

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Notare

Dr. Hermann Amann,
Berchtesgaden

Dr. Johann Frank, Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Dr. Dieter Mayer, München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,
Passau

Dr. Hans Wolfsteiner, München

Schriftleiter:

Notarassessor

Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M.

Neu unter
www.notare.bayern.de
(„Notare intern“):

- Vertrag über die Bestellung eines eigentumsähnlichen Dauerwohnrechts

Aus dem Inhalt

Seite

Abhandlungen

- Kindler*, Immobilienerwerb in Italien 265
- Drasch*, Notariat und Niederlassungs-/Dienstleistungsfreiheit 280

Rechtsprechung

- Zum Erfordernis richterlicher Überprüfbarkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsentscheidungen (BVerfG) 311
- Ergänzende Vertragsauslegung bei Grundstückskauf (BGH) 316
- Hypothek zur Absicherung einer Forderung aus Wahlschuldverhältnis (BayObLG) 320
- Entziehung des Wohnungseigentums (OLG Düsseldorf) 322
- Realteilung eines in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstückes (OLG Frankfurt/M.) 323
- Zeitanteilige Kürzung des Versorgungsausgleiches (OLG Bamberg) 324
- Eintragung der Gestattung des Selbstkontrahierens bei GmbH & Co. KG (BayObLG) 330
- Vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung bei Grundschuld (LG Saarbrücken) 334
- Geschäftswert bei Rückauflassungsvormerkung (BayObLG) 336
- Einkünftezurechnung bei Erbauseinandersetzung (BFH) 339

Inhaltsübersicht

	Seite
Abhandlungen	
<i>Kindler</i> , Immobilienerwerb in Italien	265
<i>Drasch</i> , Notariat und Niederlassungs-/Dienstleistungsfreiheit	280
Kurze Beiträge	
<i>Selbherr</i> , Zeitliche Grenzen der Einzelermächtigung von Genossenschaftsverbänden	286
<i>Hayler</i> , Die Drittwirkung ehebedingter Zuwendungen	290
<i>Volmer</i> , Geldwäsche – Auswirkungen des neuen Richtlinienentwurfs	295
<i>Knapp</i> , Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) und seine Bedeutung für die Anwaltschaft – 22. Tagung der Europäischen Anwaltsvereinigung DACH	299
Buchbesprechungen	
Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, Städtebauliche Verträge (<i>Grziwotz</i>)	302
Brambring, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten (<i>Grziwotz</i>)	302
Demharter, Grundbuchordnung (<i>Frank</i>)	303
Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht (<i>Steinbauer</i>)	304
Jeep, Ehegattenzuwendungen im Zugewinnausgleich (<i>Steinbauer</i>)	305
Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis (<i>Heller</i>)	305
Littig/Mayer, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten (<i>Krauβ</i>)	306
Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen (<i>Wälzholz</i>)	309
Strangmeier, Internetpräsenz für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer – Professioneller Auftritt, Recherche und Kommunikation, Berufsrechtliche Aspekte (<i>Benesch</i>)	310
Rechtsprechung	
Bürgerliches Recht	
<i>Allgemeines</i>	
1. Zum Erfordernis richterlicher Überprüfbarkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsentscheidungen (BVerfG, Beschluss vom 18.1.2000 – 1 BvR 321/96 –)	311
2. Heilung bei formnichtigen Kaufvertrag über mehrere Grundstücke (BGH, Urteil vom 7.4.2000 – V ZR 83/99 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	314
3. Formbedürftigkeit einer Verrechnungsabrede (BGH, Urteil vom 