergeleitet werden.⁶ Die Norm begründet lediglich ein allgemeines Schädigungsverbot, welchem eine ähnliche Aufgabe wie dem Gebot von Treu und Glauben im Prozessrecht zukommt: Es soll die missbräuchliche Ausnutzung rein formalen Vorgehens verhindern. Eine Kompetenzverschiebung vom nach § 797 Abs. 5 ZPO zuständigen Prozessgericht hin zum Notar oder Erinnerungs- bzw. Klauselerteilungsgericht kann einer derartigen Generalklausel schon wegen des *lex specialis*-Vorrangs nicht entnommen werden.

c) Die heute vertretene Auffassung, dass Mängel des materiellen Anspruchs der vollstreckbaren Urkunde nicht ihre Wirksamkeit nehmen, ist noch unter einem anderen Gesichtspunkt begründungsbedürftig. Fordert man als Voraussetzung für die Klauselerteilung und eine korrespondierende Prüfungspflicht des zuständigen Organs den wirksamen Bestand des Vollstreckungstitels,⁷ definiert man aber zugleich den „Anspruch“ i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO materiellrechtlich,⁸ so müsste sich jeder Mangel, der den Bestand und die Durchsetzbarkeit des materiellen Anspruchs betrifft, auch auf dessen Vollstreckbarkeit auswirken. Mit anderen Worten würde jeder Mangel des materiellrechtlichen Anspruchs auf den Titelbestand und damit auch auf den Prüfungsumfang im

⁴ Münzberg, NJW 1992, 204; Schultheis, S. 387; Wolfsteiner, DNotZ 1990, 538.

⁵ Auf diesen Gedanken geht Schultheis, S. 105 ff., ein.

⁶ Schultheis, S. 107 f. Ebenso Münch, S. 224 ff., Olzen, DNotZ 1993, 217, Stein/Jonas/Münzberg, § 797 Rdnr. 11, 13, ders., ZJP 104 (1991), 236, welche aber im Gegensatz zu Schultheis aus der Vorschrift eine materielle Prüfungspflicht in Evidenzfällen herleiten. Hierzu näher unter d).

⁷ Nahezu allg. M.; vgl. nur Lippross, Vollstreckungsrecht, 9. Aufl., Rdnr. 41; Münch, S. 213; Stein/Jonas/Münzberg, § 797 Rdnr. 10. Einschränkend Wolfsteiner, MünchKommZPO, § 797 Rdnr. 19, der im Hinblick auf die Verfahrensgrundsätze im Klauselerteilungsverfahren und die Beschränkung der Beweismittel nur darauf abstellt, ob ein äußerlich wirksamer Titel vorliegt, während Beurkundungsmängel und sonstige Mängel, bei deren Vorliegen auch ein Urteil nicht vollstreckt werden dürfte und die die vollstreckbare Urkunde unwirksam machen, nicht zu berücksichtigen wären, soweit sie nicht aus der Urkunde selbst ersichtlich sind.

⁸ So Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., § 13 IV. 3.

Klauselerteilungsverfahren durchschlagen. Diese vor dem Hintergrund der Funktion der vollstreckbaren Urkunde nicht haltbare Konsequenz kann man dogmatisch⁹ nur dadurch vermeiden, dass der Anspruch i. S. d. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO prozessual definiert wird, also der Inhalt des Vollstreckungstitels wie ein Leistungsgebot im Tenor eines Leistungsurteils verstanden wird.¹⁰ Ein solches Verständnis ist letztlich Ausdruck des im Vollstreckungsverfahren herrschenden Formalisierungsprinzips. Eine materiell ungerechtfertigte, aber dem Titel gemäße Vollstreckung lässt sich damit rechtfertigen, dass diese als Grundlage immerhin einen prozessualen Anspruch hatte.

d) Nach überwiegender Auffassung, die auch in der zu besprechenden Entscheidung wiedergegeben wird, „kann“ der Notar die Erteilung der Klausel ablehnen, wenn „zweifelsfrei“ feststeht, dass der titulierte Anspruch nicht besteht.¹¹ Diese Evidenz Ausnahme hat einen geringen Anwendungsbereich. So lässt sich anhand der bisher dazu ergangenen Entscheidungen feststellen, dass die Voraussetzung nicht erfüllt ist, sobald *Rechtsfragen* im Raum stehen, wie im vorliegenden Fall die Auslegung der Rücktrittsklausel. Nur wenn für den Notar eindeutig *Tatsachen* erkennbar sind, die notwendigerweise zum Nichtbestehen des Anspruchs führen, und wenn er diese Tatsachen ohne Mitwirkung oder Erklärung einer im Klauselerteilungsverfahren beteiligten Person festzustellen vermag – ausgenommen Zugeständnisse und Verzichte hinsichtlich des zu vollstreckenden Anspruchs im Klauselerteilungsverfahren –, kann ein Evidenzfall bejaht werden. So liegt es etwa, wenn der Gläubiger noch im Klauselerteilungsverfahren zugesteht, dass er wegen des Anspruchs befriedigt ist,¹² oder wenn der geschuldete Betrag auf ein Notaranderkonto zu zahlen war und hierauf geflossen ist¹³ oder wenn das Erlöschen des Anspruchs durch öffentlich oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist.¹⁴ Als nicht ausreichend evident wurde es allerdings angesehen, dass der Gläubiger zunächst die Erfüllung durch Zusendung einer Zahlungsbestätigung an den Notar bestätigt, diese aber im Klauselerteilungsverfahren bestreitet.¹⁵ Denn aufgrund der vom Gläubiger ausgestellten Zahlungsbestätigung als Privaturkunde ist zwar gemäß § 775 Nr. 4 ZPO die Zwangsvollstreckung zunächst einzustellen; sie muss aber nach strittiger, indes überwiegender Auffassung auf Widerspruch des Gläubigers hin fortgesetzt werden.¹⁶

Da die unter a) dargelegten Gründe auch gegen eine Prüfung des materiellen Rechts in diesen Evidenzfällen sprechen, ist diese Ausnahme begründungsbedürftig. Verwiesen wird zum einen auf § 14 Abs. 2 BNotO¹⁷ sowie darauf, dass der Notar

⁹ Auch die Vertreter der Lehre des materiellen Anspruchsbegriffs bei § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ziehen diese Folge – indes ohne Begründung – nicht und lehnen eine Prüfung des materiellen Anspruchs im Klauselerteilungsverfahren ab: *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 17 III. 2. a).

¹⁰ Diese Auffassung ist heute im Vordringen begriffen: *Münch*, S. 183 ff.; *Schultheis*, S. 62 ff.; *Wolfsteiner*, MünchKommZPO, § 794 Rdnr. 182.

¹¹ BayObLG, 3Z BR 64/95, MittBayNot 1995, 484, 485; BayObLG, 3Z BR 269/99, DNotZ 2000, 368; *Olzen*, DNotZ 1993, 217; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 797 Rdnr. 11; *Wieczorek/Schütze/Paulus*, § 797 Rdnr. 11, 13.

¹² BayObLG, 3Z BR 300/97, DNotI-Report 1998, 19.

¹³ OLG Frankfurt, 20 W 66/96, MittRhNotK 1997, 269.

¹⁴ BayObLG, 3Z BR 64/95, MittBayNot 1995, 484, 485; *Wolfsteiner*, § 35.18.

¹⁵ BayObLG, 3Z BR 269/99, DNotZ 2000, 368.

¹⁶ *Lippross*, Rdnr. 70; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 775 Rdnr. 41 m. w. N.; *Thomas/Putzo*, ZPO, 25. Aufl., § 775 Rdnr. 17.

¹⁷ *Münch*, S. 225 f.; *Olzen*, DNotZ 1993, 217; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 797, Rdnr. 11.

aufgrund seines Ausbildungsstandes nicht mit dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder dem Rechtspfleger gleichen werden kann.¹⁸ Des Weiteren wird eine Berücksichtigungsfähigkeit des materiellen Rechts aus Verfassungsrecht hergeleitet:¹⁹ Die Zwangsvollstreckung und als vorbereitender Akt letztlich auch die Klauselerteilung ist hoheitlicher Eingriff des Staates, welcher sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen muss. Damit unvereinbar wäre es, sehenden Auges staatlichen Zwang einzusetzen, um einen materiellrechtlich nicht geschuldeten Erfolg herbeizuführen. Gleiches wird auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gefolgert, soweit er sich an die Zwangsvollstreckungsorgane wendet und ihnen insofern gebietet, ein von ihnen als missbräuchlich erkanntes Verhalten nicht zu unterstützen.²⁰ Denkbar erscheint schließlich auch eine Lösung über das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag auf Klauselerteilung.²¹ So ließe sich argumentieren, das Rechtsschutzbedürfnis entfalle, wenn das Verfahren aus rechtsmissbräuchlichen Motiven in Anspruch genommen werde.

e) Die Evidenz Ausnahme schafft allerdings Abgrenzungsschwierigkeiten, die – wie die vorliegende Entscheidung zeigt – immer wieder Anlass für Prozesse bieten. Zudem entscheidet hier – unter Umgehung der Zuständigkeitsordnung der ZPO – das Klauselerteilungsorgan über das Bestehen des materiellen Anspruchs und nicht das Prozessgericht. Vor allem aus diesem Grund lehnen manche die Beachtung des materiellen Anspruchs selbst in Evidenzfällen ab.²² Eine Rechtsschutzverkürzung tritt hier trotzdem nicht ein, denn die umfassende Prüfung des materiellen Rechts ist im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage gewährleistet. Dabei muss dem Vollstreckungsschuldner, dem die Möglichkeit einer Vollstreckungsgegenklage unbekannt ist, in Anwendung der Grundsätze des § 139 ZPO, die aufgrund ihrer Stellung im Ersten Buch der Allgemeinen Vorschriften auch für Klauselerteilungsorgane maßgeblich sein sollen, durch den Notar ein entsprechender Hinweis gegeben werden.²³

Wegen der Formulierung „kann“ in der vorliegenden Entscheidung stellt sich zudem die Frage, ob die Rechtsprechung in Evidenzfällen lediglich ein Prüfungsrecht des Notars annimmt oder ob eine Prüfungspflicht besteht. Da das BayObLG insbesondere zu den dogmatischen Grundlagen keine Ausführungen macht, kann dies nicht abschließend beurteilt werden. Legt man jedoch die Begründungsansätze der Literatur zugrunde, so ist eine Prüfungspflicht stets gegeben, falls man § 14 Abs. 2 BNotO, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder das Rechtsschutzbedürfnis heranzieht. Lediglich beim Lösungsansatz über Treu und Glauben kann sich eine Prüfungspflicht erst auf Einrede des Schuldners hin ergeben.

2. Materieellrechtliche Einwendungen können im Klauselerteilungsverfahren noch an einer anderen Stelle von Bedeutung sein, nämlich wenn sie gegen die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung erhoben werden. Von ihrer Rechtsnatur her handelt es sich bei der Unterwerfungserklärung um eine einseitige, auf das Zustandekommen eines Vollstreckungstitels

¹⁸ *Olzen*, DNotZ 1993, 217; *Wieczorek/Schütze/Paulus*, § 797 Rdnr. 11.

¹⁹ *Münzberg*, DGVZ 1988, 81.

²⁰ *Schneider*, DGVZ 1977, 129, 131 ff.

²¹ Diesen Lösungsansatz wirft *Schultheis*, S. 102 ff., auf, lehnt ihn jedoch i. E. ab.

²² *Bittmann*, ZJP 97 (1984), 42; *Brehm*, JZ 1978, 263; *Schultheis*, S. 98 ff.

²³ *Schultheis*, S. 99 ff.

gerichtete prozessuale Willenserklärung.²⁴ Auch die Berücksichtigung solcher Einwendungen ist Bedenken ausgesetzt. Zwar kann man nun nicht auf die Vollstreckungsabwehrklage verweisen, da in diesem Verfahren nur Einwendungen statthaft sind, die sich gegen den materiellen Anspruch selbst richten.²⁵ Es bleibt indes das Argument der fehlenden Eignung des Klauselerteilungs- oder Erinnerungsverfahrens zur Überprüfung derartiger Einwendungen aufgrund seiner fehlenden kontradiktorischen Ausgestaltung und der Beschränkung der Beweismittel.

Zu unterscheiden sind zwei Fallgruppen: Zum einen kann ein- und derselbe Sachverhalt die Unwirksamkeit sowohl der Unterwerfungserklärung als auch der materiellen Verpflichtung des Vollstreckungsschuldners zur Folge haben, wie beim Einwand der fehlenden Geschäftsfähigkeit bzw. Prozessfähigkeit. Die mangelnde Eignung des Klauselerteilungsverfahrens zur Erörterung dieser Frage ist ohne weiteres sichtbar. Der Vollstreckungsschuldner kann diesen Einwand des Doppel mangels in seiner materiellrechtlichen Komponente in dem dafür geeigneten Verfahren, nämlich der Vollstreckungsgegenklage, geltend machen. Denn im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung, die eine Vollstreckungsabwehrklage bei gleichzeitiger Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung als unzulässig abwies,²⁶ ist nunmehr diese Klageart bereits statthaft, wenn ein nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeigneter und mit einer Vollstreckungsklausel versehener Titel vorliegt.²⁷ Aus der Sicht des Klauselerteilungsorgans bleibt indes die Schwierigkeit, dass nach auch heute noch h. M. die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung Prüfungsgegenstand des Klauselerteilungsverfahrens ist. Aufgrund dieser Identität von prozessuellem und materiellem Mangel und der daher ohnehin sich ergebenden Notwendigkeit der Prüfung im Klauselerteilungsverfahren wird gerade für die Fallgruppe des Doppel mangels eine Geltendmachung des materiellrechtlichen Einwands auch in diesem Verfahren befürwortet.²⁸

Zum Zweiten gibt es Fälle, in denen allein der Unterwerfungserklärung ein materiellrechtlicher Mangel entgegengehalten werden kann, wie bei der lange Zeit höchststrichterlich nicht geklärten Frage der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung unter Verzicht auf den Fälligkeit nachweis im Bauträgervertrag.²⁹ Das Klauselerteilungsverfahren nicht mit der Prüfung schwieriger sachlicher und rechtlicher Probleme wie der Geschäftsfähigkeit und der materiellrechtlichen Wirksamkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu belasten, ist ein wünschenswertes Ziel. Das dogmatische Fundament hierfür hat *Wolfsteiner*³⁰ geliefert: Grundlage des Vollstreckungsverfahrens ist nicht die Unterwerfungserklärung des Schuldners, sondern – in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO und der Rechtslage bei allen anderen Titeln – die vom Notar in Ausübung der ihm übertragenen öffentlichen Gewalt gemäß §§ 1 Abs. 1, 8 ff. BeurkG errichtete Urkunde. Ein Schluss von der

Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung auf die Unwirksamkeit der vollstreckbaren Urkunde kann deshalb nicht gezogen werden. Gegen diesen Lösungsansatz lässt sich zwar anführen, dass die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung dann nach dem Gesetzeswortlaut keinerlei gerichtlichen Kontrolle unterliegt, da weder die Klauselerinnerung noch die Vollstreckungsgegenklage statthafter Rechtsbehelf wäre. Dieser Einwand ist jedoch auszuräumen, indem man dem Vollstreckungsschuldner wegen des Einwands der Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung eine Klagemöglichkeit analog § 767 ZPO einräumt.³¹ Die Behandlung komplexer Sach- und Rechtsfragen und materiellrechtlicher Einwendungen bliebe damit einheitlich dem Prozessgericht vorbehalten.

II. Des Weiteren bietet die Entscheidung Anlass, sich einige Grundsätze bei der Formulierung von Fälligkeitsklauseln in Erinnerung zu rufen. Danach sollte im Kaufvertrag stets ausdrücklich geregelt sein, ob mit Ablauf einer vereinbarten Frist ab Abgang bzw. Datum der Fälligkeitsmitteilung³² erst die Fälligkeit des Kaufpreises gegeben ist (1. Variante) oder bei sofortiger Fälligkeit innerhalb dieser Frist der Leistungserfolg, also Erfüllung i. S. d. § 362 BGB, durch Wertstellung auf dem Konto des Verkäufers eingetreten sein muss (2. Variante). Der Frist kommt in diesem zweiten Fall die Bedeutung zu, vor ihrem Ablauf einen Verzugsseintritt auszuschließen bzw. beim Handelskauf insoweit § 353 HGB abzubedingen. Die Fälligkeit regelt den Zeitpunkt, zu dem der Schuldner seine Leistungshandlung zu erbringen hat. Da es sich bei Geldschulden um Schickschulden handelt, ist bei der Überweisung die Leistungshandlung rechtzeitig erbracht, wenn der Überweisungsauftrag vor Fristablauf beim Geldinstitut eingeht und auf dem Konto Deckung vorhanden ist.³³ Materiellrechtlich schließt die Leistungshandlung vor allem den Schuldnerverzug aus.

Nach dem Sachverhalt der vorliegenden Entscheidung war im Kaufvertrag die 1. Variante gewählt worden. Zwar hätte insoweit auch eine eindeutigere Formulierung getroffen werden können wie „Der Kaufpreis ist fällig 14 Tage nach Abgang der Fälligkeitsmitteilung ...“; Auslegungsspielraum ergab sich aber erst unter Berücksichtigung der Rücktrittsklausel, nach der ein Rücktritt zulässig war, wenn nicht bis zu einem konkret genannten Datum die Kaufpreisfälligkeit eingetreten war. Denn danach konnte die Situation eintreten, dass zwar vor dem in der Rücktrittsklausel genannten Datum die Fälligkeitsmitteilung zugesandt wurde, gleichwohl aber ein Rücktrittsgrund in Betracht kam. Dies erscheint insofern problematisch, als mit Erfüllung der Fälligkeitsvoraussetzungen regelmäßig die Voraussetzungen für den Vertragsvollzug gegeben sind und insoweit ein an die Fälligkeit anknüpfendes Rücktrittsrecht des Käufers hinfällig erscheint. Aus diesem Gedanken heraus hätte sich eine Klarstellung in der Rücktrittsklausel angeboten, dass das genannte Datum selbst dann maßgeblich ist, wenn zwar vor ihm die Fälligkeitsmitteilung abgesandt wird, schon zu diesem Zeitpunkt aufgrund der Fälligkeitsfrist aber klar ist, dass die Fälligkeit nicht mehr rechtzeitig eintreten wird. Vorzugswürdig aus dem Gesichtspunkt der Vertragsklarheit heraus wäre es indes gewesen, mit vorliegender Rücktrittsklausel obige 2. Variante der Fälligkeitsklausel zu kombinieren.

Notarassessor Dr. *Sebastian Apfelbaum*, Ansbach

²⁴ BGH, V ZR 244/83, NJW 1985, 2423; *Stein/Jonas/Münzberg*, § 794 Rdnr. 125; *Thomas/Putzo*, § 794 Rdnr. 53; *Wieczorek/Schütze/Paulus*, § 794 Rdnr. 89; *Zöller/Stöber*, ZPO, 24. Aufl., § 794 Rdnr. 29.

²⁵ *Schultheis*, S. 356 ff.; *Thomas/Putzo*, § 767 Rdnr. 18 ff.; *Wolfsteiner*, DNotZ 1990, 539.

²⁶ BGH, VII ZR 210/86, NJW-RR 1987, 1149.

²⁷ BGH, VII ZR 204/90, NJW 1992, 2160.

²⁸ *Stein/Jonas/Münzberg*, § 797, Rdnr. 10.

²⁹ BGH, VII ZR 99/97, NJW 1999, 51.

³⁰ DNotZ 1990, 531; ihm folgend *Schultheis*, S. 344 ff.

³¹ Ausführlich *Schultheis*, S. 364 ff. Nach BGH, VII ZR 388/00, NJW 2002, 139, kann die Unwirksamkeit des Titels mit der Klage analog § 767 ZPO geltend gemacht werden.

³² Bei AGB ist freilich das Verbot der Zugangsfiktion zu beachten.

³³ *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl., § 270 Rdnr. 7.

Beurkundungs- und Notarrecht

21. GG Art. 12; BNotO § 113; VONot § 39 (*Verfassungsrechtliche Anforderungen bei Rechtsetzungsbefugnissen der Notarkassen*)

Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an gesetzliche Regelungen über die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an Notarkassen.

BVerfG, Beschluss vom 13.7.2004, 1 BvR 1298/94, 1 BvR 1299/94, 1 BvR 1332/95, 1 BvR 613/97

Aus den Gründen:

Mit ihren Verfassungsbeschwerden machen die Beschwerdeführer geltend, die von der Ländernotarkasse Leipzig und der Notarkasse München auf der Grundlage autonom gesetzten Satzungsrechts erhobenen Abgaben entbehrten einer verfassungsgemäßen Grundlage.

I.

1. Aufgrund des Notariatsgesetzes vom 9.6.1899 (BayGVBl, S. 137) in Verbindung mit der Verordnung vom 1.2.1902 (BayGVBl, S. 27) bestand in Bayern seit Beginn des 20. Jahrhunderts ein rechtsfähiger Pensionsverein für Notare, dem nach der Satzung vom 22.12.1901 (BayGVBl 1902, S. 29) zur Deckung der Versorgungsansprüche Gebührenanteile zugewiesen waren und der im Falle der Unterdeckung auch Umlagen erheben durfte. Bis zum Erlass der Reichsnotarordnung (im Folgenden: RNotO) vom 13.2.1937 (RGBl I, 191) erweiterten sich die Aufgaben des inzwischen als Notarkasse geführten Pensionsvereins kontinuierlich; auch die Aufbringung der Mittel wurde mehrfach geändert. Die Bayerische Notariatskasse wurde durch § 84 RNotO als öffentlich-rechtliche Anstalt mit den Aufgaben der Ergänzung des Berufseinkommens der Notare, der Versorgung ausgeschiedener Notare und ihrer Hinterbliebenen, der Besoldung der Notariatsbeamten und ihrer Versorgung, der Sicherstellung der in Probe und Anwärterdienst befindlichen Personen sowie der einheitlichen Durchführung der Haftpflichtversicherung bestätigt. Trotz der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Notariat (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) blieb die landesrechtliche Besonderheit der Notarkasse gemäß Art. 138 GG auch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes erhalten. Die Satzung der Notarkasse wurde angepasst (BayJMBI 1957, S. 357).

Auch die Bundesnotarordnung (BNotO) in der hier maßgeblichen Fassung des Ersten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung v. 7.8.1981 (BGBl I, 803) behielt in § 113 für Bayern und den Regierungsbezirk Pfalz des Landes Rheinland-Pfalz die Notarkasse München als Anstalt des öffentlichen Rechts bei: (...)

Entsprechend der Ermächtigung in § 113 Abschnitt I Abs. 5 BNotO hat sich die Notarkasse München eine Satzung gegeben; sie stammt vom 23.10.1964 (Amtl. Mitteilungsblatt der Landesnotarkammer Bayern und der Notarkasse Nr. 2/1965, S. 1) und gilt mit Änderungen bis heute. Art. 2 dieser Satzung entspricht § 113 Abschnitt I Abs. 4 BNotO; danach sind die Organe der Notarkasse der Präsident und der Verwaltungsrat. Der Präsident wird vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz auf gemeinsamen Vorschlag der Notarkammern aus Bayern und der Pfalz aus den Reihen der Notare berufen (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 der Satzung). Auch der Verwaltungsrat, der aus 13 Notaren besteht, wird auf Vorschlag der Notarkammern durch das Bayerische Staatsministerium der Justiz berufen (Art. 5 der Satzung). (...)

Der Verwaltungsrat der Notarkasse München beschließt in jedem Jahr die Abgabensatzung für das kommende Haushaltsjahr. Danach zahlen diejenigen Notare, denen von der Notarkasse München ein Notarassessor oder ein Angestellter zugewiesen wurde, einen festen Besoldungsbeitrag für den ersten Angestellten, einen doppelten Beitrag für jeden weiteren Angestellten sowie nach der Dauer des Anwärterdienstes gestaffelte Beträge für jeden zugewiesenen Notarassessor. Daneben ist eine Staffellabgabe zu entrichten. (...)

Die Alters- und Hinterbliebenenversorgung ist in einer Anlage zu Art. 20 der Notarkassensatzung geregelt. Auch diese wird vom Verwaltungsrat beschlossen. Danach wird einem Notar Ruhegehalt nur gewährt, wenn er im Bereich der Notarkasse mindestens drei Jahre lang als Notarassessor tätig war und beim Erlöschen seines Amtes seinen Amtssitz im Tätigkeitsbereich der Notarkasse hatte (§ 3 Abs. 1 der Anlage). Nach § 7 wird das monatliche Ruhegehalt für jedes vollendete Dienstjahr bis zur Erreichung des Höchstruhegehalts nach 30 vollendeten Dienstjahren mit einem Festbetrag ausgewiesen. Das Ruhegehalt richtet sich nicht nach der Höhe der geleisteten Abgaben; eine Mindesthöhe ist nicht vorgesehen.

2. In der Deutschen Demokratischen Republik blieb die Reichsnotarordnung bis zur Verordnung über die Errichtung und Tätigkeit des Staatlichen Notariats v. 15.10.1952 (GBI, S. 1055) und bis zum Gesetz über das Verfahren des Staatlichen Notariats – Notariatsverfahrensordnung – v. 16.11.1956 (GBI I, 1288) zunächst in Kraft. Die Notare wurden Mitarbeiter des Staatlichen Notariats, die vom Minister der Justiz berufen wurden (Gesetz über das Staatliche Notariat – Notariatsgesetz – v. 5.2.1976, GBI I, 93). Hinsichtlich ihrer Altersversorgung unterlagen sie den allgemeinen Vorschriften.

Kurz vor dem Beitritt der Deutschen Demokratischen Republik erließ der Ministerrat die Verordnung über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis (im Folgenden: VONot) vom 20.6.1990 (GBI I, 475). Sie wies den Notaren als unabhängigen Organen der Rechtspflege die Aufgaben nach dem Notariatsgesetz von 1976 und die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege zu. Abgesehen vom Zuständigkeitsbereich des Stadtgerichts Berlin wurde das Nur-Notariat eingeführt. Nach § 26 Abs. 1 VONot standen den Notaren Gebührenansprüche zu. Mit Verordnung vom 22.8.1990 (GBI I, 1328) wurde die Notariatsverordnung geändert; es wurden Notarkammern in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen mit gesetzlich festgelegten Aufgaben eingerichtet. Zugleich wurde eine Ländernotarkasse für diese fünf Länder errichtet. Aufgrund des Einigungsvertrages (Anlage II Kapitel III Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 2) blieb die Notariatsverordnung im Wesentlichen in Kraft. (...)

Inzwischen sind der Ländernotarkasse noch Aufgaben der beruflichen Aus- und Fortbildung der Hilfskräfte der Notare sowie die Erstattung von kostenrechtlichen Gutachten übertragen worden.

Die Ländernotarkasse hat sich eine Hauptsatzung, eine Einkommensergänzungssatzung, eine Versorgungssatzung und eine Abgabensatzung gegeben. Die Hauptsatzung bestimmt in Wiederholung des Gesetzes als Organe den Präsidenten und den Verwaltungsrat. Der Präsident wird von der Aufsichtsbehörde auf Vorschlag des Verwaltungsrats auf die Dauer von vier Jahren berufen. Der Verwaltungsrat besteht aus 15 Notaren, je drei aus jedem der betroffenen Länder, die auf die Dauer von vier Jahren berufen werden. Auch diese Berufung erfolgt durch die Aufsichtsbehörde auf Vorschlag der jeweiligen Notarkammer. Die Kompetenzen des Verwaltungsrats

entsprechen denjenigen des Verwaltungsrats der Notarkasse München.

Die Versorgungssatzung ist als Anlage zu Art. 16 der Hauptsatzung ergangen. Danach richtet sich die Höhe des Ruhegehalts allein nach den Dienstjahren. Das Höchstruhegehalt wird nach 35 Jahren der Amtstätigkeit erreicht; das Mindestruhegehalt beträgt seit 1996 mindestens 35 vom Hundert des Höchstruhegehalts. Nach § 22 der Versorgungssatzung bestehen Ansprüche auf Versorgungsleistungen nur insoweit, als sie den Betrag etwa vorhandener Abgabenrückstände des Notars übersteigen.

Die Abgabensatzung wird jährlich neu erlassen. In den Anfangsjahren haben die Stufen der Abrechnungsstaffel stark geschwankt. Für das Rechnungsjahr 1991 galt: (...)

Besoldungsbeiträge werden nicht erhoben, weil die Ländernotarkasse die Vergütung der Angestellten nicht trägt. Es gibt aber einen von der Gebührenlage unabhängigen Grundbeitrag für jeden Notar.

3. Mit dem Dritten Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze v. 31.8.1998 (BGBl I, 2585) wurden die Notariatsverordnung aufgehoben, § 113 a BNotO eingefügt und § 113 BNotO geändert. Der Ländernotarkasse wurden weitere Aufgaben übertragen und die Ermächtigung der Notarkasse München sowie der Landesnotarkammer zur Abgabenerhebung geändert und dahin präzisiert, dass Staffellabgaben erhoben werden dürfen. (...)

III.

1. Die Beschwerdeführer (...) greifen die Abgabenbescheide und die sie bestätigenden Beschlüsse des Bundesgerichtshofs an. (...)

Bei der Verpflichtung zur Abgabenzahlung handele es sich um einen Eingriff in die Berufsfreiheit, der nur durch eine demokratisch legitimierte Entscheidung geregelt werden könne. Es sei schon zweifelhaft, ob § 39 VONot als formelles Gesetz angesehen werden könne. Jedenfalls sei die Satzung der Ländernotarkasse nicht in demokratisch legitimer Weise entstanden, da die Ländernotarkasse keine Körperschaft, sondern eine öffentlich-rechtliche Anstalt sei und dementsprechend keine Mitglieder, sondern nur Benutzer habe. Die satzunggebenden Organe würden nicht gewählt, sondern von der Behörde bestellt. Daran ändere das Vorschlagsrecht der Notarkammern nichts. Die Ländernotarkasse sei keine berufsständische Selbstverwaltungseinrichtung. Sie finanziere beispielsweise die Haushalte der Notarkammern, ohne dass sie eine Kontrollbefugnis über deren Ausgaben habe. Auch der einzelne Notar könne immer nur das Wirtschaftsgebaren seiner eigenen Kammer beeinflussen, müsse aber die Haushalte sämtlicher Kammern über die Abgabe mitfinanzieren.

Die progressive Staffelung der Abgabe verletze auch Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 GG. Es fehle an einer gesetzlichen Ermächtigung, weil die Abgabenerhebung nach Leistungsfähigkeit Staffellabgaben nicht legitimiere. Eine solche Progression weiche auch vom sozialversicherungsrechtlichen Äquivalenzprinzip ab. Die Parallele zur Beamtenversorgung sei irreführend und scheitere bereits daran, dass die Beamtenversorgung nicht über Beiträge finanziert werde. Im Übrigen richte sich die Altersversorgung von Beamten nicht nur nach Dienstjahren, sondern auch nach den Besoldungsgruppen, die entsprechend der jeweiligen Leistungsfähigkeit vom Einzelnen erreicht würden. Als Sonderabgabe könnten die Beiträge nicht qualifiziert werden, weil der Finanzierungszweck auf Dauer angelegt sei. Befristet seien allenfalls die Anteile erhoben worden, die dem Aufbau des Versorgungswerks gedient hät-

ten. In ihrer Höhe seien die Abgaben erdrosselnd, weil die individuellen Betriebsausgaben nicht abgesetzt werden könnten. Der BGH habe sich auf Durchschnittswerte bezogen und eingereichte Nachweise nicht zur Kenntnis genommen. Zu Unrecht habe er nicht berücksichtigt, dass die Beschwerdeführer als Pflichtmitglieder anderen Versorgungswerken angehört hätten. In einem solchen Fall sei eine Befreiung von dem Versorgungswerk, dem man nach Ortswechsel angehöre, auch verfassungsrechtlich geboten. (...)

2. (...) a) Die Abgabensatzung der Notarkasse München sei nichtig, weil der Vorbehalt des Gesetzes nicht gewahrt sei. Notwendige gesetzliche Grundentscheidungen fehlten in § 113 Abs. 7 BNotO. Mindestens die Wahl des Versorgungssystems, die Grenzen der Beitragspflicht und der Kreis der Pflichtteilnehmer nebst Befreiungsmöglichkeiten sowie Art und Umfang der Versorgungsleistungen und die Bemessungsgrundlage müssten im Gesetz selbst geregelt werden. Das gelte verschärft für die Mischabgabe, die ganz unterschiedlichen Zwecken von der Altersversorgung bis zur Finanzierung der Notarkammern diene. Eine derartige Kombination sei angesichts des verfassungsrechtlichen Gebots der Abgabeklarheit, Abgabengerechtigkeit und Abgabenvorhersehbarkeit nur in engen Grenzen zulässig, weshalb differenzierte gesetzliche Vorgaben unverzichtbar seien. Diese Anforderungen könne man nicht unter Hinweis auf Art. 138 GG vernachlässigen. Das Grundgesetz habe zwar die Einrichtung der Notarkasse München gesichert, damit jedoch nicht die Beibehaltung undemokratischer Strukturen verfassungsrechtlich gebilligt. Letztlich schränke Art. 138 GG lediglich die Bundeskompetenz für das Notariat ein, indem für bestimmte Bereiche das Bundesrecht von der Zustimmung der betroffenen Länder abhängt. Ein Dispens von verfassungsrechtlichen Bindungen sei jedoch mit dieser Vorschrift nicht eröffnet.

Auch die Binnenstruktur von Selbstverwaltungsträgern müsse dem Demokratiegebot genügen. Dem werde die Binnenstruktur der Notarkasse München nicht gerecht. Die Notarkasse sei keine Selbstverwaltungseinrichtung, sondern ministerialfreie Verwaltung. Entscheidungen von erheblicher Tragweite dürften auf derart strukturierte verselbständigte Verwaltungseinheiten nicht übertragen werden.

Die Abgabenverpflichtung verletze in mehrfacher Hinsicht Art. 3 Abs. 1 GG. Die Erhebung der Sonderabgabe sei entgegen der Auffassung des BGH nicht zeitlich befristet; sie sei auf Dauer angelegt, solange die gesetzlich umschriebenen Aufgaben wahrgenommen würden. Eine progressive Staffellabgabe widerstreite zudem den Grundsätzen des Sozialversicherungsrechts. (...)

C.

Die Verfassungsbeschwerden haben keinen Erfolg. Zwar beruhen die von den Gerichten bestätigten angegriffenen Abgabebescheide auf einer mit der Verfassung nicht vereinbaren gesetzlichen Grundlage. Die Bescheide haben jedoch Bestand, weil die Normen vorläufig weiter anzuwenden sind.

I.

Maßstab der verfassungsrechtlichen Prüfung ist Art. 12 Abs. 1 GG.

1. Die Vorschrift gewährleistet die Freiheit der beruflichen Betätigung. Der Schutz des Grundrechts ist einerseits umfassend angelegt, schützt aber andererseits nur vor solchen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Der Schutzbereich ist daher nicht schon dann eröffnet, wenn eine Rechtsnorm, ihre Anwendung oder

andere hoheitliche Maßnahmen unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit entfalten (vgl. BVerfGE 105, 252, 265 ff.; 106, 275, 298 f.). Die Berufsfreiheit ist aber dann berührt, wenn sich die Maßnahmen zwar nicht auf die Berufstätigkeit selbst beziehen, aber die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern und infolge ihrer Gestaltung in einem so engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen, dass sie objektiv eine berufsregelnde Tendenz haben.

Eine solch enge Verbindung kann zwischen einer beruflichen Tätigkeit und der Erhebung von Steuern oder Abgaben vorhanden sein (vgl. BVerfGE 13, 181, 187 – Schankerlaubnissteuer; 22, 380, 383 – Pflicht zur Abführung der Kapitalertragsteuer; 38, 61, 79 – Straßengüterverkehrssteuer). Abgabenlasten stehen zwar oft nur in einem losen Zusammenhang mit der Berufstätigkeit, so dass sie die eigentliche Berufsausübung nicht beeinflussen und der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG nicht berührt ist (vgl. für die Abgabepflicht an Sozialkassen BVerfGE 34, 62, 70; 55, 7, 25 ff.; 75, 108, 153 f.; für die Ärzteversorgung BVerfGE 10, 354, 362 f.). Dient aber eine nach einem einheitlichen Maßstab erhobene Abgabe mehreren Zwecken mit unterschiedlich intensivem Berufsbezug, ist die durch sie verursachte Belastung insgesamt an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen, wenn ihre Verwendung in erheblicher Weise auf die Berufsausübung zurückwirkt.

2. Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. Die Abgabe knüpft an das im Beruf des Notars erwirtschaftete Gebührenaufkommen an und wirkt in diesen Beruf zurück, indem sie dazu verwendet wird, eine flächendeckende Ausübung des Berufs zu unterstützen, hierfür Aus- und Fortbildung sicherzustellen, den in diesem Beruf Tätigen und ihrem Personal finanzielle Unabhängigkeit zu gewährleisten und sie von haftungsrechtlichen Risiken zu befreien. Sie nimmt damit gestaltend Einfluss auf die Berufsausübung der Notare. Wie sehr die Abgabenlast mit der Berufsausübung verschränkt ist, zeigt auch, dass sich die Höhe des Abgabenaufkommens nach den mit der Abgabenerhebung verfolgten Zwecken bemisst, zu deren Erreichen mit den eingenommenen Mitteln auf Berufsorganisation und -ausübung Einfluss genommen wird. Mittels der Abgaben werden in Bayern die Personalkosten bestritten und sowohl in Bayern als auch in Sachsen die vorgeschriebene Haftpflichtversicherung sowie die Versorgung im Alter, bei Amtsunfähigkeit und im Todesfall finanziert; Notariatsvertreter werden hieraus bezahlt, und in strukturschwachen Gebieten erhalten Notare Einkommensergänzungen. Außerdem werden aus dem Abgabenaufkommen die Heranbildung des Nachwuchses (Notarassessoren) sowie die fachliche Ausbildung des Personals der Notare finanziert.

II.

Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann die Berufsausübung nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden, das den Anforderungen der Verfassung entspricht. Daran fehlt es vorliegend. Die Abgabensatzung beruht zwar auf einer bundesgesetzlichen Grundlage. Der Gesetzgeber hat aber weder hinsichtlich der Organisationsstruktur der Notarkassen noch im Hinblick auf die materiellen Voraussetzungen der ihnen zugewiesenen autonomen Rechtsetzungsbefugnis seine Verantwortung in dem Umfang wahrgenommen, wie es ihm das Demokratiegebot und das Rechtsstaatsprinzip wegen der grundrechtserheblichen Belastungs- und Verteilungswirkung der Abgaben abverlangen.

1. Die Abgabensatzungen sind allerdings aufgrund eines Gesetzes ergangen. Dies gilt nicht nur für die Abgabensatzung der Bayerischen Notarkasse, die in § 113 BNotO ihre

Grundlage hat, sondern auch für die Satzung der Ländernotarkasse, soweit sie vor 1998 nicht auf § 113 a BNotO, sondern auf § 39 Abs. 7 VONot gestützt war. (...)

2. Die gesetzlichen Regelungen haben aber den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips an die Delegation von Normsetzung an die Träger funktionaler Selbstverwaltung zu genügen.

a) Es bestehen grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen berufsrechtliche Regelungen in Gestalt von Satzungen öffentlich-rechtlicher Berufsverbände oder Anstalten. Die Bayerische Notarkasse gehört zum historisch gewachsenen und von der Verfassung grundsätzlich anerkannten Bereich funktionaler Selbstverwaltung. Die Vorschriften über die Ländernotarkasse folgen dem bayerischen Vorbild; sie fügen den Autonomiegedanken sinnvoll in das System des Nur-Notariats ein, das von den neuen Ländern übernommen worden ist.

Die Prinzipien der Selbstverwaltung und der Autonomie wurzeln im demokratischen Prinzip und entsprechen dem freiheitlichen Charakter der Verfassung; sie ermöglichen gesellschaftlichen Gruppen, in eigener Verantwortung die Ordnung der sie berührenden Angelegenheiten mitzugestalten (vgl. BVerfGE 33, 125, 156 f., 159). Dabei legt die Verfassung nicht fest, in welcher Organisationsform funktionale Selbstverwaltung stattzufinden hat. Die Ausgestaltung liegt im staatlichen Gestaltungsermessen. In funktionaler Selbstverwaltung können öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Zwangsmitgliedschaft für Berufsangehörige deren Berufspflichten näher festlegen, was bei den sog. freien Berufen regelmäßig geschieht (vgl. zu den Voraussetzungen der autonomen Rechtsetzung BVerfGE 76, 171, 185 f.). Auch können die von diesen Mitgliedern aufzubringenden Mittel in einer öffentlich-rechtlichen Anstalt zusammengeführt werden, die die Aufbringung und Verwendung dieser Abgaben regelt und verwaltet; in dieser Weise sind häufig die Versorgungswerke organisiert (vgl. BVerfGE 10, 354, 362). Die Verleihung von Satzungsautonomie an die Anstalt findet ihren Sinn darin, die in ihr zusammengefassten Mitglieder der körperlich organisierten Notarkammern zu aktivieren und ihnen gemeinsam die Regelung solcher Angelegenheiten eigenverantwortlich zu überlassen, die sie selbst betreffen und die sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen können (vgl. BVerfGE 33, 125, 156).

b) Die Einrichtung funktionaler Selbstverwaltung als Ausprägung des Demokratieprinzips des Art. 20 Abs. 2 GG mit dem Ziel der Verwirklichung der freien Selbstbestimmung (vgl. BVerfGE 107, 59, 92 unter Bezugnahme auf BVerfGE 44, 125, 142) darf nicht dazu führen, dass der Gesetzgeber sich seiner Regelungsverantwortung entäußert. Überlässt er öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten als Träger funktionaler Selbstverwaltung bestimmte Aufgaben zur Regelung in Satzungsautonomie, darf er ihnen die Rechtsetzungsbefugnis nicht zur völlig freien Verfügung überlassen. Das gilt insbesondere bei Regelungen, die mit Grundrechtseingriffen verbunden sind. Der Gesetzesvorbehalt – hier der des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG – weist dem parlamentarischen Gesetzgeber die Entscheidung darüber zu, welche Gemeinschaftsinteressen so wichtig sind, dass Freiheitsrechte des Einzelnen zurücktreten müssen (vgl. BVerfGE 33, 125, 159). Im Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstands, insbesondere die Intensität der Grundrechtseingriffe, ist zu beurteilen, wie weit die gesetzlichen Vorgaben ins Einzelne gehen müssen (vgl. BVerfGE 98, 218, 251).

Der Parlamentsvorbehalt gewährleistet nicht nur, dass der demokratische Gesetzgeber die Aufgaben und Regelungsgegenstände festlegt, die zur selbstverantworteten Gestaltung freigegeben werden, wobei je nach Grundrechtsberührung engere oder weitere Vorgaben den Satzungsgeber anleiten. Wählt der parlamentarische Gesetzgeber für bestimmte öffentliche Aufgaben eine Organisationsform der Selbstverwaltung, muss er institutionelle Vorkehrungen zur Wahrung der Interessen der von ihr erfassten Personen treffen. Organisation und Verfahren müssen Gewähr dafür bieten, dass die verfolgten öffentlichen Aufgaben innerhalb der Anstalt für diejenigen, die der Satzungsgewalt unterworfen sind, unter Berücksichtigung ihrer Interessen angemessen wahrgenommen werden. Dies gilt insbesondere bei der Delegation der Befugnis, verbindliche Entscheidungen zu treffen.

c) Die Bildung der Organe, ihre Aufgaben und Handlungsbefugnisse müssen in ihren Grundstrukturen in einem parlamentarischen Gesetz ausreichend bestimmt sein; das Gesetz muss außerdem mittels Vorgaben für das Verfahren der autonomen Entscheidungsfindung eine angemessene Partizipation der Berufsangehörigen an der Willensbildung gewährleisten (vgl. den Hinweis in BVerwGE 76, 171, 186). Die Organe müssen nach demokratischen Grundsätzen gebildet werden (vgl. BVerfGE 33, 125, 157). Es sind institutionelle Vorkehrungen vorzusehen, damit die Beschlüsse so gefasst werden, dass nicht einzelne Interessen bevorzugt werden (vgl. BVerfGE 107, 59, 93 unter Bezugnahme auf BVerfGE 37, 1, 27 f.). Das weitgehende Ermessen des Gesetzgebers hinsichtlich der Bildung von Organisationseinheiten und der Auswahl der zu übertragenden Aufgaben findet seine Grenze darin, dass die von ihm zu setzenden Regelungen über Strukturen und Entscheidungsprozesse, in denen diese Aufgaben bewältigt werden sollen, dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip entsprechen müssen. Der Gesetzgeber hat sicherzustellen, dass sich die verbindlich und autonom gesetzten Regelungen mit Eingriffscharakter als Ergebnis eines demokratischen Willensbildungsprozesses im Innern darstellen.

Die gebotene Dichte der gesetzgeberischen Organisationsvorgaben korrespondiert mit der Intensität des möglichen Grundrechtseingriffs durch Satzungsrecht. Wird durch organisatorische und verfahrensrechtliche Bestimmungen für eine angemessene Interessenberücksichtigung gesorgt, werden die Anforderungen an materiell-rechtliche Regelungen im Gesetz entsprechend verringert. Bei Anstalten des öffentlichen Rechts sind die insoweit maßgeblichen Kriterien unter Berücksichtigung ihrer Aufgaben, des Umfangs der Befugnisse zu Eingriffe in Rechte und des Nutzerkreises zu bestimmen. Besteht dieser aus den Zwangsmitgliedern einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, die der öffentlich-rechtlichen Anstalt ebenso zwangsläufig „angehören“ und von ihr zu Abgaben herangezogen werden, sind angesichts des hiermit verbundenen empfindlichen Grundrechtseingriffs besondere Anforderungen an die Vorgaben zur organisatorischen Ausgestaltung zu stellen.

d) Außerdem erlaubt erst die gesetzliche Aufgabenzuweisung verbunden mit organisatorischen und verfahrensgestaltenden Regelungen, die auch das Feld möglicher Grundrechtseingriffe absteckt, die Wahrnehmung der im Zusammenspiel mit autonomer Selbstverwaltung erforderlichen Staatsaufsicht. Ohne solche Regelungen des parlamentarischen Gesetzgebers fehlen die Maßstäbe für eine wirksame Kontrolle der Satzungsgewalt.

3. Diesen Maßstäben werden die gesetzlichen Ermächtigungen in § 39 VONot nicht gerecht.

a) Die Errichtung der Ländernotarkasse und ihre Ausstattung mit Satzungsgewalt für die Angehörigen von fünf Körperschaften des öffentlichen Rechts – je eine in den fünf neuen Ländern – beruhen auf unzulänglichen organisatorischen Vorgaben.

aa) § 39 Abs. 5 VONot legt die beiden Organe der Ländernotarkasse fest. Der Präsident vertritt die Notarkasse nach außen. Der Verwaltungsrat ist nach § 39 Abs. 6 Satz 2 VONot satzunggebendes Organ. Nach § 39 Abs. 6 Satz 1 VONot bestimmen sich im Übrigen die Rechtsverhältnisse der Notarkasse nach einer Satzung. Damit fehlt im Gesetz jede Regelung über die Zusammensetzung des satzunggebenden Organs, über die Art seines Zustandekommens, über die Ermittlung und Bestellung des Präsidenten und über die jeweils angemessene Beteiligung der Notare aus den fünf Ländern, für deren Gebiet die Notarkasse zuständig ist.

Allerdings regelt § 49 Abs. 2 VONot als Übergangsbestimmung die Binnenstruktur für den Anfang. Dem ersten Verwaltungsrat hatten aus dem Bezirk jeder Notarkammer im Tätigkeitsgebiet der Notarkasse jeweils drei Notare anzugehören, die von „dort gebildeten Notarvereinigungen“ vorgeschlagen und von der für die betreffende Notarkammer zuständigen Aufsichtsbehörde ernannt wurden. Der erste Präsident wurde auf Vorschlag des Verwaltungsrats von der zuständigen Aufsichtsbehörde ernannt. An diesen Vorgaben hat sich die Hauptsatzung auch für die Zukunft orientiert. Verpflichtend wird dies vom Gesetz aber nicht vorgeschrieben. Der jeweilige Verwaltungsrat könnte eine andere Binnenstruktur beschließen, ohne gegen eine gesetzliche Bindung zu verstoßen. Auch das den Vorschlagsrechten vorangehende Verfahren bleibt im Gesetz ungeregt. Der Satzungsgeber ist in der Selbstorganisation der Anstalt frei. Die Aufsichtsbehörde kann die in § 39 Abs. 6 Satz 2 VONot vorgesehene Bestätigung nicht von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig machen.

bb) Gesetzliche Vorgaben zur Organisation sind vorliegend von besonderer Bedeutung, weil dem Verwaltungsrat ein großer Gestaltungsspielraum eröffnet ist. Er hat durch verbindliches Satzungsrecht nicht nur über die Aufbringung der Mittel, die Abgabebemessung und die Abgabenhöhe zu bestimmen, sondern zugleich obliegt es ihm, die in § 39 Abs. 3 VONot umschriebenen Anstaltsaufgaben näher zu konkretisieren. Er hat insoweit umfassende Kompetenzen zu inhaltlichen Regelungen in Erfüllung der zugewiesenen öffentlichen Aufgaben im Hinblick auf die Altersversorgung, die Einkommensergänzung von Notaren, die Gruppenversicherung, die Bezahlung der Notariatsverweser und die gesamte Bereitstellung der Haushaltsmittel einer Kammer. Der Verwaltungsrat legt die Voraussetzungen von Leistungen bei unzulänglichen Einkünften, bei Alter und Amtsunfähigkeit ebenso fest wie ggf. die Höhe dieser Leistungen. Die Aufzählung scheint nicht einmal abschließend gemeint, weil aufgrund der Öffnungsklausel des § 39 Abs. 6 Satz 1 VONot die Aufgaben durch den Satzungsgeber selbst erweitert werden können.

cc) Neben den Anstaltsaufgaben nimmt die Notarkasse originäre Kammeraufgaben wahr. Sie stellt die Haushaltsmittel für die in ihrem Gebiet gebildeten Notarkammern bereit und übernimmt auch anstelle der Notarkammern die wirtschaftliche Verwaltung der von einem Notariatsverweser wahrgenommenen Notarstellen. Nähmen die einzelnen Kammern insoweit ihre Finanzverantwortung (§ 71 Abs. 4 Nr. 3 BNotO) selbst wahr, würde der Kammerbeitrag in einem von der BNotO vorgegebenen Verfahren bestimmt. Die Organisation der Notarkammern ist in den §§ 65 ff. BNotO detailliert geregelt. Es bedarf hier keiner Entscheidung, inwieweit diese

Regelungen im Einzelnen verfassungsrechtlich geboten sind. Für die Ländernotarkasse fehlen Vorgaben jedoch vollständig, obwohl sie als öffentlich-rechtliche Anstalt kraft gesetzlicher Sonderzuweisung wesentliche Teile der sonst den Notarkammern übertragenen Aufgaben wahrnimmt. Kompensatorische Vorkehrungen sind nicht getroffen. Ersichtlich ist der Gesetzgeber nicht davon ausgegangen, dass jedenfalls hinsichtlich der wahrgenommenen Kammeraufgaben auch die organisatorischen Regelungen der BNotO in Kraft bleiben sollten. Die organisationsrechtlichen Anforderungen sind auch nicht deshalb vermindert, weil die Aufgabenzuweisung an die Ländernotarkasse eine größere materielle Regelungsdichte aufwiese. Das ist ersichtlich nicht der Fall.

dd) Bei einer einheitlichen Notarkasse für fünf Länder gibt es keine Gewähr dafür, dass die Interessen der in unterschiedlichen Kammern zusammengefassten Berufsangehörigen identisch sind. Die Anzahl der Notare, die Einstellung von Notarassessoren, die Größe der Bezirke sowie die Messzahlen für die Einrichtung einer Notarstelle sind Ländersache und unterschiedlich. Bevölkerungs- und wirtschaftsschwache Gebiete werden bei der durch das Satzungsrecht gewählten Struktur des Verwaltungsrats bevorzugt, weil sie bei gleicher Stimmenzahl einen kleineren Kreis von Anstaltsnutzern und wohl auch regelmäßig ein geringeres Abgabenaufkommen repräsentieren. Die Anzahl der Notare in Sachsen entspricht derjenigen in Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern zusammen. Jedes Land stellt aber drei Mitglieder im Verwaltungsrat und hat damit dasselbe Stimmengewicht. Dies ist nicht als solches verfassungswidrig. An der Regelung über das Stimmengewicht zeigt sich aber, welchen Einfluss das Organisationsstatut für die Sachentscheidungen gewinnen kann. Deshalb muss der parlamentarische Gesetzgeber Verantwortung für die grundrechtsrelevanten Organisationsentscheidungen übernehmen.

Diese parlamentarische Verantwortung erhält durch die kamerübergreifende Zuständigkeit der Ländernotarkasse besonderes Gewicht. Die Ländernotarkasse erfüllt zum Teil Verpflichtungen, die jeweils nur von einer Teilgruppe der Anstaltsnutzer eingegangen und verantwortet werden.

Das Regelungsdefizit des Gesetzes wirkt sich insbesondere bei der Bereitstellung der Haushaltsmittel (§ 39 Abs. 3 Nr. 4 VONot) aus. Die Bereitstellung der Haushaltsmittel für die einzelnen Kammern, die ihren jeweiligen Finanzbedarf als Körperschaften des öffentlichen Rechts in Selbstverwaltung in Wahrnehmung eigener Angelegenheiten festlegen, entlastet jede Notarkammer von der je eigenen finanziellen Verantwortung für ihren Haushalt. Darauf ist in der Verfassungsbeschwerde zutreffend hingewiesen worden. Betroffen werden durch die Abgabenlast alle Notare in den fünf Ländern; Einfluss nehmen können sie aber nur auf das Finanzgebahren ihrer jeweils eigenen Kammer. Das Gesetz stellt keine organisatorischen, verfahrensmäßigen oder stattdessen intensivierten materielle Vorkehrungen zur Verfügung, im Wege der Selbstverwaltung einen angemessenen Ausgleich zwischen Kostenverursachung und Abgabenaufkommen herzustellen.

Dasselbe gilt im Hinblick auf die zugewiesene Aufgabe, Regelungen über die erforderliche Ergänzung des Berufseinkommens zu treffen. Die Notwendigkeit von Einkommensergänzungen hängt von zahlreichen externen Faktoren ab. Dazu zählen sogar Umstände, die ausschließlich dem Organisationsrecht des jeweiligen Landes unterliegen. Übersteigt in einem Land die Anzahl der Notarsitze den Bedarf, können Einkommensergänzungen fällig werden. Auch die Personalkosten der Notare können derart differieren, dass trotz angemessener Umsätze der Ertrag nicht mehr amtsangemessen ist.

Diese Gefahr besteht vor allem, weil – anders als im Bereich der Notarkasse München – den Notaren von der Ländernotarkasse kein Personal zur Verfügung gestellt wird; diese hat von der Ermächtigung nach § 39 Abs. 4 VONot im streitigen Zeitraum keinen Gebrauch gemacht. Personalkosten, die dem Urkundsaufkommen nicht entsprechen, können den Bedarf für Einkommensergänzungen auslösen.

b) Die gesetzliche Ermächtigung zur Erhebung von Abgaben durch Satzung in § 39 Abs. 7 VONot entsprach den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht.

Für die Erhebung progressiv gestaffelter Abgaben findet sich erst seit dem Dritten Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31.8.1998 (BGBl I, 2585) eine parlamentarisch verantwortete Grundlage. Seitdem wird nach § 113 Abs. 8 Satz 4 BNotO nicht nur die Höhe der Abgabe an der Leistungsfähigkeit des Notars festgemacht, sondern auch ausdrücklich angeordnet, dass Abgaben gestaffelt nach der Summe der durch den Notar zu erhebenden Kosten festgesetzt werden können. Die progressive Staffelung nach der Umsatzhöhe war bis dahin in keiner ausdrücklichen Ermächtigung enthalten. Sie hatte allerdings angesichts der langen Tradition dieser Art der Abgabenerhebung in Bayern und ihrer Vorbildfunktion für die neuen Länder und der in der geübten Praxis zum Ausdruck gebrachten allgemeinen Rechtsüberzeugung ein das Handeln der Organe seither bestimmendes Fundament. Ein Regelungsdefizit des Gesetzes lässt sich aber allein durch den Verwaltungsvollzug nicht kompensieren.

c) Auch die im Wesentlichen inhaltsgleichen Regelungen über die Organisationsstruktur der Bayerischen Notarkasse und über die Abgabenerhebung in § 113 Abschnitt I BNotO i. d. F. von 1981 waren nicht verfassungsgemäß. Insoweit wird auf die Ausführungen unter C. II. 3. verwiesen.

Die Anforderungen des Parlamentsvorbehalts werden nicht durch Art. 138 GG aufgehoben oder abgeschwächt. Nach dieser Vorschrift bedarf eine Änderung der Einrichtungen des jetzt bestehenden Notariats in Bayern der Zustimmung der Staatsregierung. Die Notarkasse ist eine solche Einrichtung. Obwohl im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes für die Bayerische Notariatskasse die Regelungen des § 84 Nr. III RNotO galten und die Aufgaben der Notariatskasse bereits damals in ihren Grundzügen der heutigen Regelung entsprachen, war der Gesetzgeber nicht von seiner aus dem Grundgesetz folgenden Verpflichtung entbunden, den Fortbestand der überkommenen Regelung durch Normen zu sichern, die dem Demokratiegebot und dem Parlamentsvorbehalt genügen. Denn schon damals wurden die Rechtsverhältnisse im Wesentlichen durch Satzung gestaltet, ohne dass gesetzlich mehr geregelt war als die Organe der Notariatskasse in Gestalt des Präsidenten und des Beirats. Art. 138 GG beschränkt sich im Bereich des historisch gewachsenen Notariatsrechts darauf, Rücksicht auf die Besonderheiten der süddeutschen Länder zu nehmen und die Inanspruchnahme der Bundeskompetenz an die Zustimmung der betroffenen Länder zu knüpfen. Inhaltlich ist das Landesrecht dadurch aber vom Verfassungsgeber nicht gebilligt worden. (...)

D.

I.

Wie die den angegriffenen Entscheidungen zugrunde liegenden Normen genügen auch die Nachfolgevorschriften in den §§ 113, 113 a BNotO 1998, die nach § 78 Satz 2 BVerfGG in die Entscheidung einbezogen werden, den Anforderungen an die Verfassung nicht; lediglich die Staffelfabgabe ist nunmehr ausreichend gesetzlich geregelt.

II.

Die Verfassungswidrigkeit der alten wie der neuen Regelung hat jedoch nicht ihre Nichtigkeit und die des auf ihnen beruhenden Satzungsrechts zur Folge.

1. Ausnahmsweise sind verfassungswidrige Vorschriften weiter anzuwenden, wenn die Besonderheit der für verfassungswidrig erklärten Norm es aus verfassungsrechtlichen Gründen notwendig macht, die verfassungswidrige Vorschrift als Regelung für die Übergangszeit fortbestehen zu lassen, damit in dieser Zeit nicht ein Zustand bestehe, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt ist als der bisherige (vgl. BVerfGE 61, 319, 356). Insbesondere bei hauswirtschaftlich bedeutsamen Normen hat das BVerfG wiederholt im Interesse verlässlicher Finanz- und Haushaltsplanung und eines gleichmäßigen Verwaltungsvollzugs für Zeiträume einer weitgehend schon abgeschlossenen Veranlagung die weitere Anwendbarkeit verfassungswidriger Normen für gerechtfertigt erklärt (vgl. BVerfGE 105, 73, 134 m. w. Nachw.).

Diese Gesichtspunkte gelten auch im vorliegenden Fall. Die streitigen Haushaltsjahre sind für die Finanzierung der Notarkassen lange abgeschlossen. Die damals getroffenen Finanzierungsentscheidungen wirken – insbesondere hinsichtlich des Versorgungswerks und des damit verbundenen Vermögensstocks – bis in die Gegenwart hinein. Eine Rückabwicklung kann nicht in Betracht kommen. Auch für die Übergangszeit muss verhindert werden, dass ein rechtliches Vakuum entsteht und bei den Abgabepflichtigen Unsicherheit über die Rechtslage herrscht. Die in den §§ 113, 113 a BNotO genannten Aufgaben können nicht für die Zeit der Novellierung zurückgestellt werden; sie bedürfen weiterhin einer verlässlichen Finanzierung.

Die Normen sind daher noch weiter anzuwenden. Bis zum Ende des Jahres 2006 sind den Vorgaben der Verfassung entsprechende gesetzliche Grundlagen zu schaffen. (...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu die Anmerkung von *Hepp*, DNotZ 2004, 952.

22. BeurkG §§ 17 Abs. 1 Satz 1, 19 Abs. 1 Satz 2 (*Belehrungspflicht bei rechtlich undurchführbarem Geschäft*)

Soll der Notar ein Geschäft beurkunden, das erkennbar rechtlich undurchführbar ist, hat er die Beteiligten darüber zu belehren.

Ansprüche gegen den Vertragspartner des durch eine notarielle Amtspflichtverletzung Geschädigten, der im Falle seiner Inanspruchnahme seinerseits einen Ersatzanspruch gegen den Notar hat, weil er selbst in den Schutzbereich der verletzten Amtspflichten einbezogen ist, scheiden als anderweitige Ersatzmöglichkeit regelmäßig aus.

BGH, Urteil vom 15.7.2004, IX ZR 262/00; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Über das Vermögen der P. GmbH (fortan: Schuldnerin) wurde am 19.2.1992 ein Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet. An dem Betriebsgrundstück der Schuldnerin besaß die frühere Anteilseignerin, die Treuhandanstalt, ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht, das durch eine Rückkauflassungsvormerkung gesichert war; nachrangig war das Grundstück außerdem mit einer Grundschuld belastet.

Mit am 31.5.1994 von dem beklagten Notar beurkundeten Verträgen kaufte L. als Treuhänder des Klägers zum einen von der Treuhand-

anstalt die „Rückkauflassungsvormerkung“ und zum andern von dem Gesamtvollstreckungsverwalter das Grundstück. Ziel der vertraglichen Konstruktion war es, dem Erwerber die durch die Rückkauflassungsvormerkung gesicherte Position mit dem Rang vor der Grundschuld zu verschaffen. Dieses Vorhaben scheiterte an der – von allen Beteiligten übersehenen – Vorschrift des § 512 BGB a. F. Danach ist die Ausübung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts ausgeschlossen, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder aus einer Insolvenzmasse erfolgt.

L. erstritt ein rechtskräftiges Urteil gegen die Treuhandanstalt auf Rückzahlung des Kaufpreises für die „Rückkauflassungsvormerkung“. Dieser wurde ihm daraufhin erstattet. Der Kaufpreis für das Grundstück wurde bislang nicht bezahlt. Aus dem vorstehenden Sachverhalt sich ergebende, gegenwärtige und zukünftig entstehende Schadensersatzansprüche trat L. an den Kläger ab. Dieser hat Klage auf Feststellung der Verpflichtung des Beklagten erhoben, dem Kläger sämtliche aus der Beurkundung der Kaufverträge vom 31.5.1994 entstandene Schäden zu ersetzen. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur antragsgemäßen Feststellung.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe die ihm aus § 17 Abs. 1 BeurkG dem Kläger gegenüber obliegenden notariellen Amtspflichten verletzt. Er habe bei der Beurkundung der Abtretung des Rückkauflassungsanspruchs nicht auf die (damals noch geltende) Vorschrift des § 512 BGB und die sich daraus ergebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts hingewiesen. Der Kläger habe schlüssig vorgetragen, dass ihm aufgrund dieser Pflichtverletzung ein Schaden entstanden sei. Möglichen Ersatzansprüchen stehe jedoch das Verweisungsprivileg des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO entgegen. Der Kläger habe es schuldhaft versäumt, gegenüber der Treuhandanstalt einen Anspruch auf „großen“ Schadensersatz durchzusetzen. Gegebenenfalls wäre der Kläger so zu stellen gewesen, wie er gestanden hätte, wenn ihm die Treuhandanstalt die nach dem notariellen Vertrag geschuldete Grundbuchposition verschafft hätte. Die Berufung auf das Verweisungsprivileg sei dem Beklagten nicht deshalb verwehrt, weil die Treuhandanstalt ihrerseits möglicherweise Ersatzansprüche gegenüber dem Beklagten hätte geltend machen können. Grundsätzlich scheidet das Verweisungsprivileg nur dann aus, wenn dem anderweitig Haftenden seinerseits dieses Privileg zustehe.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Klage ist gerechtfertigt.

1. Die Ansicht der Vorderrichter, der Beklagte habe seine notariellen Amtspflichten verletzt (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO), indem er – unter Außerachtlassung des § 512 BGB a. F. – die „Übertragung einer Rückkauflassungsvormerkung“ beurkundet habe, wird von der Revisionserwiderung hingenommen. Sie ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts war dieses Rechtsgeschäft zwar nicht unwirksam. Es war nur rechtlich undurchführbar, weil es den Vertragsgegenstand – dies war der Rückkauflassungsanspruch; mit dessen Übertragung wäre die Vormerkung nach § 401 BGB mitübergangen – nicht gab. Das Vorkaufsrecht, dessen Ausübung den Rückkauflassungsanspruch hätte auslösen können, war durch § 512 BGB a. F. ausgeschlossen. Ein Notar, dem angesonnen wird, ein rechtlich undurchführbares Geschäft zu beurkunden, muss

die Beteiligten zumindest über die erkennbaren rechtlichen Schwierigkeiten und die daraus folgenden Haftungsrisiken (vgl. §§ 437, 440, 323 Abs. 3 BGB a. F.) belehren. Denn die rechtliche Undurchführbarkeit eines Geschäfts berührt dessen „rechtliche Tragweite“ (§ 17 Abs. 1 BeurkG). (...)

4. Die Ansicht des Landgerichts wie auch des Berufungsgerichts, möglichen Ersatzansprüchen könne der Beklagte das Verweisungsprivileg (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) entgegenhalten, wird von der Revision mit Erfolg angegriffen.

a) Falls der Kläger – wovon das Berufungsgericht ausgegangen ist – seine Rechte gegenüber der Treuhandanstalt nicht bestmöglich gewahrt hat, ist dies unerheblich. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten nicht als anderweitige Ersatzmöglichkeit anzusehen, wenn der Dritte ebenfalls in den Schutzbereich der verletzten Notarpflichten einbezogen war. Gegebenenfalls würde der Notar, falls er den Geschädigten auf den Ersatzanspruch gegen den Dritten verweisen dürfte, sofort von diesem in Anspruch genommen (vgl. BGH, Beschl. v. 10.12.1998, IX ZR 244/97, BGHR BNotO § 19 Abs. 1 Satz 2 – Subsidiarität 4; Urt. v. 6.7.2000, IX ZR 88/98, WM 2000, 1808, 1811; v. 24.10.2002, III ZR 107/02, NJW 2003, 202, 204). In den Schutzbereich der Notarpflichten können nicht nur die Organe einer durch den Notar geschädigten juristischen Person (BGH, Beschl. v. 10.12.1998, a. a. O.), sondern auch die rechtsgeschäftlichen Vertreter des Geschädigten (BGH, Urt. v. 6.7.2000, a. a. O.) und die andere Vertragspartei einbezogen sein (BGH, Urt. v. 24.10.2002, a. a. O.).

b) Im vorliegenden Fall war die Treuhandanstalt in den Schutzbereich der verletzten Amtspflicht einbezogen. Wenn der Beklagte den Käufer des vormerkungsgesicherten Rückkauflassungsanspruchs – nämlich den Treuhänder des Klägers – darüber aufklären musste, dass dieser Anspruch wegen § 512 BGB a. F. nicht besteht, so traf ihn eine entsprechende Pflicht auch gegenüber dem Verkäufer, also der Treuhandanstalt.

c) Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass der Regressanspruch des Vertragspartners gegen den Notar „anderen rechtlichen Voraussetzungen unterliegen“, insbesondere wegen eigener Mitverantwortlichkeit nach § 254 BGB eingeschränkt oder verjährt sein könne. Beide Gesichtspunkte sind nicht tragfähig.

aa) Zu der Frage, ob der Anspruch gegen den Vertragspartner eine anderweitige Ersatzmöglichkeit darstellt, wenn und soweit sein Regressanspruch gegen den Notar wegen Mitverschuldens nach § 254 BGB gemindert ist, liegt bislang keine höchstrichterliche Entscheidung vor. Es spricht manches dafür, das Verweisungsprivileg des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO insoweit zu versagen, als der Regressanspruch des Vertragspartners selbst unter Berücksichtigung seines Mitverschuldens besteht. Denn insofern muss der Notar in jedem Falle mit seiner Inanspruchnahme rechnen. Der Senat braucht diese Frage jedoch nicht abschließend zu entscheiden, weil ein Mitverschulden vorliegend nicht in Betracht kommt. Der Notar, der bei der Durchführung eines Amtsgeschäfts das Recht fehlerhaft anwendet, kann einem Beteiligten ein Mitverschulden in aller Regel selbst dann nicht vorwerfen, wenn dieser – etwa weil er selbst rechtskundig ist – den Fehler hätte bemerken können (vgl. BGHZ 134, 100, 114 f.; BGH, Urt. v. 26.6.1997, IX ZR 163/96, WM 1997, 1901, 1903; v. 29.3.2001, IX ZR 445/98, WM 2001, 1204, 1207).

Ein Mitverschulden hätte der Beklagte der Treuhandanstalt nur entgegenhalten können, wenn Rechtsanwalt T., der die Verkäuferin bei Abschluss des Kaufvertrages vertreten hat, als selbständig tätiger Rechtsanwalt von der Treuhandanstalt

mandatiert gewesen wäre. Gegebenenfalls hätte T. seine anwaltlichen Pflichten gegenüber der Treuhandanstalt verletzt. Sollte die Behauptung des Beklagten zutreffen, die Idee von der Beseitigung der Grundschuld durch Ausübung des Vorkaufsrechts sei von T. entwickelt worden, fielen diese Pflichtverletzung als dem Mandanten zuzurechnendes Mitverschulden ins Gewicht, und die Treuhandanstalt hätte ihrerseits einen Regressanspruch gegen Rechtsanwalt T. In diesem Falle wäre sogar eine doppelte Verweisung möglich: Der Beklagte könnte den Kläger auf die Inanspruchnahme der Treuhandanstalt und die Treuhandanstalt auf die Inanspruchnahme [des] T. verweisen.

So liegt der Fall indessen nicht. T. war nicht selbständig, sondern als angestellter Mitarbeiter der Treuhandanstalt tätig. Dies ergibt sich aus dem Schreiben der Treuhandanstalt vom 16.12.1993, das der Beklagte selbst mit seiner Klageerwidderung vorgelegt hat.

bb) Der in den Schutzbereich der Notarpflichten einbezogene Vertragspartner ist in der Regel nicht infolge Verjährung gehindert, seinerseits bei dem Notar Regress zu nehmen. Die Verjährung des dem Vertragspartner zustehenden Regressanspruchs kann frühestens zu laufen beginnen, wenn ihm ein Schaden entstanden ist. Dabei kann es sich, soweit es um die Frage nach einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit geht, nur um den Schaden handeln, der dem Vertragspartner aus der Inanspruchnahme durch den zuerst Geschädigten erwächst. So lange diese Inanspruchnahme aussteht, läuft mithin im Verhältnis des Vertragspartners zu dem Notar keine Verjährungsfrist.

Kostenrecht

23. ZPO § 91; EGZPO § 15 a; BaySchlG Art. 17 (*Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten im Schlichtungsverfahren*)

Im obligatorischen Güteverfahren nach § 15 a EGZPO entstandene Anwaltskosten sind unter dem Gesichtspunkt, dass es sich bei diesen Kosten um unmittelbar prozessbezogene notwendige Vorbereitungskosten nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO handelt, trotz Art. 17 BaySchlG grundsätzlich erstattungsfähig. (Leitsatz der Schriftleitung)

BayObLG, Beschluss vom 29.6.2004, 1Z BR 36/04

Aus den Gründen:

(...)

II.

2. (...) a) Die Erstattungsfähigkeit der Anwaltskosten, die einer Partei für die Vertretung im erfolglosen Schlichtungsverfahren erwachsen sind, durch die zur Kostentragung verurteilte unterlegene Partei im nachfolgenden gerichtlichen Zivilverfahren ist nicht gesetzlich geregelt (vgl. *Zöller/Gummer*, ZPO, 24. Aufl., § 15 a EGZPO Rdnr. 26).

b) Nach § 91 Abs. 3 ZPO gehören zu den Kosten des Rechtsstreits auch die Gebühren, die wie hier durch ein Güteverfahren vor einer durch die Landesjustizverwaltung anerkannten Gütestelle entstanden sind. Mit den dort genannten Gebühren sind jedoch nur die seitens der Gütestelle selbst verlangten Gebühren, nicht die einer Partei erwachsenen Kosten gemeint (OLG München, MDR 1999, 380/381; OLG Hamburg, MDR 2002, 115 m. w. N.).

c) § 15 a Abs. 4 EGZPO enthält eine Klarstellung zum prozessualen Kostenerstattungsanspruch der obsiegenden Partei in einem dem Schlichtungsverfahren nachfolgenden gerichtlichen Verfahren. Die Vorschrift ist dem § 91 Abs. 3 ZPO nachgebildet (vgl. Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung, BT-Drucks. 14/980, S. 8); sie enthält ebenso wie § 91 Abs. 3 ZPO keine Regelung der Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten.

d) Die Erstattungsfähigkeit der im obligatorischen Güteverfahren nach § 15 a EGZPO entstandenen Anwaltskosten ergibt sich hier jedoch unter dem Gesichtspunkt, dass es sich bei diesen Kosten um unmittelbar prozessbezogene notwendige Vorbereitungskosten nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO gehandelt hat.

aa) Für Bayern hat der Landesgesetzgeber mit dem Bayerischen Schlichtungsgesetz gemäß der bundesgesetzlichen Öffnungsklausel des § 15 a EGZPO die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens in den in Art. 1 BaySchlG genannten Fällen zur Zulässigkeitsvoraussetzung der nachfolgenden Klage gemacht. Für den von der Klägerin geltend gemachten Unterlassungsanspruch wegen Verletzung der persönlichen Ehre war gemäß Art. 1 Nr. 3 BaySchlG die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens obligatorisch. Da die Klägerin mit ihrer Klage ohne vorherige Durchführung eines Schlichtungsverfahrens bereits aus prozessualen Gründen keinen Erfolg hätte haben können, war das vorgerichtliche Schlichtungsverfahren für die Vorbereitung des Klageverfahrens nicht nur sinnvoll, sondern zwingend erforderlich (vgl. LG Mönchengladbach, JurBüro 2003, 207 und 208; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 62. Aufl., § 91 Rdnr. 286; *Hartmann*, NJW 1999, 3745/3748; *Schütt*, MDR 2002, 116).

Mit entsprechenden Überlegungen war die Erstattungsfähigkeit von Rechtsanwaltskosten als zwangsläufige Vorbereitungskosten des Klageverfahrens für das nach altem Recht in Bayern (früher Art. 22 AGGVG) bei Ansprüchen wegen Amtspflichtverletzungen vorgesehene Abhilfeverfahren, das eine besondere Prozessvoraussetzung für Klagen gegen den Freistaat Bayern war, bejaht worden (vgl. OLG München, MDR 1990, 1020).

bb) Der Erstattungsfähigkeit der Rechtsanwaltskosten unter dem Gesichtspunkt der Vorbereitungskosten steht Art. 17 BaySchlG nicht entgegen. Das Bayerische Schlichtungsgesetz macht auf der Grundlage der Öffnungsklausel des Art. 15 a EGZPO die Zulässigkeit der Erhebung einer Klage von einem vorherigen Schlichtungsverfahren abhängig und enthält nähere Regelungen über dieses Schlichtungsverfahren. Im Rahmen dieser Regelungen über das Schlichtungsverfahren sieht Art. 17 BaySchlG vor, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt und Kosten, vorbehaltlich einer Regelung in der Vereinbarung zur Konfliktbeilegung, nicht erstattet werden. Der Regelungsgehalt dieser Vorschrift des Bayerischen Schlichtungsgesetzes betrifft sowohl nach dem auf die Förderung der gütlichen Streitbeilegung gerichteten Gesetzeszweck als auch angesichts des durch die Öffnungsklausel des Art. 15 a EGZPO eingeschränkten Regelungsumfangs dieses Gesetzes lediglich die Kostenerstattung im Rahmen des Schlichtungsverfahrens; die Vorschrift enthält keine Aussage über eine Kostenerstattung in dem einem erfolglosen Schlichtungsverfahren nachfolgenden Zivilprozess. Dem Wortlaut des Art. 17 BaySchlG und den Gesetzesmaterialien (LT-Drucks. 14/2265) lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Frage der Kostenerstattung auch für den Fall geregelt werden sollte, in dem sich diese wegen eines nachfolgenden Zivilprozesses nach den Vorschriften der §§ 91 ff. ZPO richtet. Der Senat hätte im Übrigen auch Zweifel, ob sich Art. 15 a Abs. 5 Hs. 1

EGZPO eine hinreichende Rechtsgrundlage für eine vom Bundesgesetz abweichende Regelung durch den Landesgesetzgeber entnehmen lässt. Das in Art. 17 BaySchlG zum Ausdruck gekommene Bestreben des Gesetzgebers, das Schlichtungsverfahren nicht mit Kostenerstattungsfragen zu belasten, ergibt nichts anderes, da die Frage der Kostenerstattung im Zivilprozess sich erst und nur dann stellt, wenn die vom Gesetzgeber vorgeschriebene und vorrangig angestrebte Schlichtung gescheitert ist.

cc) Auch wenn die im obligatorischen Schlichtungsverfahren entstandenen Anwaltskosten im Klageverfahren nach gescheiterter Schlichtung unter dem Gesichtspunkt der Vorbereitungskosten grundsätzlich erstattungsfähig sind, ist nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO im Einzelfall zu prüfen, ob die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts für das gesetzlich vorgeschriebene Schlichtungsverfahren erforderlich war (vgl. OLG München, MDR 1990, 1020 zum früheren Abhilfeverfahren). Dies ist im vorliegenden Fall zu bejahen, da die mit dem Verfahren beanstandete Ehr- und Persönlichkeitsverletzung der Klägerin mit Bezug zur Arbeitsstätte der Klägerin nicht so einfach gestaltet war, dass es der Klägerin hätte zugemutet werden können, sich gegenüber dem anwaltschaftlich vertretenen Beklagten nicht des Rates und der Vertretung durch einen Rechtsanwalt im Schlichtungsverfahren zu bedienen.

e) Die Frage der Erstattungsfähigkeit der im obligatorischen Güteverfahren entstandenen Anwaltskosten stellte sich nach bisher geltendem Recht nur in besonders gelagerten Einzelfällen (hier: abweichender Streitwert im Schlichtungsverfahren und gerichtlichem Verfahren). Ihr wird aber nach der ab 1.7.2004 geltenden Neuregelung durch das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) allgemeine Bedeutung zukommen (Vergütungsverzeichnis Nr. 2403 i. V. m. Vorbemerkung 3 Absatz 4 zu Teil 3 VV; vgl. auch BT-Drucks. 15/1971, S. 207).

24. KostO §§ 18 Abs. 3, 19, 30 Abs. 1, 46 Abs. 4, 103 (*Kostenrechtlicher Wert des Anteils an einer Personengesellschaft*)

1. **Bei der Bewertung eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks ist ein tatsächlich erzielter Kaufpreis jedenfalls dann nicht maßgeblich, wenn der Veräußerungszeitpunkt fast zwei Jahre nach dem Bewertungsstichtag liegt. Der Preis kann aber zur Begründung etwaiger Abschläge auf einen nach der vereinfachten Sachwertmethode geschätzten Verkehrswert herangezogen werden.**
2. **Für die Bewertung des Anteils an einer Kommanditgesellschaft ist das der zum Bewertungsstichtag zeitnächsten Bilanz zu entnehmende Aktivvermögen ohne Berücksichtigung von Gesellschaftsschulden maßgebend (vgl. BayObLG, JurBüro 1990, 897). Das gilt auch für sogenannte Verlustzuweisungsgesellschaften.**

BayObLG, Beschluss vom 4.8.2004, 3Z BR 20/04

Die Beteiligten zu 2 und 3 wurden zu Testamentsvollstreckern berufen. Gegen die ihnen erteilte Kostenrechnung legten sie Erinnerung ein. Das Amtsgericht setzte den Geschäftswert für die Testamentseröffnung auf 13.894.608 DM fest und wies im Übrigen die Erinnerung zurück. Hiergegen legten die Beteiligten zu 2 und 3 Beschwerde ein. Auf das Rechtsmittel hat das Landgericht den Geschäftswert auf 11.517.045,40 DM herabgesetzt und im Übrigen die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richten sich die Rechtsmittel der Beteiligten.

Aus den Gründen:

II.

(...)

2. c) Im Übrigen halten die Ausführungen des Landgerichts rechtlicher Nachprüfung (§ 14 Abs. 3 Satz 3, § 31 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 KostO, § 546 ZPO) nicht in allen Punkten stand.

Für die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen wird die Hälfte der vollen Gebühr erhoben (§ 102 KostO). Hierbei finden die Wertvorschriften des § 46 Abs. 4 KostO entsprechende Anwendung (§ 103 Abs. 1 KostO). Somit ist bei der Gebührenberechnung der Wert des nach Abzug der Verbindlichkeiten verbleibenden reinen Vermögens des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamentseröffnung zugrunde zu legen. Vermächnisse, Pflichtteilsrechte und Auflagen werden nicht abgezogen.

aa) Bei der Berechnung des Aktivnachlasses ist für ein Grundstück grundsätzlich der Verkehrswert zugrunde zu legen (§ 19 Abs. 2 Satz 1 KostO). Denn nach dieser Vorschrift sind alle ausreichenden Anhaltspunkte für einen den Einheitswert übersteigenden Wert heranzuziehen, um dem Verkehrswert – als dem gemeinen Wert im Sinne von § 19 Abs. 1 Satz 2 KostO – zum Bewertungszeitpunkt möglichst nahe zu kommen (BayObLGZ 1993, 173/175). Soweit die Beteiligten zu 2 und 3 keine weiteren Unterlagen vorgelegt haben, durfte das Landgericht ihre Angaben zur Bewertung der Grundstücke im Nachlassverzeichnis als Schätzgrundlage heranziehen und in Richtung auf den Verkehrswert korrigieren (vgl. BayObLG, Rpfleger 1983, 128; JurBüro 1988, 1199/1200; BayObLGZ 1993, 173/176).

Vom Rechtsbeschwerdegericht kann diese Ermessensentscheidung nur auf ihre Gesetzmäßigkeit nachgeprüft werden, d. h. dahin, ob der Tatsachenrichter den maßgebenden Sachverhalt ausreichend und ohne Gesetzesverletzung erforscht hat, ob die Ermessensausübung auf grundsätzlich fehlerhaften Erwägungen beruht, ob Rechtsvorschriften, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder wesentliche Tatumstände außer Acht gelassen worden sind (*Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 27 Rdnr. 24). Die Angemessenheit und Zweckmäßigkeit der Entscheidung unterliegt hingegen nicht der Nachprüfung des Rechtsbeschwerdegerichts (BayObLGZ 1976, 281/284; 1993, 173/176 f.).

Hier ist nicht zu beanstanden, dass das Landgericht nicht jeweils den im Herbst 2001 für die beiden veräußerten Nachlassgrundstücke erzielten Verkaufspreis zu Grunde gelegt hat, der in beiden Fällen unter dem zuvor nach der vereinfachten Sachwertmethode geschätzten Verkehrswert lag. Ebenso wie Wertsteigerungen nach dem Erbfall – z. B. durch die Wiedervereinigung bei in der früheren DDR belegenen Grundstücken – außer Betracht bleiben können (vgl. OLG Schleswig, JurBüro 1994, 284), muss nicht der in einem zeitlichem Abstand von fast zwei Jahren nach dem Bewertungsstichtag von dem Erben oder einem Vermächtnisnehmer tatsächlich erzielte niedrigere Kaufpreis an die Stelle einer verhältnismäßig zeitnahen und zuverlässigen Schätzung des Verkehrswertes gesetzt werden. Die vom Landgericht angestellten Erwägungen zu den Verkehrswerten beider Grundstücke zum Zeitpunkt des Bewertungsstichtages sind zwar knapp; sie halten sich jedoch im Rahmen des dem Tatsachengericht durch § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO eingeräumten Beurteilungsspielraums. Das gilt auch hinsichtlich des Abschlags auf die erstinstanzlich angesetzten Beträge vor dem Hintergrund des später erzielten Verkaufserlöses. Zu einer weiteren Aufklärung der Schätzungsgrundlagen sieht der Senat auch deshalb keinen Anlass, weil die von den Beteiligten zu 2 und 3 gerügten

Abweichungen der geschätzten Werte von den später erzielten Kaufpreisen sich in einem Fall auf 50.000 DM, im weiteren Fall auf 125.000 DM belaufen und diese beiden Differenzbeträge zusammen nur knapp über 1 v. H. des im Übrigen zutreffend bewerteten Aktivnachlasses ausmachen.

bb) Nicht aufrechterhalten werden kann die Wertfestsetzung des Landgerichts bezüglich der zum Nachlass gehörenden drei Gesellschaftsbeteiligungen.

(1) Der Wert des Anteils an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. einer Kommanditgesellschaft ist gem. § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen, da er sich nicht aus den Vorschriften der KostO ergibt und auch sonst nicht feststeht (BayObLG JurBüro 1990, 897/898). Auszugehen ist dabei zunächst vom Wert des Gesellschaftsvermögens insgesamt, aus dem sich dann der Wert des Kommanditanteils ergibt. Bei einem zum Nachlassvermögen gehörenden Gesellschaftsanteil ist es nicht zu beanstanden, wenn – wie im vorliegenden Fall – eine Bilanz zu einem zeitnahen Stichtag zum Ausgangspunkt der Wertbestimmung genommen wird. Die von dem Beteiligten zu 1 insoweit zweifelnd angeführte vorstehend zitierte Entscheidung bezog sich ersichtlich auf die Wertfestsetzung für den notariell beurkundeten Kauf eines Gesellschaftsanteils und kann deshalb nicht dahingehend verstanden werden, als sei auch für die Nachlassbewertung der Wert zum Zeitpunkt des Erwerbs der Beteiligung maßgebend.

Bei der Wertbestimmung ist aber nur das Aktivvermögen der Gesellschaft in Rechnung zu setzen; ihre Verbindlichkeiten sind außer Betracht zu lassen. Das ergibt sich aus § 18 Abs. 3 Satz Hs. 1 KostO, der nach Hs. 2 der Vorschrift auch für die Geschäftswertbemessung in Nachlasssachen gilt. Danach werden Verbindlichkeiten, die auf einem Gegenstand lasten, bei der Ermittlung des Geschäftswerts nicht abgezogen. Das Vermögen der KG ist Gesamthandsvermögen der Gesellschafter. Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft lasten auf diesen Gesamthandsvermögen. Da jeder Gesellschafter unmittelbaren Anteil am Gesamthandsvermögen hat, lasten die Gesellschaftsverbindlichkeiten unmittelbar auch auf seinem Anteil (BayObLG, a. a. O.).

Der kostenrechtliche Wert des Anteils an einer Personengesellschaft bestimmt sich deshalb nach dem Anteil des Gesellschafters am Aktivvermögen der Gesellschaft ohne Schuldenabzug (vgl. BayObLG, JurBüro 1990, 897/898, und eingehend BayObLG, Rpfleger 1955, 199; BayObLGZ 2001, 315 = JurBüro 2002, 205; LG München I, MittBayNot 1998, 277; *Korintenberg/Schwarz*, 15. Aufl., § 18 Rdnr. 27 f. m. w. N.). Das Abzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO bewirkt somit, dass der kostenrechtliche Wert vom wirtschaftlichen und buchmäßigen Wert abweicht.

(2) Soweit der Beteiligte zu 1 der Meinung ist, bei sogenannten Verlustzuweisungsgesellschaften sei abweichend von den oben dargestellten Grundsätzen im Wege der Schätzung nach freiem Ermessen gem. § 30 Abs. 1 KostO stets der Kaufpreis anzusetzen, „um die Rendite, welche die enormen Steuererstattungen bzw. Steuererstattungen durch die Verlustabzüge bewirken“, angemessen zu berücksichtigen, folgt dem der Senat nicht. Mit dem Abstellen auf das Aktivvermögen bei allen hier in Rede stehenden Gesellschaftsbeteiligungen haben die Rechtsprechung und das ihr folgende Schrifttum einen klaren und mit gesetzlichen Vorgaben der Kostenordnung begründbaren Bewertungsmaßstab geschaffen. Ein Abgehen hiervon bei einem Teil der zu bewertenden Gesellschaftsanteile würde Abgrenzungsschwierigkeiten aufwerfen, weil dann jeweils zunächst geklärt werden müsste, ob tatsächlich eine „Verlustzuweisungsgesellschaft“ vorliegt. Auch er-

scheint zweifelhaft, ob für derartige Gesellschaften allein der Kaufpreis ein geeignetes Bewertungskriterium ist, selbst wenn man in Rechnung stellt, dass der Erwerber damit auch eine Gegenleistung für die von ihm erstrebte Verlustzuweisung erbringen mag. Überlegungen in betriebswirtschaftlichen Veröffentlichungen, auf welche der Beteiligte zu 1 sich beruft, insbesondere zur Frage, inwieweit „Verlustausgleichspotenzial“ als „Sonderbetriebsvermögen“ betrachtet werden sollte, können nicht ohne weiteres auf die anderen Kriterien folgende kostenrechtliche Bewertung (vgl. insbesondere § 18 Abs. 3 KostO) übertragen werden. Das gilt umso mehr, als mit der ausschließlichen Betrachtung des Aktivvermögens im Kostenrecht jedenfalls gewährleistet ist, dass – aus welchem Grund auch immer – bestehende Gesellschaftsschulden nicht zu einer unbilligen Bevorzugung bestimmter Erscheinungsformen von Personengesellschaften in Bewertungsfragen führen können.

Im Übrigen zeigt der hier zu beurteilende Sachverhalt, dass bei zutreffender Ermittlung des Aktivvermögens der anzusetzende Geschäftswert für die Beteiligung an einer derartigen „Verlustzuweisungsgesellschaft“ durchaus den hierfür vom Gesellschafter entrichteten Kaufpreis annähernd erreichen oder sogar deutlich übersteigen kann.

(3) Obwohl vom richtigen Ausgangspunkt her argumentierend, ist das Landgericht bei der konkreten Bewertung der Gesellschaftsbeteiligungen nicht zu einem zutreffenden Ergebnis gelangt. Es hat entgegen den von ihm vorweg richtig dargelegten Bewertungsgrundsätzen in allen drei Fällen bei den weiteren Rechenschritten doch das Aktivvermögen mit den Verbindlichkeiten saldiert, was zum Ansatz wesentlich zu niedriger Beträge führte. (...)

Von einer Erhöhung der so errechneten Werte um stille Reserven, die das Landgericht für richtig gehalten hatte, sieht der Senat deshalb ab, weil keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine Unterbewertung einzelner Bilanzpositionen ersichtlich sind und angesichts der Höhe der nunmehr anzusetzenden Beträge auch kein Bedürfnis für eine entsprechende kostenrechtliche Wertberichtigung besteht. (...)

dd) Auch hält rechtlicher Nachprüfung stand, dass das Landgericht den Wert einer möglichen Zugewinnausgleichsforderung der Ehefrau des Erblassers nicht als Nachlassverbindlichkeit berücksichtigt hat. Hierzu hätte nur dann Anlass bestanden, wenn die überlebende Ehefrau tatsächlich einen Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns geltend gemacht hätte, insbesondere nach Ausschlagung eines ihr zustehenden Erbteils oder Vermächnisses (vgl. BayObLGZ 1974, 154 = FamRZ 1974, 60; OLG Karlsruhe, Rpfleger 1978, 271).

Im vorliegenden Fall ist der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod des Erblassers beendet worden. Die überlebende Ehefrau ist aufgrund der testamentarischen Verfügung des Erblassers aus dem Jahr 1996 nicht Erbin geworden; andererseits stand ihr aber ein Vermächnis zu, so dass sie weder den Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB noch nach Abs. 2 der Vorschrift verlangen konnte. Dieses Vermächnis ist auch offensichtlich angenommen worden. Das ergibt sich bereits aus der Eintragung der Ehefrau ins Grundbuch als Alleineigentümerin des vermachten Grundstücks und aus dem von ihr am 13.9.2001 als Verkäuferin abgeschlossenen notariellen Kaufvertrag.

Der Wert eines Vermächnisses ist unerheblich für die Frage, ob durch seine Zuwendung der in § 1371 Abs. 2 BGB für den erbrechtlich ausgeschlossenen Ehegatten vorgesehene Zugewinnausgleich entfällt (*Palandt/Diederichsen*, § 1371 Rdnr. 12;

MünchKommBGB/Koch, 4. Aufl., § 1371 Rdnr. 22). Selbst ein geringfügiges Vermächnis, das der Bedachte nicht ausschlägt, steht der Zugewinnforderung entgegen.

25. KostO §§ 147, 154 Abs. 2; GBAbVfV § 1 (*Weitergabe der Grundbuchabrufkosten an den Kostenschuldner zulässig*)

Gebühren, die dem Notar für die Nutzung des automatisierten Verfahrens zum Abruf von Daten aus dem maschinellen Grundbuch im Rahmen einer Urkundstätigkeit berechnet werden, kann dieser als „verauslagte Gerichtsgebühren“ dem Zahlungspflichtigen in Rechnung stellen.

BayObLG, Beschluss vom 27.10.2004, 3Z BR 185/04

Gründe:

[I.]

Der beteiligte Notar hatte im Jahr 2000 die Abtretung einer noch zu vermessenden Teilfläche durch die Beteiligte an die Stadt S. beurkundet. Nach Eingang des Veränderungsnachweises des Vermessungsamtes wurden am 20.2.2003 vor dem Notar die Messungsanerkennung durch die Beteiligte und die Stadt S. sowie die Auflassung erklärt. Der Notar wurde beauftragt, alle erforderlichen Erklärungen zur Lastenfreistellung zu erholen.

Die Beteiligte hatte auf dem betreffenden Grundstück inzwischen Eigentumswohnungen errichtet. Da die Käufer bereits im Grundbuch eingetragen waren, musste der Notar vor dem Ersuchen um Pfandfreigabe zur Feststellung der Eigentums- und Belastungsverhältnisse insgesamt 121 Grundbuchblätter einsehen.

Für die Grundbucheinsicht im automatisierten Abrufverfahren wurden dem Notar von der Justizkasse aufgrund einer Sollstellung des für die entsprechende Gebührenerhebung in Bayern zuständigen Oberlandesgerichts München 121 mal 5 €, insgesamt also 605 €, berechnet.

In seiner Rechnung vom 24.3.2003 an die Beteiligte setzte der Notar folgende Kosten an:

Wert in €	Gebühren	Betrag in €
4.500,00	§§ 38 Abs. 2 Nr. 6 a	21,00
Auslagen	§§ 137, 152	<u>25,00</u>
		46,00
Umsatzsteuer § 151 a	16,00%	7,36
		53,36
Durchlaufposten		<u>605,00</u>
Gesamtbetrag		658,36

Der Rechnungsbetrag wurde von der Beteiligten bezahlt.

Der Gebührenrevisor der Notarkasse hat die Kostenrechnung beanstandet, weil nach seiner Ansicht die Kosten des automatisierten Abrufverfahrens für die Grundbucheinsicht nicht an die Kostenschuldner weitergegeben werden dürfen. Der als „Durchlaufposten“ berechnete Betrag von 605 € sei daher zurückzuerstatten.

Auf Anweisung des zuständigen Landgerichtspräsidenten hat der Notar um eine Entscheidung des Landgerichts ersucht.

Nach Anhörung der Beteiligten sowie der Notarkasse und des Präsidenten des Landgerichts hat das Landgericht die Kostenrechnung vom 24.3.2003 dahingehend abgeändert, dass nur ein Betrag von 53,36 € geschuldet werde.

Mit der zugelassenen weiteren Beschwerde strebt der beteiligte Notar die Wiederherstellung der Kostenrechnung unter Einschluss der von ihm entrichteten Abrufgebühren an.

II.

Die gem. § 156 Abs. 2 KostO zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

1. Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Die Kostenordnung regle in §§ 136, 137, 152 und 153 abschließend die Fälle, in denen der Notar zur Erhebung von Auslagen berechtigt sei. Die Kosten für den automatisierten Grundbuchabruf seien dort nicht aufgeführt.

Die Kammer schließe sich der Ansicht an, dass die Einsicht in das Grundbuch als Nebengeschäft gem. § 35 KostO zum Hauptgeschäft der Beurkundung regelmäßig mit der Beurkundungsgebühr abgegolten sei. Zwar stütze sich eine Gegenmeinung auf § 154 Abs. 2 KostO, wonach in der Kostenberechnung die Beträge der angesetzten Gebühren und Auslagen „sowie etwa verauslagte Gerichtskosten“ anzugeben seien. Diese Bestimmung besage jedoch lediglich, in welcher Form Kosten einzufordern seien und stelle keinen eigenen Auslagentatbestand dar.

Die bestehenden Auslagenvorschriften seien eng auszulegen und daher nicht analogiefähig. Im Übrigen fehle es an einer planwidrigen gesetzlichen Lücke, weil der Gesetzgeber sich in Kenntnis des Problems gegen eine Abwälzungsmöglichkeit entschieden habe.

2. Dies hält rechtlicher Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO, § 546 ZPO) nicht stand.

a) Für die Nutzung des automatisierten Verfahrens zum Abruf von Daten aus dem maschinellen Grundbuch (§ 133 GBO) durch den Notar berechnet die Justiz Gebühren nach der auf der Grundlage von § 133 Abs. 8 GBO, § 85 Abs. 3 GBV erlassenen Verordnung über Grundbuchabrufverfahrengebühren – GBAbVfV – vom 30.11.1994 (BGBl I, 3585, mit Änderungen). Neben Grund- und allgemeinen Abrufgebühren werden u. a. gemäß § 1 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a GBAbVfV 5 € für jeden Abruf von Daten aus einem Grundbuchblatt erhoben.

Zwar ist der Notar als derjenige, dem die Einrichtung des automatisierten Abrufverfahrens genehmigt worden ist, gegenüber der Justiz Gebührenschuldner (§ 2 GBAbVfV). Jedoch handelt sich dabei lediglich um ein relatives öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis, das nichts darüber aussagt, wer die Gebühren letztlich zu tragen hat (*Lappe*, NotBZ 2004, 116; *Bund*, RNotZ 2004, 258). Wie diese Frage zu beantworten ist, ist in Rechtsprechung und Literatur lebhaft umstritten. Nach verbreiteter Ansicht kann der Notar diese Kosten nicht an seinen „Auftraggeber“ weitergeben (*Korintenberg/Reimann*, KostO, 15. Aufl., § 152 Rdnr. 35; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 136 Rdnr. 4; *Bauer u. a.*, Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Aufl., Rdnr. 1169; *Bauer/von Oefele/Waldner*, GBO, § 133 Rdnr. 13; *Tiedtke*, Notarkosten im Grundstücksrecht, Rdnr. 35). Die Gegenmeinung lässt hingegen eine Abwälzung zu (LG Halle, NotBZ 2004, 115 mit zust. Anm. *Lappe* unter Bezugnahme auf das a. a. O. veröffentlichte Gutachten von *Lappe*; *ders.*, NJW 1998, 1117; *Reetz/Bous*, RNotZ 2004, 318; *Püls/Reetz*, NotBZ 1998, 14 ff.; *Bund*, RNotZ 2004, 256). Der Senat folgt der letztgenannten Auffassung.

b) Die dem Notar berechneten Gebühren sind Kosten des notariellen Amtsgeschäfts, weil § 21 Abs. 1 BeurkG den Notar in einschlägigen Fällen ausdrücklich verpflichtet, sich

im Regelfall über den Grundbuchinhalt zu unterrichten. Dabei ist die Einsicht in das Grundbuch ein Nebengeschäft i. S. v. § 35 KostO zum Hauptgeschäft der Beurkundung. Deshalb ist es dem Notar durch § 147 Abs. 3 KostO verwehrt, für seine in diesem Zusammenhang entfaltete Tätigkeit eine Gebühr nach Abs. 1 oder 2 dieser Vorschrift zu berechnen. Daraus lässt sich aber nicht folgern, dass der Notar auch die ihm in Zusammenhang mit dem Nebengeschäft entstehenden Auslagen selbst tragen müsse. Er kann diese vielmehr seinem Kostenschuldner in Rechnung stellen, soweit (vgl. § 1 KostO) dies durch die Vorschriften der Kostenordnung zugelassen wird (so zutreffend *Bund*, RNotZ 2004, 258).

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass der Aufwand, den eine körperliche Einsichtnahme auslöst, nach geltendem Recht mit den Gebühren für das Hauptgeschäft abgegolten sei und deshalb fraglich erscheine, weshalb dies bei automatisiertem Abruf anders sein solle (so die Gegenäußerungen der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation – ERJuKoG – vom 10.12.2001 in BT-Drucks. 14/6855, S. 37 zu Nr. 9 sowie zum Kostenrechtsmodernisierungsgesetz – KostRMOG – BT-Drucks. 15/2403 S. 16, 22 zu Nr. 47). Diese Argumentation berücksichtigt nicht hinreichend, dass für die herkömmliche Einsichtnahme keine weiteren Kosten in Form gesonderter gerichtlicher Einsichtsgebühren anfallen (§ 74 KostO). Deshalb kann aus § 147 Abs. 3 KostO auch nicht gefolgert werden, dass darüber hinausgehende mit der Unterrichtung über den Grundbuchinhalt verbundene Aufwendungen generell mit den notariellen Gebühren für das Hauptgeschäft abgegolten sein sollen. So werden z. B. Gebühren, die der Notar im Rahmen eines Geschäfts für die Erteilung von Grundbuchblattabschriften, z. B. durch ein auswärtiges Grundbuchamt, gezahlt hat, nach ständiger Praxis mit der Notarkostenrechnung gemäß § 154 Abs. 2 KostO eingefordert, ohne dass dies in Literatur und Rechtsprechung vertieft erörtert oder gar in Zweifel gezogen wird (vgl. *Bund*, RNotZ 2004, 59; *Korintenberg/Reimann*). Auch Reisekosten können insoweit erstattungsfähig sein (vgl. § 153 KostO). Dass im Übrigen die Annahme einer Abgeltung zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann, zeigt der hier vorliegende Fall: Bei einer nach der KostO von der Beteiligten geschuldeten Gebühr von 21 € fallen vom Notar entrichtete Gerichtsgebühren für die Grundbucheinsicht in Höhe von 605 € an. Selbst wenn das Zusammentreffen von niedrigem Gebührenwert und einer hohen Zahl von notwendigen Grundbucheinsichten nicht die Regel ist, lässt es sich doch schwerlich rechtfertigen, dass mit einer Gebühr zugleich ein vermeintlicher „Aufwand“ abgegolten werden soll, der das 29fache hiervon beträgt.

c) Gegen eine Abwälzung der Gebühren für die automatisierte Einsichtnahme lässt sich auch nicht anführen, dass darin ein Verstoß gegen den in § 1 KostO verankerten Kodifikationsgrundsatz (vgl. *Rohs/Wedewer*, § 1 Rdnr. 8) vorliege, weil es an einer ausdrücklichen Regelung in den Auslagentatbeständen der §§ 136, 137, 152 und 153 KostO fehle (so aber *Korintenberg/Reimann*, *Rohs/Wedewer*, *Bauer*, jeweils a. a. O.; vgl. auch *Göttlinger*, DNotZ 2002, 747 f.). Einer solchen Regelung bedarf es nicht, weil es hier um Gerichtskosten geht und sich die Möglichkeit des Notars, derartige Gebühren dem Zahlungspflichtigen im Rahmen einer Kostenberechnung nach § 154 Abs. 1 KostO in Rechnung zu stellen, aus § 154 Abs. 2 KostO ergibt.

aa) Der Notar kann im Grundsatz von ihm verauslagte Gerichtskosten seinem Kostenschuldner in Rechnung stellen. Davon geht die Bestimmung des § 154 Abs. 2 KostO aus. Indem sie dem Notar vorschreibt, den Betrag „etwa verauslagter

Gerichtskosten“ in der Rechnung anzugeben, legt sie zugrunde, dass der Notar auf die Erstattung dieser Kosten einen Anspruch haben und diesen in die Berechnung gemäß § 154 Abs. 1 KostO einstellen kann. Der Anspruch ergibt sich daraus, dass im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses des Notars zu seinem „Auftraggeber“, anders als im Verhältnis des Kostenschuldners zu den Gerichten, § 675 i. V. m. § 670 BGB entsprechend anzuwenden ist (*Korintenberg/Lappe*, § 1 Rdnr. 12). Stellen daher die Abrufgebühren „verauslagte Gerichtskosten“ dar, ist eine weitere Regelung, die den Notar ausdrücklich ermächtigen würde, diese Kosten von dem Zahlungspflichtigen einzufordern, entbehrlich.

bb) Die Gebühren nach § 1 GBAvVfV sind Gerichtskosten. Sie werden für eine originär gerichtliche Tätigkeit, die durch § 12 GBO den Gerichten zugewiesene Gewährung der Einsicht in das Grundbuch, von der Justizkasse erhoben aufgrund der Sollstellung durch ein hierfür zentral zuständiges Gericht, dem auch die technischen Einrichtungen des automatisierten Einsichtsverfahrens in die bei den Amtsgerichten geführten Grundbücher zugeordnet sind. Dass die betreffenden Gebühren nicht nach den Gesetzen über die Gerichtskosten, z. B. GKG oder KostO, entstehen, sondern von der Justizverwaltung aufgrund besonderer Vorschriften eingezogen werden, spricht nicht gegen ihre begriffliche Einordnung als „Gerichtskosten“ i. S. v. § 154 Abs. 2 KostO (vgl. *Bund*, RNotZ 2004, 259 f.). Im Übrigen ist für die Abrufgebühren z. T. auch die Justizverwaltungskostenordnung anzuwenden, z. B. Nr. 400 bis 404 des Gebührenverzeichnisses zur JVKostO, bzw. ausdrücklich für anwendbar erklärt wie § 8 JVKostO durch § 85 Abs. 2 a GBV. Bei der JVKostO handelt es sich um ein Gerichtskostengesetz, wie aus § 1 JVKostO hervorgeht, denn die entsprechenden Gebühren und Auslagen werden als „Gerichtskosten“ nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 JBeitrO beigetrieben (vgl. *Hartmann*, Kostengesetze, 34. Aufl., § 1 KostO Rdnr. 6).

cc) Die für die automatisierte Grundbucheinsicht angefallenen Kosten sind vom Notar „verauslagt“. Sie werden zwar ihm als Gebührenschuldner gegenüber der Justiz in Rechnung gestellt. Jedoch handelt der Notar beim Abruf der Daten nicht im eigenen Namen, sondern als Bevollmächtigter der Beteiligten, wie § 43 GBV belegt. Im Abrufverfahren wird der Notar deshalb zum „Verfahrensstandschafter“ der Beteiligten (*Lappe*, NotBZ 2004, 116; zustimmend *Bund*, RNotZ 2004, 259; vgl. auch *Püls/Reetz*, NotBZ 1998, 13). Im Übrigen werden, wie erwähnt, die vom Notar für die Erteilung von Grundbuchblattabschriften an das Gericht gezahlten Gebühren nach ständiger Praxis mit der Notarkostenrechnung gemäß § 154 Abs. 2 KostO eingefordert. Es ist kein überzeugender Grund ersichtlich, hinsichtlich der Gebühren für die automatisierte Grundbucheinsicht anders zu verfahren.

dd) Da die Abwälzung der Abrufkosten des Notars als verauslagte Gerichtskosten i. S. von § 154 Abs. 2 KostO zulässig ist, kommt es nicht darauf an, dass die entsprechenden Kosten nicht bei den Auslagentatbeständen der §§ 136, 137, 152 und 153 KostO aufgeführt sind.

d) Dass im Gesetzgebungsverfahren zum ERJuKoG aus den von der Bundesregierung (BT-Drucks. 14/6855 S. 37 zu 9) genannten Gründen, mit denen sich *Reetz/Bous*, a. a. O., S. 321 f. kritisch auseinandersetzen, die Schaffung einer ausdrücklichen Auslagenvorschrift abgelehnt wurde, spricht nicht gegen diese Auslegung. Dies würde allenfalls einer Analogie zu den genannten Auslagenvorschriften entgegenstehen, weil nicht mehr von einer planwidrigen Lücke des Gesetzes gesprochen werden könnte. Da aber die Möglichkeit der Inrechnungsstellung der Abrufkosten durch den Notar nach Auffassung des Senats unmittelbar aus § 154 Abs. 2 KostO folgt – wozu sich die

zitierten Gesetzesmaterialien im Übrigen nicht äußern – und nicht auf eine entsprechende Anwendung anderer Auslagenvorschriften gestützt wird, können derartige Überlegungen nicht ausschlaggebend sein.

e) Die Richtigkeit der hier vertretenen Auslegung wird nach Überzeugung des Senats auch durch folgende Überlegungen bestätigt:

Zum einen legte der Gesetzgeber ursprünglich im Gesetzgebungsverfahren zum Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz – RegVVG – vom 20.12.1993 (BGBl I, 2182), durch das mit §§ 129 ff. GBO, §§ 61 ff. GBV die Rechtsgrundlage für die Einführung des elektronischen Grundbuchs geschaffen wurde, die Ansicht zugrunde, der Notar dürfe die Abrufgebühren an seinen Kostenschuldner weiterleiten (so auch *Korintenberg/Reimann*, § 152 Rdnr. 36; *Reetz/Bous*, RNotZ 2004, 319). Denn der Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drucks. 12/5553, S. 85) ist zu entnehmen, dass die Einforderbarkeit der Abrufgebühren nicht nur ausdrücklich beabsichtigt war, sondern dass die Einführung der sogenannten Konzessionslösung für die Nutzung des Abrufsystems zugleich die Umlagefähigkeit der Abrufgebühren nach sich ziehen sollte. Ebenso ging die Begründung des Bundesministeriums der Justiz zur GBAvVfV von der Weitergabemöglichkeit aus (vgl. *Korintenberg/Reimann*, a. a. O., unter Hinweis auf BR-Drucks. 935/94, S. 48 Anl. 2).

Zum anderen wird auch von Vertretern der Gegenansicht die Umlagefähigkeit der Abrufgebühren jedenfalls de lege ferenda für sinnvoll gehalten (*Göttlinger*, DNotZ 2002, 747 f.; *Meikel/Göttlinger*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 133 Rdnr. 86; vgl. auch *Korintenberg/Reimann*, a. a. O., der die hier vertretene Auslegung für „plausibel“ hält, gleichwohl eine gesetzgeberische Entscheidung in beiden denkbaren Richtungen dem gegenwärtigen Rechtszustand vorzieht). In *Bauer u. a.*, Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 1169, ist wörtlich ausgeführt: „Es bleibt daher zu hoffen, dass der Gesetzgeber bei künftigen Änderungen der Kostenordnung eine Regelung aufnimmt, die eine Umlage der Abrufkosten auf den Kostenschuldner ermöglicht. Möglicherweise kann auch die Rechtsprechung den unzuträglichen Rechtszustand beseitigen oder zumindest klarstellen.“

f) Deshalb war auf die weitere Beschwerde des beteiligten Notars die vom Landgericht berichtigte Rechnung wieder mit den ursprünglichen Beträgen herzustellen. Allerdings muss folgerichtig den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO insoweit genügt werden, als die 605 € – wie schon bisher ohne Ansatz von Mehrwertsteuer (vgl. *Bund*, RNotZ 2004, 260 m. w. N.; *Reetz/Bous*, RNotZ 2004, 322) – als „verauslagte Gerichtskosten“ zu bezeichnen sind.

26. KostO §§ 36, 44 Abs. 1 (*Notargebühren bei Gründung einer GmbH durch Vor-AG*)

(...)

2. Bei der Gründung einer GmbH durch eine Vor-AG als alleinige Gesellschafterin fällt für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrags nur eine Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO an.

KG, Beschluss vom 18.5.2004, 1 W 7349/00

Der Notar beurkundete die Gründung einer AG sowie die Niederschrift über die Sitzung des ersten Aufsichtsrates. Darüber hinaus beurkundete er am gleichen Tag die Gründung zweier GmbHs (im Fol-

genden: die Beteiligten), deren Alleingesellschafterin die zuvor gegründete Aktiengesellschaft sein sollte.

Nachdem die Beteiligten die Zahlung der Kostenberechnung verweigerten, weil die Gründungen ihrer Auffassung nach nicht zur Anmeldung in das Handelsregister geeignet waren, hat der Notar gemäß § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO den Antrag auf Überprüfung der Kostenrechnung gestellt. Das Landgericht hat die Kostenberechnung bestätigt. Gegen diesen Beschluss haben die Beteiligten weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde (...) hat in der Sache teilweise Erfolg. (...)

2. (...) e) Zu Unrecht ist das Landgericht aber davon ausgegangen, dass dem Notar alle in der Kostenberechnung vom 13.10.1998 aufgeführten Gebühren zustehen. Das ist nicht der Fall. Denn der Notar rechnet für die Gründung der Beteiligten jeweils die doppelte Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO ab. Insofern handelt es sich aber um Einpersonengründungen, für die ihm lediglich eine einfache Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO zusteht (vgl. Senat, Beschluss vom 28.2.1984, 1 W 4274/83, Rpfleger 1984, 248; OLG Hamm, Beschluss vom 15.8.1983, 15 W 265/83, Rpfleger 1984, 38; OLG Stuttgart, Beschluss vom 23.3.1983, 8 W 533/82, DNotZ 1983, 577; BayObLG, Beschluss vom 20.12.1982, BReg 3 Z 93/82, DNotZ 1983, 252). § 36 Abs. 2 KostO kann nämlich deshalb keine Anwendung finden, weil die Einpersonengründung ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt und damit kein Vertragsabschluss vorliegt (siehe oben a)). Unerheblich ist dabei, dass die Gründungs erklärungen von mehreren Personen als Vorstandsmitgliedern der alleinigen Gründungsgesellschafterin abgegeben wurden. Insofern liegen gleichgerichtete und gegenstandsgleiche Erklärungen vor, für deren Beurkundung nach § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO nur der einfache Wert anzusetzen ist (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedke*, § 36 Rdnr. 10).

27. KostO §§ 26, 58 Abs. 1; EGHGB Art. 45 (*Kostenberechnung bei Euroumstellung*)

- 1) **Zur Berechnung des Geschäftswertes einer Anmeldung zum Handelsregister, die eine Euroumstellung des Stammkapitals sowie weitere Satzungsänderungen betrifft.**
- 2) **Bei einer der Entwurfsanfertigung in den Amtsräumen des Notars nachfolgenden auswärtigen Unterschriftsbeglaubigung ist die Zusatzgebühr gem. § 58 Abs. 1 S. 1 KostO nur nach der Gebühr gem. § 45 Abs. 1 KostO zu bemessen.**

OLG Hamm, Beschluss vom 27.5.2004, 15 W 138/04; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Der Beteiligte zu 1) hat die Unterschrift des Geschäftsführers der Beteiligten zu 2) unter eine auftragsgemäß von ihm entworfene Anmeldung zum Handelsregister beglaubigt. Gegenstand der Anmeldung sind Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, die betreffen

- 1) die Umstellung des Stammkapitals der Gesellschaft von DM auf Euro,
- 2) die Glättung des Stammkapitals der Gesellschaft durch Kapitalherabsetzung um 546,51 € und Kapitalerhöhung um 1.000 € auf 26.000 € im Wege der Bareinlage,
- 3) die Änderung der §§ 3, 4, 5, 9, 10 und 17 der Satzung.

Der Beteiligte zu 1) hat den Geschäftswert wie folgt berechnet:

Euroumstellung gem. § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO	50.000,00 DM
Kapitalherabsetzung gem. § 26 Abs. 1 Nr. 3 KostO	1.104,24 DM
Kapitalerhöhung gem. § 26 Abs. 1 Nr. 3 KostO	1.955,83 DM
Satzungsänderung gem. § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO	50.000,00 DM
Gesamtgeschäftswert	103.060,70 DM

Aus diesem Geschäftswert hat er die nach den §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO zu erhebende Gebühr mit 145 DM, daneben eine Gebühr für seine Tätigkeit außerhalb seiner Geschäftsräume gem. § 58 Abs. 1 Satz 1 KostO in Höhe von 60 DM berechnet. Der Gesamtbetrag der in Euro umgerechneten Gebühren zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer beläuft sich auf 128,11 €.

Der Bezirksrevisor hat die Kostenrechnung dahin beanstandet, der Geschäftswert für die Euroumstellung habe gem. §§ 45 Abs. 2 EGHGB, 26 Abs. 7 KostO lediglich mit 5.000 DM angesetzt werden dürfen. Ferner liege eine unrichtige Sachbehandlung darin, dass der Notar die Beteiligte zu 2) nicht auf die Möglichkeit hingewiesen habe, die Euroumstellung ohne notarielle Hilfe gem. § 45 Abs. 1 EGHGB zum Handelsregister anzumelden. Schließlich könne die Gebühr gem. § 58 Abs. 1 Satz 1 KostO nur in Höhe der Gebühr für eine reine Unterschriftsbeglaubigung (§ 45 Abs. 1 KostO) berechnet werden, wenn davon ausgegangen werde, dass der Notar den Entwurf der Handelsregisteranmeldung in seinen Geschäftsräumen gefertigt habe. Der Präsident des Landgerichts hat den Beteiligten zu 1) angewiesen, zu den erhobenen Beanstandungen die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen.

Das Landgericht hat die angefochtene Kostenberechnung dahin abgeändert, dass ein Betrag in Höhe von 89,90 DM abgezogen wird; ferner hat es die weitere Beschwerde zugelassen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1).

Aus den Gründen:

II.

(...) In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer gem. § 156 Abs. 6 Satz 1 KostO zulässigen Anweisungsbeschwerde des Beteiligten zu 1) ausgegangen. Mit der zulässig erhobenen Anweisungsbeschwerde fällt die Kostenberechnung dem Landgericht nur im Umfang der in der Anweisungsverfügung des Präsidenten des Landgerichts beanstandeten Punkte zur Entscheidung an. Die Anweisungsverfügung beschränkt auf diese Weise den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens (vgl. BayObLG, JurBüro 1985, 1382; OLG Hamm, JurBüro 1967, 159; *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 156 Rdnr. 38 m. w. N.). Diese Beschränkung hat das Landgericht beachtet, indem es eine sachliche Entscheidung nur über den Geschäftswert für die Beglaubigung der Handelsregisteranmeldung (nachfolgend zu 1) sowie über die Höhe der Gebühr gem. § 58 Abs. 1 Satz 1 KostO (nachfolgend zu 2) getroffen hat.

1) Der Beteiligte zu 1) hat einen Entwurf für eine Anmeldung zum Handelsregister und eine Unterschriftsbeglaubigung des Geschäftsführers der Beteiligten zu 2) vorgenommen. Für die Anfertigung des Entwurfs entsteht gem. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO eine Gebühr in Höhe der für die Beurkundung einer entsprechenden Erklärung bestimmten Gebühr, hier also gem. § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO die Hälfte der vollen Gebühr gem. der Tabelle zu § 32 KostO. Im Hinblick auf die danach für die Entwurfsanfertigung entstandene Gebühr wird gem. § 145 Abs. 1 Satz 4 KostO eine an sich gesondert nach § 45 Abs. 1 KostO zu berechnende Gebühr für die Beglaubigung der Unterschrift nicht erhoben.

Zweifelhaft ist lediglich der Geschäftswert, aus dem die Gebühr gem. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO zu berechnen ist.

Gegenstand der Anmeldung sind Änderungen der Satzung der GmbH, und zwar einerseits hinsichtlich der Umstellung des Stammkapitals der Gesellschaft auf Euro, andererseits weitere Änderungen in den §§ 3, 4, 5, 9, 10 und 17 der Satzung. Angemeldet wurde ferner eine Kapitalherabsetzung und eine Kapitalerhöhung zum Zweck der (qualifizierten) Glättung der Stammeinlagen der Gesellschafter.

Für die Geschäftswertberechnung einer Handelsregisteranmeldung ist maßgeblich die Vorschrift des § 26 KostO, die zwischen Anmeldung mit einem bestimmten Geldwert und sonstigen Anmeldungen unterscheidet. Bei mehreren Anmeldungen, die in einer Urkunde verbunden sind, ist außerdem die Vorschrift des § 44 KostO zu beachten. Betreffen die mehreren Anmeldungen in einer Urkunde denselben Rechtsvorgang, so wird die Gebühr des § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO einheitlich vom Wert dieses Rechtsvorgangs erhoben (§ 44 Abs. 1 KostO). Betreffen die Anmeldungen verschiedene Rechtsvorgänge, so wird gem. § 44 Abs. 2 lit. a KostO die Gebühr vom zusammengerechneten Wert der mehreren Rechtsvorgänge berechnet (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann – KLBR –*, KostO, 15. Aufl., § 26 Rdnr. 111).

Um eine Anmeldung mit einem bestimmten Geldwert handelt es sich gem. § 26 Abs. 1 Nr. 3 KostO bei der Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals einer GmbH. Als Geschäftswert ist insoweit der jeweilige Unterschiedsbetrag der Kapitalveränderung anzusetzen. Die damit übereinstimmenden Geschäftswertansätze in der angefochtenen Kostenberechnung sind demgemäß nicht zu beanstanden.

Der Beteiligte zu 1) hat darüber hinaus sowohl die Anmeldung der Umstellung des Stammkapitals auf Euro als auch die weiteren Satzungsänderungen als selbständige Gegenstände der Anmeldung ohne bestimmten Geldwert bewertet, dafür jeweils gesondert den Mindestgeschäftswert aus § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO (50.000 DM) angesetzt und diese mit den Beträgen der Kapitalveränderung addiert. Das Landgericht will dieser Bewertung nicht entgegenreten, weil die Vorschrift des § 45 Abs. 3 EGHGB, die die Anmeldung der einfachen Kapitalglättung mit einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln kostenrechtlich privilegiert, hier wegen der gewählten Form der qualifizierten Kapitalglättung mit einer Barkapitalerhöhung nicht eingreife. Gleichwohl will die Kammer denjenigen Gebührenbetrag, der sich durch die Berücksichtigung des um 50.000 DM erhöhten Geschäftswertes für die Anmeldung der Euroumstellung ergibt, gem. § 16 Abs. 1 KostO außer Ansatz lassen. Denn insoweit liege eine unrichtige Sachbehandlung des Notars im Sinne dieser Vorschrift vor, weil er nicht darauf hingewiesen habe, dass der Geschäftsführer der Gesellschaft die Anmeldung der Euroumstellung als solche kostenfrei bewirken können, weil diese gem. § 45 Abs. 1 EGHGB nicht der notariellen Beglaubigung (§ 12 HGB) bedürft habe.

Nach Auffassung des Senats setzt die Anwendung des § 16 Abs. 1 KostO eine exakte Feststellung voraus, welche Gebühren infolge der Tätigkeit des Notars tatsächlich angefallen sind. Erst auf dieser Grundlage besteht die Möglichkeit eines aussagekräftigen Vergleichs mit dem Betrag derjenigen Gebühren, die bei einer anderweitigen Gestaltung der Amtstätigkeit des Notars entstanden wären. Erst dann kann eine Bewertung vorgenommen werden, ob den Urkundsbeteiligten durch eine unrichtige Sachbehandlung des Notars die Möglichkeit genommen worden ist, einen kostengünstigeren Weg zu wählen.

Der Senat gelangt bereits auf der ersten Stufe dieser Überlegungen zu dem Ergebnis, dass die Einbeziehung der Euro-

umstellung in den Gegenstand der Handelsregisteranmeldung im vorliegenden Fall keine zusätzlichen Kosten verursacht hat. Richtig ist, dass es sich insoweit um eine Anmeldung ohne bestimmten Geldwert handelt, weil die Euroumstellung als solche nicht zu einer Veränderung der Stammkapitalziffer führt. Diese Anmeldung ist damit auch zugleich im Sinne des § 44 Abs. 2 lit. a KostO gegenstandsverschieden gegenüber der Anmeldung der Kapitalveränderung. Die Anmeldung der Euroumstellung ist demgegenüber im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO gegenstandsgleich mit den weiteren Satzungsänderungen. Deshalb müssen diese Anmeldungen zu einem Wertansatz zusammengefasst werden. Bei der Umstellung des Stammkapitals auf Euro handelt es sich um eine Satzungsänderung der GmbH, die sich von anderen Satzungsänderungen lediglich dadurch unterscheidet, dass der entsprechende Gesellschafterbeschluss abweichend von § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG bereits mit einfacher Stimmenmehrheit zustande kommt und nicht der notariellen Beurkundung bedarf. Es handelt sich deshalb insgesamt um die Anmeldung einer Mehrheit von Satzungsänderungen ohne bestimmten Geldwert, wenn in einer Anmeldung die Euroumstellung und weitere Satzungsänderungen miteinander verbunden werden. Die Änderung der Satzung in mehreren Einzelpunkten betrifft denselben Rechtsvorgang und führt damit zur Anwendung des § 44 Abs. 1 KostO: Die Gebühr wird nur nach dem einheitlichen Wert des Rechtsvorgangs (hier: 50.000 DM gem. § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO) berechnet (vgl. *Tiedtke*, MittBayNot 1999, 169; KLBR, § 26 Rdnr. 113, 121).

Entgegen der Auffassung des Landgerichts kommt es deshalb hier nicht darauf an, ob der Geschäftsführer der Beteiligten zu 2) gem. § 45 Abs. 1 EGHGB die Anmeldung der Euroumstellung als solche auch ohne Mitwirkung des Beteiligten zu 1) hätte bewirken können. Wenn der Beteiligte zu 1) sich in der Begründung seiner weiteren Beschwerde gegen die Anwendbarkeit des § 45 EGHGB insgesamt im Hinblick auf die hier gewählte Form der Euroumstellung durch qualifizierte Glättung im Wege der Barkapitalerhöhung wendet, so unterscheidet er im Hinblick auf die kostenrechtliche Behandlung nicht hinreichend zwischen den verschiedenen Ebenen der Euroumstellung: Die erste Ebene ist diejenige der Umstellung des Stammkapitals von DM in Euro, die als solche zu keinerlei rechtlichen oder wirtschaftlichen Veränderungen führt. Der Gesetzgeber hat für diesen Vorgang in § 45 Abs. 2 EGHGB klarstellend eine Wertberechnung entsprechend § 26 Abs. 7 KostO (formaler Vorgang ohne wirtschaftliche Bedeutung: 5.000 DM) vorgegeben, die dem Wortlaut nach ausdrücklich nur für die Eintragung im Handelsregister gilt, entsprechend aber auch für die Anmeldung anzuwenden ist (*Tiedtke*, MittBayNot 1999, 167). Davon sind zu unterscheiden Kapitalveränderungen, die in einfacher oder qualifizierter Form der Glättung der auf Euro umgestellten Beträge der Stammeinlagen der Gesellschafter dienen. In diesem Bereich enthält § 45 Abs. 3 EGHGB einen Privilegierungstatbestand für die Wertberechnung der Anmeldung und der Eintragung der einfachen Glättung der umgestellten Eurobeträge. Wenn dieser Privilegierungstatbestand im Hinblick auf die hier gewählte Form der qualifizierten Glättung nicht eingreift, so bedeutet dies jedoch nicht, dass in der davon zu unterscheidenden Ebene der bloßen Umstellung des Stammkapitals auf Euro eine andere Bewertung in dem von dem Beteiligten zu 1) angestrebten Sinn (Bildung eines selbständigen Wertansatzes von 50.000 DM) vorzunehmen ist.

2) Gem. § 58 Abs. 1 Satz 1 KostO wird, wenn ein Geschäft auf Verlangen des Antragstellers oder mit Rücksicht auf die Art des Geschäfts außerhalb der Geschäftsstelle vorgenommen wird, eine Zusatzgebühr in Höhe der Hälfte der vollen

Gebühr erhoben. Diese Gebühr wird in zwei Alternativen nach oben begrenzt, nämlich einerseits durch einen Höchstbetrag von 60 DM, andererseits durch die Höhe der Gebühr, die für das außerhalb der Geschäftsstelle vorgenommene Geschäft selbst zu erheben ist. Während der Beteiligte zu 1) durch Anwendung der ersten Alternative den Betrag von 60 DM angesetzt hat, hat das Landgericht die zweite Alternative herangezogen: Mangels anderweitigen Vortrags des Beteiligten zu 1) sei davon auszugehen, dass er den Entwurf der Handelsregisteranmeldung in seinen Geschäftsräumen gefertigt habe. In diesem Fall erwachse die Zusatzgebühr gem. § 58 Abs. 1 Satz 1 KostO nur für das Beglaubigungsgeschäft und sei deshalb auf die Gebühr nach § 45 Abs. 1 KostO ($\frac{1}{4}$ einer vollen Gebühr aus dem oben genannten Geschäftswert mit einem Betrag von 42,50 DM) begrenzt.

Diese Beurteilung des Landgerichts lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Seit einer Entscheidung des KG (DNotZ 1935, 235) ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass die Zusatzgebühr bei einer der Entwurfsanfertigung in den Amtsräumen des Notars nachfolgenden auswärtigen Unterschriftsbeglaubigung nach der Höhe der Gebühr gem. § 45 Abs. 1 KostO zu bemessen ist (OLG Oldenburg, JurBüro 1964, 139; LG Darmstadt, DNotZ 1969, 448; KLBR, § 58 Rdnr. 21; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 58 Rdnr. 6). Nachdem dieser Punkt in den der Anweisung des Präsidenten zugrunde liegenden Beanstandungen angesprochen worden war und der Beteiligte zu 1) dazu nichts weiter vorgetragen hatte, durfte das Landgericht in tatsächlicher Hinsicht davon ausgehen, dass der Beteiligte zu 1) den Entwurf der Anmeldung in seinem Büro gefertigt und zu dem auswärtigen Termin zur Unterschriftsbeglaubigung mitgebracht hatte. In der Literatur wird zwar ergänzend die Möglichkeit erörtert, dem Notar könne im Einzelfall gleichwohl die Zusatzgebühr aus der höheren Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO erwachsen, wenn die auswärts erfolgende Besprechung erst dem Abschluss eines bis dahin lediglich vorläufigen, ggf. noch abzuändernden Entwurfs diene (KLBR, § 58 Rdnr. 22; *Rohs/Wedewer*, a. a. O.). Für eine solche Abfolge sprechen hier jedoch keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte, insbesondere weil es sich lediglich um die handelsregisterrechtliche Umsetzung anderweitig bereits beurkundeter Satzungsänderungen der Gesellschaft handelte, die erst durch ihre Eintragung im Handelsregister wirksam werden konnten (§ 54 Abs. 3 GmbHG).

Das Landgericht hat danach zu Recht die Kostenberechnung des Beteiligten zu 1) sachlich abgeändert. In einem solchen Fall muss der Entscheidungssatz deutlich machen, bei welcher Rechnungsposition und in welcher Weise die Abänderung erfolgt. Es wird sich deshalb vielfach empfehlen, die Kostenberechnung in der Beschwerdeentscheidung insgesamt neu zu fassen, um so insbesondere dem Kostenschuldner die Nachvollziehbarkeit der Abänderung zu erleichtern (*Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 156 Rdnr. 48). Inwieweit davon im Einzelfall abgewichen werden kann, bedarf hier keiner näheren Entscheidung. Jedenfalls muss bei der Fassung der Beschwerdeentscheidung auch berücksichtigt werden, dass die notarielle Kostenberechnung einen Mehrwertsteuerausweis enthält (§ 151 a KostO), die sachliche Abänderung der Berechnung zwangsläufig zu einem abweichenden Mehrwertsteuerbetrag führt und die Neufassung deshalb den geänderten Mehrwertsteuerbetrag erkennen lassen muss. Die Fassung der landgerichtlichen Entscheidung, die sich auf den Ausspruch beschränkt, dass von der Kostenberechnung des Beteiligten zu 1) ein Betrag von 89,90 DM abgezogen wird, kann deshalb den gestellten Anforderungen nicht entsprechen.

Öffentliches Recht

28. BGB § 195 a. F.; AGBGB Art. 71 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2; BayVwVfG Art. 1 Abs. 1 Satz 1, Art. 62; BauGB § 124 Abs. 1 (*Geltung der BGB-Verjährungsvorschriften für Zahlungsansprüche aus öffentlich-rechtlichem Vertrag*)

- 1. Der Erschließungsvertrag zwischen einer Gemeinde und dem Erschließungsträger ist auch dann ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, wenn darin eine Sicherungsabrede für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages aufgenommen ist. Aus einer solchen Sicherungsabrede abgeleitete Ansprüche sind öffentlich-rechtlicher Natur.**
- 2. Die dreijährige Erlöschensfrist des Art. 71 Abs. 1 Satz 1 BayAGBGB findet auf Zahlungsansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag keine Anwendung. Vielmehr gelten insoweit die Verjährungsvorschriften des BGB entsprechend.**

BayObLG, Urteil vom 25.5.2004, 1Z RR 005/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, einer Gemeinde, die Erstattung eines nach ihrer Auffassung zu Unrecht in Anspruch genommenen Bürgschaftsbetrages.

Die Klägerin und ihr verstorbener, von ihr allein beerbter Ehemann betrieben im Gebiet der Beklagten eine Landwirtschaft. Im Jahr 1982 stellte die Beklagte für die landwirtschaftlichen Grundstücke der Eheleute einen Bebauungsplan auf, der die Nutzung des Gebietes für Wohnungsbau und den Bau eines Altersheims vorsah. Am 30.3.1982 schlossen die Eheleute mit der Beklagten einen notariell beurkundeten Vertrag, in dem sie sich verpflichteten, auf ihren Grundstücken sowie auf bestimmten, im Eigentum Dritter stehender Grundstücke Erschließungsmaßnahmen durchzuführen. In § 6 Nr. 1 des Erschließungsvertrages heißt es:

„Der Erschließer verpflichtet sich, die im Bebauungsplan liegenden, insbesondere folgende Erschließungsanlagen auf seine Kosten herzustellen bzw. herstellen zu lassen; mit Ausnahme der Straßenteile auf den Fremdgrundstücken ..., wenn die Zustimmung der jeweiligen Grundeigentümer nicht vorliegt.“

§ 10 des Erschließungsvertrages lautet auszugsweise:

„Übernahme der öffentlichen Flächen.

Nach Abschluss der Baumaßnahme und Schlussabnahme übernimmt die Gemeinde die öffentlichen Verkehrs- und Grünflächen sowie Kinderspielplätze in ihre Verwaltung und Unterhaltung. Der Termin für die Schlussabnahme kann frühestens nach Abnahme der Bauleistungen im Sinne der VOB beantragt werden. ... Mit der Schlussabnahme gehen sämtliche Rechte des Erschließers aus den Bauleistungsverträgen mit allen an der Erschließung beteiligten Unternehmen auf die Gemeinde über.“

§ 11 des Erschließungsvertrages lautet auszugsweise:

„Sicherheitsleistungen

Zur Sicherung des Anspruchs auf Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen, insbesondere hinsichtlich der Erstellung aller Erschließungsanlagen, hinterlegt der Erschließer ... eine selbstschuldnerische Bürgschaft einer mündelsicheren Kreditanstalt in Höhe von 3 Mio. DM, die er unverzüglich nach Abnahme der Erschließungsmaßnahmen zurückerhält.“

In Erfüllung von § 11 des Erschließungsvertrages veranlassten die Eheleute die Kreissparkasse, gegenüber der Beklagten am 30.3.1982 eine selbstschuldnerische Bürgschaft auf erstes Anfordern über DM 3 Mio. abzugeben.

In der Folgezeit wurden die Grundstücke der Eheleute erschlossen. Die Bauleistungen der ausführenden Firmen wurden in Abschnitten abgenommen. Eine erste Abnahme erfolgte am 5.6.1986, zu einer zweiten Abnahme kam es am 15.6.1988. Zu diesem Zeitpunkt waren die Erschließungsanlagen auf den in § 6 Nr. 1 Halbsatz 2 des Erschließungsvertrages genannten fremden Grundstücken noch nicht

hergestellt. Die Beklagte erwarb die für die Erschließung benötigten Teilflächen aus diesen Grundstücken mit notariellem Vertrag vom 30.4.1987 und vom 29.7.1988. Am 6.10.1988 forderte die Beklagte die Eheleute auf, auf den Fremdgrundstücken die restlichen Erschließungsmaßnahmen durchzuführen; sie kündigte an, andernfalls die Erfüllungsbürgschaft in Anspruch zu nehmen. Nachdem die Eheleute weitere Baumaßnahmen ablehnten, gab die Beklagte die weiteren Bauleistungen in Auftrag. Die entsprechenden Arbeiten wurden von Mai 1989 bis April 1990 durchgeführt.

Mit Schreiben vom 13.12.1990 nahm die Beklagte die Bürgschaft der Kreissparkasse in Höhe von 327.827,10 DM in Anspruch; der Betrag wurde am 31.12.1990 geleistet. Die Eheleute kamen für diesen Betrag gegenüber der Kreissparkasse auf.

Die Beklagte machte in der Folgezeit gegenüber den Eheleuten einen weiteren Kostenerstattungsanspruch für die Erschließungsarbeiten auf den Fremdgrundstücken in Höhe von 135.572,03 DM geltend. Dieser Anspruch wurde vom Verwaltungsgericht mit Urteil vom 12.1.1999 mit der Begründung abgewiesen, die Eheleute seien nicht verpflichtet gewesen, die Erschließungsmaßnahmen auf den Fremdgrundstücken durchzuführen.

Mit am 2.7.2001 erhobener Klage forderte die Klägerin von der Beklagten die Erstattung des von ihr und ihrem Ehemann aufgrund der Bürgschaftsinanspruchnahme geleisteten Betrages von 327.887,10 DM. Die Beklagte trug u. a. vor, der Erstattungsanspruch sei gemäß § 71 BayAGBGB wegen Verjährung erloschen.

Aus den Gründen:

2. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Das Berufungsgericht geht davon aus, dass der geltend gemachte Anspruch nur aus der Verletzung der im Erschließungsvertrag enthaltenen Sicherungsabrede abgeleitet werden könne und öffentlich-rechtlicher Natur sei. Dies begegnet im Ergebnis keinen rechtlichen Bedenken.

aa) Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch ist nicht wie ein Rückforderungsanspruch eines zu Unrecht in Anspruch genommenen Bürgen zu behandeln. Dessen Anspruch beruht auf § 812 BGB. Der Rückforderungsanspruch des Hauptschuldners, der eine Bürgschaft gestellt und dem Bürgen nach dessen Inanspruchnahme durch den Gläubiger die Aufwendungen erstattet hat, ergibt sich dagegen aus der Sicherungsabrede zwischen ihm und dem Gläubiger (BGH, NJW 1999, 55 LS 2). Aus dem Inhalt und dem Zweck der Sicherungsabrede folgt nämlich die Verpflichtung des Gläubigers, die Sicherung zurückzugewähren, sobald feststeht, dass der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann. Hat der Gläubiger die ihm als Sicherheit geleistete Bürgschaft zu Unrecht verwertet, so hat er folglich dem Hauptschuldner, der seinerseits den Bürgen befriedigt hat, die erhaltene Zahlung zu erstatten (BGH, NJW 1999, 56). Dagegen fehlt es an einer unmittelbaren Leistung im Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger. So liegt es hier. Die Klägerin leitet ihren Rückforderungsanspruch nicht aus dem zwischen der Beklagten und der Kreissparkasse geschlossenen Bürgschaftsvertrag ab, sondern stützt die Klage auf die Sicherungsabrede im Erschließungsvertrag vom 30.3.1982 bzw. dessen Verletzung nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung.

bb) Der Erschließungsvertrag war ursprünglich in § 123 Abs. 3 des am 30.6.1961 in Kraft getretenen Bundesbaugesetzes (BBauG) geregelt und ging wortgleich in § 124 Abs. 1 des am 1.7.1987 in Kraft getretenen Baugesetzbuches (BauGB) über. Danach kann die Gemeinde die Erschließung durch Vertrag an einen Dritten übertragen. Dieser Vertrag ist nach herrschender Meinung ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nach § 54 VwVfG bzw. Art. 54 BayVwVfG (BVerwG, NJW 1992,

1642; NVwZ 1996, 796; *Schrödter/Quaas*, BauGB, 6. Aufl., § 124 Rdnr. 2 m. w. N.). Dies folgt daraus, dass sein Gegenstand, die Erschließung nach § 123 BauGB, dem öffentlichen Recht zugeordnet ist. Er beseitigt zwar die Erschließungslast der Gemeinde nicht, überträgt aber die Durchführung der Erschließungsarbeiten auf einen Unternehmer auf dessen Rechnung und Verantwortung und schließt die Erhebung von Erschließungsbeiträgen aus, soweit der Gemeinde kein erstattungsfähiger Kostenaufwand entstanden ist (vgl. *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Grziwotz*, § 124 Rdnr. 10 m. w. N.).

cc) Die vorliegende Sicherungsabrede ist wesentlicher Bestandteil des Erschließungsvertrages und teilt dessen rechtliches Schicksal. Die Erschließungslast gemäß § 123 Abs. 1 BBauG bzw. § 123 Abs. 1 BauGB bleibt als Selbstverwaltungsaufgabe so lange unberührt, bis die Erschließung in dem gesetzlich vorgesehenen Umfang durchgeführt ist. Die Gemeinde muss daher schon im Erschließungsvertrag Vorsorge treffen, dass die sie treffende Selbstverwaltungsaufgabe von dem die Erschließung Übernehmenden so erfüllt wird, dass keine sie belastende Resterschließung bleibt. Aus diesem Grunde wird die Sicherungsabrede vom öffentlich-rechtlichen Charakter des Erschließungsvertrages erfasst (vgl. BGH, NJW 1970, 2107/2108; OVG NRW, ZMR 1989, 75/76; *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 124 Rdnr. 3; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, 2003, § 124 Rdnr. 56; *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 54 Rdnr. 146). Der auf die Sicherungsabrede bzw. auf positive Vertragsverletzung gestützte Erstattungsanspruch folgt damit den für den öffentlich-rechtlichen Vertrag geltenden Regeln und ist somit öffentlich-rechtlicher Natur (vgl. BGH, NJW 1988, 1731/1732; 1994, 2620/2621).

b) Keinen rechtlichen Bestand kann aber die Auffassung des Berufungsgerichts haben, der geltend gemachte – öffentlich-rechtliche – Zahlungsanspruch der Klägerin sei gemäß Art. 71 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BayAGBGB erloschen. Nach dieser Vorschrift erlöschen die auf eine Geldzahlung gerichteten öffentlich-rechtlichen Ansprüche gegen eine bayerische Gemeinde, soweit nicht anderes bestimmt ist, in drei Jahren.

aa) Zwar geht es hier um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch, und es sind bei Klageerhebung am 2.7.2001 mehr als drei Jahre vergangen seit seiner von der Klägerin behaupteten Entstehung am 1.1.1991. Für Forderungen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen ist aber „etwas anderes bestimmt“. Nach Art. 62 Satz 2 BayVwVfG sind dort ergänzend die Vorschriften des BGB anzuwenden. Das gilt grundsätzlich auch für dessen Verjährungsvorschriften (vgl. *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 62 Rdnr. 32). Für Forderungen aus dem am 30.3.1982 abgeschlossenen Erschließungsvertrag gilt daher grundsätzlich die Verjährung von 30 Jahren nach § 195 BGB a. F. (Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB). Die Verjährungsfrist für den behaupteten Anspruch ist daher durch Klageerhebung am 2.7.2001 rechtzeitig unterbrochen worden (Art. 62 Satz 2 BayVwVfG, § 209 Abs. 1 BGB a. F.).

bb) Die nach Art. 62 Satz 2 BayVwVfG ergänzende Geltung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches für öffentlich-rechtliche Verträge hat jedenfalls seit Inkrafttreten des BayVwVfG am 1.1.1977 Vorrang vor den gemäß Art. 71 Abs. 1 Satz 1 AGBGB nur nachrangig geltenden Erlöschensbestimmungen des Art. 71 AGBGB (BayVGH vom 18.2.1993, BayVBl 1994, 213/214; vom 9.2.2000, BayVBl 2001, 54; *Sprau*, Justizgesetz in Bayern, Art. 71 AGBGB Rdnr. 19 a. E.; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 53 Rdnr. 12; § 62 Rdnr. 6 c; a. A. *König/Meins*, VwVfG, 1989, Art. 53 Rdnr. 2; Art. 62 Rdnr. 12; *Giehl*, Verwaltungsverfahrenrecht in Bayern, Art. 62 Rdnr. 4; *Berg/Knemeyer/Papier/Steiner*,

Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 6. Aufl., Teil B Rdnr. 7; *Reither*, BayVBl 2001, 278). Der Senat folgt dieser Auffassung in Übereinstimmung mit dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof, der für Fragen des öffentlich-rechtlichen Vertrags zuständig ist. Das Oberlandesgericht hat sich mit dessen Rechtsprechung nicht auseinander gesetzt, obwohl sich die Klägerin darauf in der Berufungsverhandlung ausdrücklich gestützt hat.

(1) Sowohl Art. 71 Abs. 1 Satz 1 BayAGBGB als auch Art. 62 Satz 2 BayVwVfG enthalten eine Subsidiaritätsklausel (vgl. *Reither*, a. a. O.). Über Art. 62 Satz 1 BayVwVfG ist nämlich auch Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG für den öffentlich-rechtlichen Vertrag grundsätzlich anwendbar, der bestimmt, dass die Vorschriften des BayVwVfG, also auch die Verweisungsvorschrift des Art. 62 Satz 2 BayVwVfG, nur gelten, soweit nicht Rechtsvorschriften des Freistaats Bayern inhaltsgleiche oder entgegenstehende Regelungen enthalten. Als entgegenstehende Regelung kommt Art. 71 BayAGBGB in Betracht, da er die Wirkungen des Zeitablaufs auf eine öffentlich-rechtliche Geldforderung anders regelt als die über Art. 62 Satz 2 BayVwVfG anwendbaren Verjährungsvorschriften des BGB.

Bei der Klärung des Verhältnisses der beiden aufeinander verweisenden Vorschriften ist zu beachten, dass der Gesetzgeber mit dem am 1.1.1977 gleichzeitig mit dem bundesrechtlichen VwVfG in Kraft gesetzten BayVwVfG seinen Willen zur Rechtsvereinheitlichung kundgetan hat (vgl. *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 1 Rdnr. 208); der bayerische Gesetzgeber ist von der ergänzenden Geltung des BGB für den öffentlich-rechtlichen Vertrag über Art. 62 BayVwVfG (entsprechend der gleich lautenden bundesrechtlichen Vorschrift) ausgegangen (LT-Drucks. 8/3551, S. 34). Durch die Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrags im VwVfG und im BayVwVfG hat der Gesetzgeber diesen als legitimes Mittel des öffentlichen Verwaltungshandelns endgültig anerkannt und damit eine bereits seit langem bestehende Verwaltungspraxis sanktioniert (vgl. *Giehl*, Art. 54 Rdnr. 1). Im Hinblick darauf tragen die Vorschriften des BayVwVfG über den öffentlich-rechtlichen Vertrag den Charakter einer spezialgesetzlichen Sonderregelung.

Demgegenüber fußt Art. 71 AGBGB auf den Regelungen in § 31 bis 34 des Finanzgesetzes vom 28.12.1831, die in die Art. 124, 125 AGBGB 1899 übernommen wurden und denen nunmehr Art. 71 BayAGBGB gemäß Gesetz vom 27.7.1973 (GVBl S. 426, S. 531), in Kraft seit 1.8.1973, entspricht (vgl. *Sprau*, Art. 71 AGBGB Rdnr. 2). Aufgrund der historischen Entwicklung dieser Vorschrift besteht kein Grund zu der Annahme, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des BayVwVfG in Art. 71 Abs. 1 Satz 1 BayAGBGB eine auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag zugeschnittene Spezialvorschrift im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG gesehen hat, welche die über Art. 62 BayVwVfG geregelte entsprechende Anwendung der Verjährungsvorschriften des BGB verdrängt.

(2) Die Regelung in Art. 71 Abs. 1 Satz 1 BayAGBGB passt weder nach seinem Wortlaut noch nach seinem Sinn und Zweck auf Geldforderungen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen. Nach Art. 71 Abs. 1 Satz 2 BayAGBGB beginnt die zum Erlöschen der öffentlich-rechtlichen Geldforderung führende Frist mit dem Schluss des Kalenderjahres, in dem der Berechtigte von den anspruchsbegründenden Tatsachen und der Person des Verpflichteten Kenntnis erlangt, jedoch nicht vor dem Schluss des Kalenderjahres, in dem der Anspruch fällig wird. Bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, welcher nach Art. 57 BayVwVfG der Schriftform bedarf, sind jedoch die anspruchsbegründenden Tatsachen und/oder die Person des Verpflichteten von vornherein bekannt. Art. 71 BayAGBGB

ist eine Schutzvorschrift und trägt der bei gesetzlichen Ansprüchen häufig auftretenden Ungewissheit über die Entstehung und die Person des Schuldners Rechnung (*Sprau*, Art. 71 AGBGB Rdnr. 1).

Dagegen ist für den Schuldner vertraglicher Ansprüche ein vergleichbares Schutzbedürfnis nicht gegeben.

(3) Aus dem Hinweis auf Art. 53 BayVwVfG in Art. 71 Abs. 2 Hs. 2 BayAGBGB kann nicht gefolgert werden, dass andere Vorschriften des BayVwVfG nicht anwendbar sind. Art. 53 BayVwVfG betrifft die Unterbrechung der Verjährung eines Anspruchs durch Verwaltungsakt. Diese Bestimmung steht nicht in dem den öffentlich-rechtlichen Vertrag betreffenden Vierten Teil des BayVwVfG. Forderungen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen können jedoch nicht durch Verwaltungsakt, also einseitig hoheitlich, geltend gemacht werden, weil sich hier die Vertragspartner auf gleicher Ebene gegenüberstehen. Art. 53 BayVwVfG hat folglich nur für gesetzliche bzw. auf Verwaltungsakt beruhende Ansprüche Bedeutung.

Anmerkung:

Die Rechtsprechung (BVerwG, NJW 1990, 1679, u. OVG Magdeburg, LKV 2003, 185) lässt gemischte öffentlich-rechtliche und zivilrechtliche Verträge zu. Beispiel ist der Bauplatzkauf von einer Gemeinde, in dem eine Ablösungsvereinbarung hinsichtlich der Erschließungskosten enthalten ist. Konsequenz ist es, wenn das BayObLG Sicherungsabreden demselben Rechtsregime unterstellt, das für die Hauptleistungspflichten gilt. Hierzu folgt das Gericht der ganz h. M., die echte Erschließungsverträge als öffentlich-rechtliche Verträge qualifiziert. Umstritten ist dagegen neuerdings die Einordnung unechter Erschließungsverträge, bei denen es sich im Kern um Finanzierungsinstrumente handelt (ähnlich *Ludyga/Hesse*, Erschließungsbeitrag, § 124 Rdnr. 58). Dagegen dürfte nunmehr höchst zweifelhaft sein, ob im Erschließungsvertrag eine Bürgschaft auf erstes Anfordern formularmäßig noch vereinbart werden kann (vgl. BGH, BauRB 2004, 222). Bei Abschluss eines Erschließungsvertrages sind auch die Interessen Drittbetroffener, nämlich derjenigen Personen, die vom Erschließungsunternehmern kaufen, zu berücksichtigen (BVerwGE 89, 7). Insofern ist fraglich, ob eine Gemeinde, die von vornherein auf Sicherungen verzichtet, nicht ebenso zu behandeln ist wie eine Gemeinde, die später Sicherungen aufgibt. Ergebnis wäre, dass in beiden Fällen bei Durchführung der steckengebliebenen Erschließung durch die Gemeinde eine Beitragserhebung ausscheiden würde (so BVerwG, NVwZ 1985, 346 für die Aufgabe von Sicherheiten; vgl. auch *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 7. Aufl. 2004, § 6 Rdnr. 34 Fn. 81, u. *Grziwotz* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 124 Rdnr. 122).

Das BayObLG hat zudem die für das bayerische Landesrecht wichtige Frage der Verjährung von Ansprüchen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen entschieden. Entsprechend der Rechtsprechung des BayVG (BayVBl 1994, 213, 214; vgl. auch BVerwG, NVwZ 1983, 307, u. *Reither*, BayVBl 2001, 278) geht es vom Vorrang der BGB-Verjährungsvorschriften aus. Dies wäre freilich nicht zwingend gewesen. Art. 62 Satz 2 BayVwVfG enthält eine doppelt eingeschränkte Verweisung („ergänzend“, „entsprechend“). Gleichwohl überzeugt die Entscheidung, da Art. 71 AGBGB für vertragliche Ansprüche regelmäßig nicht passt. Freilich hat der BayVG (BayVBl 1999, 436; vgl. auch BayVG, BayVBl 1990, 627) auf Folgenerstattungsansprüche bei nichtigen Verträgen die 30-jährige Verjährung angewandt. In einer neuen Entscheidung hat er (Urt. v. 23.7.2004, 6 B 00/402) den Erstattungsanspruch bei

einem nichtigen Ablösungsvertrag gem. Art. 13 Abs. 1 Nr. 2 b, Nr. 5 a KAG der fünfjährigen Verjährung gemäß §§ 37, 228 AO 1977 unterstellt (vgl. auch OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1991, 425, u. NdsVBl 1996, 69).

Nicht erörtern musste das BayObLG die seit der Schuldrechtsreform umstrittene Frage, ob das neue Verjährungsrecht auch für öffentlich-rechtliche Ansprüche gilt. Streitpunkt ist, ob die Verkürzung der Verjährungsfristen im öffentlichen Recht passt (so *Stumpf*, NVwZ 2003, 1198 ff.; *Maurer*, VerwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rdnr. 72 a; *Geis*, NVwZ 2002, 385, 390; *Lenkeit*, BauR 2002, 196, 228; *Heselhaus*, DVBl

2004, 411 ff.; a. A. wohl *Dötsch*, NWVBl 2001, 385, 389 f.; *Mansel*, NJW 2002, 89, 91; *Kellner*, NVwZ 2002, 355, 400; *Franz*, BayVBl 2002, 484 ff.; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 53 Rdnr. 13; differenzierend *Dötsch*, NWVBl 2002, 140; *ders.*, DÖV 2004, 277 ff., u. *Stumpf*, NVwZ 2003, 1198). Die Ansichten reichen von der neuen dreijährigen Regelverjährung bis zur früheren 30-jährigen Verjährungsfrist. Demgegenüber besteht zwischenzeitlich zwischen Art. 71 Abs. 1 Satz 2 BayAGBGB und § 199 BGB hinsichtlich des Laufs der Verjährung kein Unterschied mehr.

Notar Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Einkommensteuerrechtliche Behandlung von wiederkehrenden Leistungen im Zusammenhang mit der Übertragung von Privat- oder Betriebsvermögen (Auszug)

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 16.9.2004, IV C 3 – S 2255 – 354/04¹

[...]

A. Arten von wiederkehrenden Leistungen

1 Wiederkehrende Leistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung können Versorgungsleistungen, Unterhaltsleistungen oder wiederkehrende Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung sein. Versorgungsleistungen sind bei dem Verpflichteten Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG und bei dem Berechtigten wiederkehrende Bezüge nach § 22 Nr. 1 EStG (Renten oder dauernde Lasten; vgl. B.). Unterhaltsleistungen (Zuwendungen) dürfen nach § 12 Nr. 2 EStG nicht abgezogen werden. Wiederkehrende Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung enthalten eine nicht-steuerbare oder steuerbare Vermögensumschichtung und einen Zinsanteil (vgl. C.).

B. Unentgeltliche Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen

2 Versorgungsleistungen (Renten oder dauernde Lasten) sind wiederkehrende Leistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung zur vorweggenommenen Erbfolge (Vermögensübergabe). Versorgungsleistungen können auch auf Verfügungen von Todes wegen beruhen (vgl. Rz. 40). Soweit im Zusammenhang mit der Vermögensübertragung Versorgungsleistungen zugesagt werden, sind diese weder Veräußerungsentgelt noch Anschaffungskosten (BFH-Beschluss vom 5.7.1990, BStBl II, 847).

I. Vermögensübergabe

1. Begriff der Vermögensübergabe

3 Vermögensübergabe ist die Vermögensübertragung kraft einzelvertraglicher Regelung unter Lebenden mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge, bei der sich der Übergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr allerdings vom Übernehmer erwirtschaftet werden müssen (BFH-Beschluss vom 15.7.1991, BStBl 1992, 78). Eine solche Übergabe ist auch unter Fremden nicht ausgeschlossen (BFH, Urteil vom 16.12.1997, BStBl 1998 II, 718).

2. Abgrenzung zu voll entgeltlichen Geschäften

4 Nach dem Willen der Beteiligten soll der Übernehmer wenigstens teilweise eine unentgeltliche Zuwendung

erhalten. Bei einer Vermögensübertragung an Angehörige spricht eine widerlegbare Vermutung dafür, dass die wiederkehrenden Leistungen unabhängig vom Wert des übertragenen Vermögens nach dem Versorgungsbedürfnis des Berechtigten und nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Verpflichteten bemessen worden sind. Diese Vermutung ist widerlegt, wenn die Beteiligten Leistung und Gegenleistung nach kaufmännischen Gesichtspunkten gegeneinander abgewogen haben und subjektiv von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen ausgehen durften, auch wenn Leistung und Gegenleistung objektiv ungleichwertig sind (vgl. hierzu BFH-Urteile vom 29.1.1992, BStBl II, 465, vom 16.12.1993, BStBl 1996 II, 669, und vom 30.7.2003, BStBl 2004 II, 211). In diesem Fall gelten die Grundsätze über die einkommensteuerrechtliche Behandlung wiederkehrender Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung (vgl. C.).

5 Unter Fremden besteht eine nur in Ausnahmefällen widerlegbare Vermutung, dass bei der Übertragung von Vermögen Leistung und Gegenleistung kaufmännisch gegeneinander abgewogen sind. Ein Anhaltspunkt für ein entgeltliches Rechtsgeschäft kann sich auch daraus ergeben, dass die wiederkehrenden Leistungen auf Dauer die erzielbaren Erträge übersteigen. Die für die Entgeltlichkeit des Übertragungsvorgangs sprechende Vermutung kann hingegen zum Beispiel widerlegt sein, wenn der Übernehmer auf Grund besonderer persönlicher (insbesondere familienähnlicher) Beziehungen zum Übergeber ein persönliches Interesse an der lebenslangen angemessenen Versorgung des Übergebenden hat (BFH, Urteil vom 16.12.1997, BStBl 1998 II, 718).

3. Gegenstand der Vermögensübergabe

6 Gegenstand der Vermögensübergabe muss eine die Existenz des Übergebers wenigstens teilweise sichernde Wirtschaftseinheit sein. Gleichzeitig muss auch die Versorgung des Übergebers aus dem übergebenen Vermögen wenigstens teilweise sichergestellt sein. Dabei behält sich der Übergeber typischerweise vom Übernehmer zu erwirtschaftende Erträge seines Vermögens vor (BFH-Beschluss vom 5.7.1990, BStBl II, 847).

7 Eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ist gegeben, wenn eine existenzsichernde und ertragbringende Wirtschaftseinheit des Privat- und/oder Betriebsvermögens übertragen wird, deren Erträge ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen. **Es genügt nicht, wenn das übergebene Vermögen lediglich seiner Art nach existenzsichernd und ertragbringend ist (vgl. Rz. 17 des BMF-Schreibens vom 26.8.2002, BStBl I, 893), die erzielbaren laufenden Nettoerträge des übergebenen Vermögens jedoch die vereinbarten wiederkehrenden Leistungen nicht abdecken (BFH-Beschluss vom 12.5.2003, BStBl 2004 II, 95). In diesem Fall gelten die Grundsätze über die einkommensteuerrechtliche Behandlung wiederkehrender Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung (vgl. C.).**

8 Versorgungsleistungen, die aus den laufenden Nettoerträgen eines übergebenen Betriebs erbracht werden

¹ Änderungen gegenüber den BMF-Schreiben vom 23.12.1996, BStBl I, 1508 – geändert durch BMF-Schreiben vom 31.12.1997 (BStBl 1998 I, 21) und vom 30.10.1998 (BStBl I, 1417) – sowie vom 26.8.2002 (BStBl I, 893), die nicht ausschließlich redaktioneller Art sind, sind durch Fettdruck hervorgehoben.

können, sind – entgegen dem BFH-Beschluss vom 12.5.2003 (BStBl II 2004, 100) – auch dann als Sonderausgaben abziehbar, wenn der übergebene Betrieb nicht über einen ausreichenden Unternehmenswert verfügt.

a) Existenzsichernde Wirtschaftseinheit

9 Das übertragene Vermögen muss **grundsätzlich** für eine generationenübergreifende dauernde Anlage geeignet und bestimmt sein und dem Übernehmer zur Fortsetzung des Wirtschaftens überlassen werden, um damit wenigstens teilweise die Existenz des Übergebers zu sichern (vgl. zur Ausnahme Rz. 13).

10 Wirtschaftseinheiten in diesem Sinne sind typischerweise Betriebe, Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile, Anteile an Kapitalgesellschaften, Wertpapiere und vergleichbare Kapitalforderungen (z. B. Festgeld, Bundesschatzbriefe, Sparbuch), typische stille Beteiligungen, Geschäfts- oder Mietwohngrundstücke, Einfamilienhäuser, Eigentumswohnungen und verpachtete unbebaute Grundstücke. Entsprechendes gilt für land- und forstwirtschaftliche Betriebe, wenn sie aufgrund von Wirtschaftsüberlassungsverträgen, die Vorstufe zur Hofoder Betriebsübergabe sind, überlassen werden.

11 Wird ein Vorbehaltsnießbrauch oder ein durch Vermächtnis eingeräumter Nießbrauch abgelöst, kann dieser Nießbrauch auch Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sein, wenn er für den Nießbraucher eine existenzsichernde Wirtschaftseinheit darstellt (BFH-Urteile vom 25.11.1992, BStBl 1996 II, 663 und 666; vgl. aber BFH, Urteil vom 27.11.1996, BStBl 1997 II, 284, zur Ablösung eines Vermächtnisnießbrauchs und Pflichtteilsanspruchs). Zur Ablösung eines Nießbrauchs im Rahmen einer zeitlich gestreckten „gleitenden“ Vermögensübergabe vgl. Rz. 18.

12 Keine existenzsichernde Wirtschaftseinheit ist dagegen Vermögen, das dem Übernehmer nicht zur Fortsetzung des Wirtschaftens überlassen wird. Hierzu gehören

– ertragloses Vermögen wie z. B. Bargeld (vgl. aber Rz. 17), Hausrat, Wertgegenstände, Kunstgegenstände, Sammlungen und unbebaute Grundstücke (Brachland), Grundstücke mit aufstehendem Rohbau (BFH, Urteil vom 27.8.1997, BStBl II, 813), vgl. aber Rz. 13,

und

– Vermögen, dessen gesamte Erträge der Übergeber sich mittels eines Nießbrauchs vorbehält (sog. Totalnießbrauch, vgl. BFH-Urteile vom 25.3.1992, BStBl II, 803, und vom 14.7.1993, BStBl 1994 II, 19), vgl. aber Rz. 18.

13 Verpflichtet sich der Übernehmer ertraglosen oder nicht ausreichend ertragbringenden Vermögens im Übergabevertrag zur Umschichtung in eine ihrer Art nach bestimmte ausreichend ertragbringende Vermögensanlage (Reinvestitionsgut), kann eine unentgeltliche Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen vorliegen (BFH-Beschluss vom 12.5.2003, BStBl 2004 II, 95). Entsprechendes gilt beispielsweise, wenn sich der Übernehmer eines Grundstücks mit aufstehendem Rohbau (vgl. Rz. 12) im Übergabevertrag zur Fertigstellung des Rohbaus verpflichtet, der Nutzungszweck im Übergabevertrag festgelegt wird und das hergestellte Wirtschaftsgut ausreichend ertragbringend ist (vgl. im Übrigen Rz. 15). Die Veranlagungen sind insoweit sowohl beim Übergeber als auch

beim Übernehmer ab dem Jahr der Vermögensübergabe vorläufig gem. § 165 AO vorzunehmen. Wiederkehrende Leistungen, die vor der Anschaffung oder Herstellung der ausreichend ertragbringenden Wirtschaftseinheit geleistet werden, sind vorbehaltlich der Rz. 16 als Unterhaltsleistungen i. S. des § 12 Nr. 2 EStG zu behandeln.

Beispiel:

S erhält im Januar 2004 im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolgeregelung von seinem Vater V ein unbebautes Grundstück mit einem Verkehrswert von 300.000 €. S verpflichtet sich im Übergabevertrag, das Grundstück zu veräußern, mit dem Erlös ein Mietwohngrundstück zu erwerben und ab Erwerb aus den Erträgen des Mietwohngrundstücks an V auf dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen i. H. von monatlich 750 € zu zahlen. S veräußert das Grundstück im Februar 2004. Bereits im März 2004 gelingt es ihm, ein entsprechendes Mietwohngrundstück anzuschaffen, aus dem er Nettoerträge i. H. von monatlich 1.000 € erzielt. S zahlt ab März 2004 die vereinbarten wiederkehrenden Leistungen an V.

Es liegt eine begünstigte Vermögensübergabe vor. S hat die im Übergabevertrag vereinbarte Verpflichtung, das ertraglose unbebaute Grundstück in ein ausreichend ertragbringendes Mietwohngrundstück umzuschichten, erfüllt. Die wiederkehrenden Leistungen stellen bei S von Beginn an Sonderausgaben i. S. des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG und bei V Einkünfte i. S. des § 22 Nr. 1 EStG dar.

[...]

b) Ausreichend ertragbringende Wirtschaftseinheit

19 Von einer ausreichend ertragbringenden Wirtschaftseinheit ist auszugehen, wenn nach überschlägiger Berechnung die wiederkehrenden Leistungen nicht höher sind als der langfristig erzielbare Ertrag des übergebenen Vermögens. In den Fällen der Rz. 13 bis 15 ist der langfristig erzielbare Ertrag maßgebend, der auf den re-investierten Veräußerungserlös entfällt.

20 Zu Erträgen führen **grundsätzlich** nur Einnahmen aus einer Tätigkeit, die den Tatbestand einer Einkunftsart i. S. des § 2 Abs. 1 EStG erfüllt. Einnahmen aus einer Tätigkeit ohne Einkünfte- oder Gewinnerzielungsabsicht sind daher nicht als Erträge zu beurteilen.

21 Nutzt der Übernehmer ein vom Übergeber gegen wiederkehrende Leistungen übertragenes Grundstück zu eigenen Zwecken (eigene Wohnzwecke, eigenbetriebliche Zwecke), gehört auch der Nutzungsvorteil des Übernehmers (ersparte Nettomiete) zu den Erträgen des übergebenen Vermögens, wenn die ersparte Nettomiete nicht niedriger ist als die zugesagten wiederkehrenden Leistungen (BFH-Beschluss vom 12.5.2003, BStBl 2004 II, 95). Als Nettomiete gilt die ortsübliche mittlere Kaltmiete für Grundstücke vergleichbarer Art, Lage und Ausstattung.

Beispiel:

V überträgt im Januar 2004 im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolgeregelung ein Einfamilienhaus mit einem Verkehrswert von 200.000 € auf seinen Sohn S, das dieser seitdem zu eigenen Wohnzwecken nutzt. Für ein vergleichbares Objekt müsste S eine monatliche Nettomiete von 850 € zahlen. S ver-

pflichtet sich, an V auf dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen i. H. von monatlich 750 € zu zahlen. Es liegt eine begünstigte Vermögensübergabe vor. Die erzielbaren laufenden Nettoerträge (hier die ersparte Nettomiete des S) reichen aus, um die vereinbarten wiederkehrenden Leistungen zu erbringen.

Nicht zu den Erträgen gehören andere ersparte Aufwendungen, wie z. B. ersparte Zinsen. Der BFH-Beschluss vom 12.5.2003 (BStBl II 2004, 95) ist insoweit nicht anzuwenden.

- 22 Der Nutzungswert der Wohnung, die vom Übergeber auf Grund vorbehaltenen Nutzungsrechts zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird, gehört dagegen nicht zu den Erträgen des übergebenen Vermögens (vgl. dazu auch Rz. 12).
- 23 **Wird ein Unternehmen (land- und forstwirtschaftlicher Betrieb, Gewerbebetrieb, Unternehmen eines Selbständigen) gegen wiederkehrende Leistungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen, besteht eine nur in Ausnahmefällen (z. B. mehrjährige Verluste oder im Verhältnis zu den wiederkehrenden Leistungen geringe Gewinne des Unternehmens) widerlegbare Vermutung dafür, dass die Erträge ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen in der vereinbarten Höhe zu erbringen, wenn das Unternehmen vom Übernehmer tatsächlich fortgeführt wird. Als Unternehmen in diesem Sinne gelten auch ein Anteil an einer GmbH, wenn sowohl Übergeber als auch Übernehmer als Geschäftsführer tätig waren oder sind (BFH-Beschluss vom 12.5.2003, BStBl II, 95), sowie Mitunternehmeranteile und Teilbetriebe. Die Beweiserleichterung ist nicht anzuwenden bei verpachteten oder überwiegend verpachteten Betrieben sowie bei gewerblich geprägten Personengesellschaften i. S. des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG. Wird im Rahmen einer einheitlichen Vermögensübergabe neben einem Unternehmen weiteres begünstigtes Vermögen übertragen, greift die Beweiserleichterung nicht.**

aa) Ermittlung der Erträge

- 24 Den auf der Grundlage der steuerlichen Einkünfte ermittelten Erträgen sind Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen sowie außerordentliche Aufwendungen, z. B. größere Erhaltungsaufwendungen, die nicht jährlich üblicherweise anfallen, sowie Nutzungsvorteile des Übernehmers aus ersparten Nettomieteaufwendungen (vgl. Rz. 21) hinzuzurechnen. Bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft, aus Gewerbebetrieb und aus selbständiger Arbeit ist ein Unternehmerlohn nicht abzuziehen. Bei Übertragung eines Anteils an einer GmbH (vgl. Rz. 23) mindert das Gehalt des Gesellschafter-Geschäftsführers die auf der Grundlage der steuerlichen Einkünfte ermittelten Erträge nicht. Bei der Ermittlung der Erträge aus dem GmbH-Anteil ist nicht auf die tatsächlich ausgeschütteten, sondern auf die ausschüttungsfähigen Gewinne abzustellen.
- 25 Die **wiederkehrenden Leistungen** müssen durch entsprechende Erträge aus dem übernommenen Vermögen abgedeckt sein. Davon ist auszugehen, wenn nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Vermögensübergabe der durchschnittliche jährliche Ertrag ausreicht, um die jährlichen **wiederkehrenden Leistungen** zu erbringen. Bei Ablösung eines vom Übergeber vorbehaltenen Nut-

zungsrechts in den Fällen der zeitlich gestreckten Vermögensübergabe (vgl. Rz. 18) sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Ablösung maßgeblich. Aus Vereinfachungsgründen ist es nicht zu beanstanden, wenn zur Ermittlung des durchschnittlichen Ertrags die Einkünfte des Jahres der Vermögensübergabe und der beiden vorangegangenen Jahre herangezogen werden. **Reicht der durchschnittliche jährliche Ertrag nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Vermögensübergabe nicht aus, um die jährlichen wiederkehrenden Leistungen zu erbringen, bleibt es dem Übernehmer unbenommen, nachzuweisen, dass für die Zukunft ausreichend hohe Nettoerträge zu erwarten sind. Hiervon kann regelmäßig ausgegangen werden, wenn die durchschnittlichen Erträge des Jahres der Vermögensübergabe und der beiden folgenden Jahre ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen. Die Veranlagungen sind insoweit sowohl beim Übergeber als auch beim Übernehmer ab dem Jahr der Vermögensübergabe vorläufig gem. § 165 AO vorzunehmen.**

- 26 In den Fällen der Rz. 13 bis 15 sind für die Beurteilung, ob ein ausreichend ertragbringendes Reinvestitionsgut angeschafft oder hergestellt wurde, die Erträge ab dem Zeitpunkt der Umschichtung maßgebend. Von ausreichenden Erträgen kann regelmäßig ausgegangen werden, wenn die durchschnittlichen Erträge des Jahres der Umschichtung und der beiden folgenden Jahre ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen. Die Veranlagungen sind insoweit sowohl beim Übergeber als auch beim Übernehmer ab dem Jahr der Umschichtung vorläufig gemäß § 165 AO vorzunehmen.

[...]

4. **Nachträgliche Umschichtung des übertragenen Vermögens**
- 28 Der sachliche Zusammenhang der wiederkehrenden Leistungen mit der Vermögensübergabe endet **grundsätzlich**, wenn der Übernehmer das übernommene Vermögen auf einen Dritten überträgt und dem Übernehmer das übernommene Vermögen steuerrechtlich nicht mehr zuzurechnen ist. **Die im Zusammenhang mit der Vermögensübertragung vereinbarten wiederkehrenden Leistungen zwischen dem Übergeber und dem Übernehmer sind ab diesem Zeitpunkt Unterhaltsleistungen i. S. des § 12 Nr. 2 EStG und dürfen beim Übernehmer nicht mehr als Sonderausgaben (Rente oder dauernde Last) nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abgezogen werden. Beim Übergeber sind sie nicht mehr nach § 22 Nr. 1 EStG steuerbar (BFH, Urteil vom 31.3.2004, BStBl II, 830).**
- 29 Der sachliche Zusammenhang der wiederkehrenden Leistungen mit der Vermögensübergabe endet nicht, wenn der Übernehmer das übernommene Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge weiter überträgt (vgl. Rz. 36). Die wiederkehrenden Leistungen können auch dann weiterhin als Versorgungsleistungen zu behandeln sein, wenn daneben noch Leistungen vereinbart werden, die zu Anschaffungskosten oder zu einem Veräußerungserlös führen.
- 30 Werden nur Teile des übernommenen Vermögens auf Dritte übertragen, sind die nach der Übertragung entrichteten wiederkehrenden Leistungen an den Übergeber weiterhin als Versorgungsleistungen zu beurteilen, wenn der nicht übertragene Teil des übernommenen Vermö-

gens im Zeitpunkt der steuerrechtlichen Zurechnung des Vermögens bei Dritten eine existenzsichernde und **ausreichend** ertragbringende Wirtschaftseinheit darstellt (vgl. Rz. 10 und 19). Maßgebend für die Beurteilung sind die Erträge ab dem Zeitpunkt, ab dem der übertragene Vermögensteil dem Übernehmer steuerrechtlich nicht mehr zuzurechnen ist.

- 31 Überträgt der Übernehmer das übernommene Vermögen auf einen Dritten und erwirbt mit dem Erlös zeitnah eine existenzsichernde und ausreichend ertragbringende Wirtschaftseinheit (vgl. Rz. 10 und 19) oder stellt eine solche her, sind die nach der Übertragung an den Übergeber entrichteten wiederkehrenden Leistungen weiterhin Versorgungsleistungen. Dies gilt auch, wenn

– nicht der gesamte Erlös aus der Veräußerung zur Anschaffung oder Herstellung dieser Wirtschaftseinheit verwendet wird und die wiederkehrenden Leistungen durch die Erträge aus der Wirtschaftseinheit abgedeckt werden (vgl. Rz. 14),

oder

– der gesamte Erlös aus der Veräußerung zur Anschaffung oder Herstellung dieser Wirtschaftseinheit nicht ausreicht, der Übernehmer bei der Umschichtung zusätzlich eigene Mittel zur Anschaffung oder Herstellung aufwendet und der auf den reinvestierten Veräußerungserlös entfallende Anteil an den Erträgen ausreicht, um die vereinbarten wiederkehrenden Leistungen zu erbringen (vgl. Rz. 15).

Maßgebend für die Beurteilung sind die Erträge ab dem Zeitpunkt der Anschaffung oder Herstellung dieser Wirtschaftseinheit (nachträgliche Umschichtung). Von ausreichenden Erträgen kann regelmäßig ausgegangen werden, wenn die durchschnittlichen Erträge des Jahres der nachträglichen Umschichtung und der beiden folgenden Jahre ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu erbringen. Die Veranlagungen sind insoweit sowohl beim Übergeber als auch beim Übernehmer ab dem Jahr der nachträglichen Umschichtung vorläufig gem. § 165 AO vorzunehmen.

Beispiel:

V hat seinem Sohn S im Jahre 2003 im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolgeregelung ein ausreichend ertragbringendes Mietwohngrundstück (Erwerb durch V im Jahre 1993) gegen lebenslang zu erbringende wiederkehrende Leistungen i.H. von monatlich 5.000 € übertragen. Im Oktober 2004 veräußert S dieses Mietwohngrundstück für 1 Mio. €. Den Veräußerungserlös verwendet er im November 2004 vollumfänglich zur Anschaffung eines Grundstücks mit neu errichtetem Achtfamilienhaus. Die durchschnittlichen jährlichen Nettoerträge (vgl. Rz. 24) aus der Vermietung des Achtfamilienhauses belaufen sich auf 68.000 €.

Die wiederkehrenden Leistungen i. H. von monatlich 5.000 € sind auch nach der Veräußerung des Mietwohngrundstücks bei S als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abziehbare Versorgungsleistungen, da S mit dem Verkaufserlös zeitnah eine existenzsichernde und ausreichend ertragbringende Wirtschaftseinheit erworben hat. Demzufolge muss V die

wiederkehrenden Leistungen auch weiterhin als Einkünfte i. S. des § 22 Nr. 1 EStG versteuern. Die Veräußerung des Mietwohngrundstücks durch S führt nicht zu einem privaten Veräußerungsgeschäft i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, denn zwischen der maßgeblichen Anschaffung durch den Rechtsvorgänger V und der Veräußerung durch S liegt ein Zeitraum von mehr als zehn Jahren. Soweit die Anschaffungskosten des erworbenen Grundstücks auf das Gebäude entfallen, steht S eine AfA im Rahmen seiner Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu.

- 32 Die Einbringung des übernommenen Vermögens in eine Kapital- oder Personengesellschaft i. S. der §§ 20, 24 UmwStG gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen bzw. -rechten stellt keine nachträgliche Umschichtung i. S. der Rz. 28 dar. Dies gilt auch für die formwechselnde Umwandlung, Verschmelzung oder Realteilung von Personengesellschaften. Eine Umschichtung liegt dagegen vor, wenn die dabei erworbenen Anteile oder Wirtschaftsgüter veräußert werden.

- 33 Hat der Übergeber Wertpapiere oder vergleichbare Kapitalforderungen mit Endfälligkeit auf den Übernehmer übertragen, endet der sachliche Zusammenhang der wiederkehrenden Leistungen mit der Vermögensübergabe im Zeitpunkt der Fälligkeit, es sei denn, der Übernehmer erwirbt zeitnah nach Fälligkeit eine existenzsichernde und ausreichend ertragbringende Wirtschaftseinheit (vgl. Rz. 10 und 19) oder es liegen die Voraussetzungen der Rz. 30 vor (Teilumschichtung).

5. Wiederkehrende Leistungen auf die Lebenszeit des Empfängers

- 34 Versorgungsleistungen sind regelmäßig nur wiederkehrende Leistungen auf die Lebenszeit des Empfängers (vgl. Rz. 36). Wiederkehrende Leistungen auf eine Höchstzeit (sog. abgekürzte Leibrenten oder dauernde Lasten) sind dagegen nur ausnahmsweise Versorgungsleistungen (vgl. Rz. 58).

6. Empfänger des Vermögens

- 35 Empfänger des Vermögens können die Abkömmlinge und grundsätzlich auch gesetzlich erbberechtigte entfernte Verwandte des Übergebers sein (vgl. BFH, Urteil vom 16.12.1993, BStBl 1996 II, 669). Hat der Übernehmer aufgrund besonderer persönlicher Beziehungen zum Übergeber ein persönliches Interesse an der lebenslangen angemessenen Versorgung des Übergebers oder sind die Vertragsbedingungen allein nach dem Versorgungsbedürfnis des Übergebers und der Leistungsfähigkeit des Übernehmers vereinbart worden, können auch nahe stehende Dritte (z. B. Schwiegerkinder, Neffen und Nichten) und ausnahmsweise auch familienfremde Dritte Empfänger des Vermögens sein (vgl. BFH, Urteil vom 16.12.1997, BStBl 1998 II, 718).

7. Empfänger der Versorgungsleistungen

- 36 Als Empfänger der Versorgungsleistungen kommen in erster Linie der Übergeber, dessen Ehegatte und die gesetzlich erb- und pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge des Übergebers (vgl. BFH-Urteile vom 27.2.1992, BStBl II, 612, und vom 26.11.2003, BStBl 2004 II, 820) sowie der Lebenspartner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft in Betracht. Sind Empfänger der wiederkehrenden Leistungen die Geschwister des

Übernehmers, besteht die widerlegbare Vermutung, dass diese nicht versorgt, sondern gleichgestellt werden sollen (vgl. BFH, Urteil vom 20.10.1999, BStBl 2000 II, 602). Nicht zum Generationennachfolge-Verband gehörende Personen (z. B. die langjährige Haushälterin, der Lebensgefährte/die Lebensgefährtin, Mitarbeiter im Betrieb) können nicht Empfänger von Versorgungsleistungen sein (vgl. BFH, Urteil vom 26.11.2003, a. a. O.). Empfänger von Versorgungsleistungen können auch die Eltern des Übergebers sein, wenn der Übergeber das übergebene Vermögen seinerseits von den Eltern im Wege der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen erhalten hat (BFH, Urteil vom 23.1.1997, BStBl II, 458).

8. Anforderungen an den Versorgungsvertrag

- 37 Die steuerrechtliche Anerkennung des Übergabevertrags setzt voraus, dass die gegenseitigen Rechte und Pflichten klar und eindeutig sowie rechtswirksam vereinbart und ernsthaft gewollt sind und die Leistungen wie vereinbart tatsächlich erbracht werden. Als wesentlicher Inhalt des Übergabevertrags müssen der Umfang des übertragenen Vermögens, die Höhe der Versorgungsleistungen und die Art und Weise der Zahlung vereinbart sein (BFH, Urteil vom 15.7.1992, BStBl II, 1020). **Machen die Parteien eines Versorgungsvertrages von einer vereinbarten Wertsicherungsklausel keinen Gebrauch, lässt dies für sich allein noch keinen zwingenden Schluss auf das Fehlen des Rechtsbindungswillens zu; die Abweichung vom Vereinbarten kann aber im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung von Bedeutung sein (BFH, Urteil vom 3.3.2004, BStBl II, 826). Zu den Anforderungen an den Versorgungsvertrag im Falle der Übergabe ertraglosen Vermögens vgl. Rz. 13 und 14.**
- 38 Die Vereinbarungen müssen zu Beginn des durch den Übergabevertrag begründeten Rechtsverhältnisses oder bei Änderung dieses Verhältnisses für die Zukunft getroffen werden. Änderungen der Versorgungsleistungen sind steuerrechtlich nur anzuerkennen, wenn sie durch ein in der Regel langfristig verändertes Versorgungsbedürfnis des Berechtigten und/oder die veränderte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verpflichteten veranlasst sind (BFH, Urteil vom 15.7.1992, BStBl II, 1020). Rückwirkende Vereinbarungen sind steuerrechtlich nicht anzuerkennen, es sei denn, die Rückbeziehung ist nur von kurzer Zeit und hat lediglich technische Bedeutung (BFH-Urteile vom 21.5.1987, BStBl II, 710, und vom 29.11.1988, BStBl 1989 II, 281).
- 39 Werden die auf der Grundlage eines Vermögensübergabevertrags geschuldeten Versorgungsleistungen ohne Änderung der Verhältnisse, also willkürlich nicht mehr erbracht, sind sie steuerrechtlich nicht anzuerkennen, auch wenn die vereinbarten Zahlungen später wieder aufgenommen werden. Rz. 37 und 38 bleiben unberührt.

[...]

D. Anwendungsregelung

- 65 Vorstehende Regelungen sind grundsätzlich in allen noch offenen Fällen anzuwenden. Die Regelungen in den BMF-Schreiben vom 23.12.1996 (BStBl I, 1508) – geändert durch BMF-Schreiben vom 31.12.1997 (BStBl 1998 I, 21) und vom 30.10.1998 (BStBl I, 1417) – sowie vom **26.8.2002 (BStBl I, 893) und vom 8.1.2004 (BStBl I, 191)** sind grundsätzlich nicht mehr anzuwenden.

- 66 Bei Übertragung von unbebauten Grundstücken ist Rz. 12 nicht anzuwenden, wenn die Vermögensübertragung vor dem 1.1.1997 rechtswirksam geworden ist und der Übergeber und der Übernehmer übereinstimmend an der bisherigen steuerrechtlichen Behandlung festhalten. In Fällen des Totalnießbrauchs tritt an die Stelle des 1.1.1997 der 30.9.1992.
- 67 Wird das übernommene Vermögen auf Grund eines vor dem 1.11.2002 abgeschlossenen obligatorischen Vertrags auf einen Dritten übertragen, sind die Grundsätze der Rz. 21 in der Fassung des BMF-Schreibens vom 23.12.1996 (BStBl I, 1508) weiter anzuwenden, wenn der Übergeber und der Übernehmer übereinstimmend an der bisherigen steuerrechtlichen Beurteilung festhalten.
- 68 **Wird das übernommene Vermögen auf Grund eines vor dem *** (Erster des Monats, der der Veröffentlichung im BStBl folgt) abgeschlossenen obligatorischen Vertrags auf einen Dritten übertragen, sind die Grundsätze der Rz. 21 bis 21.13 in der Fassung des BMF-Schreibens vom 26.8.2002 (BStBl I, 893) weiter anzuwenden, wenn der Übergeber und der Übernehmer übereinstimmend an der bisherigen steuerrechtlichen Beurteilung festhalten.**
- 69 Die Grundsätze der Rz. 22 und 51 in der Fassung des BMF-Schreibens vom 23. Dezember 1996 (BStBl I, 1508) sind weiter anzuwenden, wenn die obligatorischen Verträge vor dem 1.11.2002 abgeschlossen worden sind und der Übergeber und der Übernehmer übereinstimmend an der bisherigen steuerrechtlichen Beurteilung festhalten.
- 70 Auf Antrag der Steuerpflichtigen ist die Rz. 59 nicht anzuwenden, wenn die Vermögensübertragung vor dem 31.3.1997 rechtswirksam geworden ist und Berechtigter und Verpflichteter übereinstimmend an der bisherigen steuerrechtlichen Beurteilung festhalten.
- 71 Vor dem 1.1.1997 im Rahmen der Übergabe einer existenzsichernden und ausreichend ertragbringenden Wirtschaftseinheit nicht ausdrücklich als unabänderbar vereinbarte wiederkehrende Leistungen sind entgegen Rz. 47 weiterhin als Leibrenten zu behandeln, wenn dies dem Willen der Vertragsparteien entspricht.
- 72 Nutzt der Steuerpflichtige das übertragene Vermögen nicht zur Einkünfteerzielung, sind die Rz. 52 und 54 erstmals ab dem Veranlagungszeitraum 1997 anzuwenden.
- 73 Nutzt der Steuerpflichtige das übertragene Vermögen zur Einkünfteerzielung, sind abweichend von den Rz. 52 und 54 dauernde Lasten, die auf Grund einer vor dem 1.3.1995 begründeten Verpflichtung erbracht werden, in voller Höhe als Werbungskosten nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG abzuziehen, soweit ihr Wert den Wert der Gegenleistung übersteigt.
- 74 **Bei Übertragung einer existenzsichernden und ihrem Wesen nach ertragbringenden Wirtschaftseinheit i. S. der Rz. 8 des BMF-Schreibens vom 26.8.2002 (BStBl I, 893) ohne ausreichende Erträge sind die Grundsätze der Rz. 6 Satz 2, 17 bis 19, 38 und 39 des BMF-Schreibens vom 26.8.2002 (BStBl I, 893) weiter anzuwenden, wenn das Vermögen aufgrund eines vor dem *** (Erster des Monats, der der Veröffentlichung im BStBl folgt) abgeschlossenen obligatorischen Vertrags übertragen worden ist und wenn der Übergeber**

und der Übernehmer übereinstimmend an der bisherigen steuerrechtlichen Beurteilung festhalten. An die einmal getroffene Entscheidung sind die Beteiligten für die Zukunft gebunden.

- 75 Rz. 10 und 13 des BMF-Schreibens vom 26.8.2002 (BStBl I, 893) sind weiter anzuwenden, wenn das Vermögen aufgrund eines vor dem *** (Erster des Monats, der der Veröffentlichung im BStBl folgt) abgeschlossenen obligatorischen Vertrags übertragen worden ist und wenn der Übergeber und der Übernehmer übereinstimmend an der bisherigen steuerrechtlichen Beurteilung festhalten. An die einmal getroffene Entscheidung sind die Beteiligten für die Zukunft gebunden.

- 76 Rz. 21 Satz 3 ist nicht anzuwenden, wenn das Vermögen vor dem *** (Erster des Monats, der der Veröffentlichung im BStBl folgt) übertragen worden ist, der Übergeber und der Übernehmer entsprechend dem BMF-Schreiben vom 8.1.2004 (BStBl I, 191) übereinstimmend die Anwendung der Rechtsgrundsätze des BFH-Beschlusses vom 12.5.2003 (BStBl 2004 II, 95) beantragt haben und an diesem Antrag weiterhin festhalten. An die einmal getroffene Entscheidung sind die Beteiligten für die Zukunft gebunden.

Hinweis der Schriftleitung:

Das Schreiben wurde am 29.10.2004 in BStBl I, 922 veröffentlicht.

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Mit Wirkung vom 1.11.2004:

Notar Peter Schüßler, Fürstenfeldbruck, Bestellung zum Prüfer für die Zweite Juristische Staatsprüfung

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.1.2005:

Notar Dr. Bernhard Senft, Tegernsee

Mit Wirkung vom 4.1.2005:

Notar Dr. Helmut Stummer, München

Mit Wirkung vom 1.5.2005:

Notar Heinz Münch, Landshut

Mit Wirkung vom 1.6.2005:

Notar Prof. Dr. Peter Gantzer, München

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.11.2004:

Rehau	dem Notarassessor Dr. Jörn Heinemann (bisher in Bamberg, Notarstellen Hillmann/Dr. Eue)
-------	--

Mit Wirkung vom 15.11.2004:

Heilsbronn (in Sozietät mit Notar Peter Füller)	der Notarassessorin Dr. Kathrin Maniak (bisher in Nürnberg, Notarstellen Dr. Latinak/Regler)
---	---

Mit Wirkung vom 1.12.2004:

Ebern	dem Notarassessor Michael Ulbricht (bisher in München, Notarstelle Dr. Bohrer)
-------	---

Freising (in Sozietät mit Notar Hermann Schmidl)	der Notarin Marion Schmidl (bisher in Vilshofen)
--	--

Ludwigshafen (in Sozietät mit Notar Dr. Axel Wilke)	dem Notarassessor Dr. Christian Pohl (bisher in Frankenthal/Pf., Notarstellen Barth/JR Seiberth)
---	---

Mit Wirkung vom 1.1.2005:

Tegernsee	dem Notar Dr. Gerrit Brachvogel (bisher in München)
-----------	---

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.11.2004:

Brigitte Bauer, Weilheim (Notarstelle Döbereiner)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Ulrich Feierlein, Würzburg (Notarstellen Friederich/Dr. Limmer), wurde mit Wirkung vom 24.5.2004 promoviert.

Notarassessor Alban Bruch, Bischofsheim a. d. Rhön (Notarstelle Koch), wurde mit Wirkung vom 3.11.2004 promoviert.

Notarassessor Johannes Hofer, Prien am Chiemsee (Notarstellen Dr. v. Daumiller/Dr. Rieger), wurde auf sein Verlangen mit Ablauf des 31.12.2004 aus dem notariellen Anwärterdienst des Freistaates Bayern entlassen.

Notarassessorin Monika Endt, Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer), ab 1.10.2004 in München (Notarkasse A. d. ö. R.)

Notarassessor Michael Pich, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz), ab 5.10.2004 in München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Notarassessor Helmut Hutterer, Altdorf b. Nbg. (Notarstellen Kirchner/Dr. Thiele), ab 1.11.2004 in München (Notarstellen Dr. Asam/Thiede)

Notarassessor Florian Kroier, Heilsbronn (Notarstelle Füller), ab 8.11.2004 in Fürth (Notarstelle Angermaier)

Notarassessor Tobias Greiner, Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber/Schmidl), ab 15.11.2004 in München (Notarstellen Dr. Stummer/Dr. Schalkhaußer)

Notarassessor Philipp Hruschka, München (Notarstelle Dr. Karl), ab 1.12.2004 in Starnberg (Notarstelle Dr. Wufka)

Notarassessor Michael Grob, Memmingen (Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer, ab 1.12.2004 in München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Notarassessor Till Franzmann, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter), ab 1.3.2005 in München (Notarstelle Dr. Schaub)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Günther Weikert, Mühldorf a. Inn (Notarstellen Buchmaier/Weishäupl), ab 1.11.2004 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Augsburg, Notarstellen Hösle/Dr. Grafberger, neue Telefonnummer: 0821 343463-0, Fax: 0821 34346363, E-Mail: info@notare-hoesle-grafberger.de

München, Notarstellen Prof. Dr. Reinhold Geimer/Dr. Rüdiger Graf von Stosch, neue Telefonnummer: 089 242138-0

Karlstadt, Notarstelle Dr. Keßler, E-Mail: notar-dr-kessler@t-online.de

Ludwigsstadt, Notarstelle Rosendorfer, E-Mail: notarin.rosendorfer@t-online.de

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, mittbaynot@notarkasse.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. Praktikertagung zum Bauträgervertrag (Basty)
15.1.2005 in Kassel
2. Die GmbH in der notariellen Praxis (Schaub)
22.1.2005 in Frankfurt
3. Intensivkurs Erbrecht – erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Grundzüge und Probleme des Pflichtteilsrechts und vorbereitende Erbfolgemeasures (Frenz, Kössinger, Nieder)
27.–29.1.2005 in Wiesbaden
4. Aktuelles Steuerrecht für Notare (Koch, Spiegelberger)
12.2.2005 in Frankfurt
5. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung (2004/2005) (Amann, Hertel)
18.2.2005 in Bochum
19.2.2005 in Homburg/Saar
25.2.2005 in Berlin
26.2.2005 in Kiel
6. Grundstückserwerb und Immobiliengesellschaft (Heckschen, Spiegelberger, Viskorf)
25.2.2005 in Köln
7. Dritte Gesellschaftsrechtliche Jahrestagung (Crezelius, Mayer, Priester, Raupach, Röhrich)
4.–5.3.2005 in Hamburg
8. Intensivkurs Überlassungsvertrag (Amann, Mayer)
11.–12.3.2005 in Bremen

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen 1/2005

1. Bayerisches Staatsministerium der Justiz (Hrsg.): Vorsorge für Unfall, Krankheit und Alter. 7. Aufl., Beck, 2004. 40 S., 3,90 €
2. Damrau: Erbrecht. Handkommentar. Nomos, 2004. 2125 S., 98 €
3. Doyé/Neuhaus: Gesellschaftsvertrag der GmbH. RWS, 2004. 159 S., 32 €
4. Driehaus: Erschließungs- und Ausbaubeiträge. 7., neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 1059 S., 64 €
5. Eidenmüller: Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht. Beck, 2004. 394 S., 72 €
6. Eigner: Die Beschränkung der persönlichen Gesellschafterhaftung bei Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft. O. Schmidt, 2004. 385 S., 59,80 €
7. Evangelisches Siedlungswerk in Deutschland (Hrsg.): Bauträgervertrag, Teilungsordnung und Gemeinschaftsordnung. O. Schmidt, 2004. 278 S., 39,80 €
8. Eylmann/Vaasen: Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz. 2. Aufl., Beck, 2004. 1551 S., 128 €
9. Filzek: Notarkosten-ABC. 6., akt. u. erw. Aufl., Filzek, 2004. 175 S., 19,50 €
10. Goette: Kapitalaufbringung und Kapitalschutz in der GmbH. Beck, 2004. 111 S., 29 €
11. Grundmann: Europäisches Gesellschaftsrecht. C. F. Müller, 2004. 557 S., 98 €
12. Hammer: Elternvereinbarungen im Sorge- und Umgangsrecht. Giesecking, 2004. 347 S., 74 €
13. Hußmann: Elternunterhalt. Beck, 2004. 85 S., 24 €
14. Kamanabrou: Vertragliche Anpassungsklauseln. Beck, 2004. 422 S., 89 €
15. Keßler (Hrsg.): Handbuch des GmbH-Konzerns. NWB 2004. 546 S., 78 €
16. Luthin (Hrsg.): Handbuch des Unterhaltsrechts. 10., überarb. Aufl., Vahlen, 2004. 639 S., 78 €
17. Lutter (Hrsg.): Umwandlungsgesetz. 3., neu bearb. u. erw. Aufl., O. Schmidt, 2004. 3381 S. in 2 Bänden, 198 €
18. Märkle/Alber: Der Verein im Zivil- und Steuerrecht. 11., neu bearb. Aufl., Boorberg, 2004. 491 S., 49,50 €
19. Milatz/Kemcke/Schütz: Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht. Verlag Recht und Wirtschaft, 2004. 196 S., 49 €
20. Niedenführ/Schulze: WEG. 7., neu bearb. Aufl., C. F. Müller, 2004. 1228 S. + Diskette, 89 €
21. Rixen/Reinecke: Casebook Patientenverfügung. Springer, 2004. 198 S., 24,95 €
22. Schnapp: Stilfibel für Juristen. LIT, 2004. 19,90 €
23. Schwab: Handbuch des Scheidungsrechts. 5., neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 1922 S., 138 €
24. Stöber: Handbuch zum Vereinsrecht. 9., neu bearb. Aufl., O. Schmidt, 2004. 693 S., 72,80 €
25. Sudhoff: Familienunternehmen. 2., völlig neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 934 S., 98 €
26. Wagner/Rux: Die GmbH & Co. KG. 10., erg. u. akt. Aufl., Haufe, 2004. 558 S. + CD-ROM, 89 €
27. Wegmann: Ehegattentestament und Erbvertrag. 3., neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 185 S. + CD-ROM, 16 €
28. Weingärtner: Das notarielle Verwahrungsgeschäft. 2., neu bearb. u. erw. Aufl., Heymanns, 2004. 233 S., 34 €
29. Weitnauer: Wohnungseigentumsgesetz. 9., wesentl. erg. u. erw. Aufl., Vahlen, 2004. 989 S., 76 €
30. Wiedemann: Gesellschaftsrecht. Band II: Recht der Personengesellschaften. Beck, 2004. 979 S., 78 €
31. Wöhrmann: Das Landwirtschaftserbrecht. 8., neu bearb. Aufl., Luchterhand, 2004. 780 S., 139 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F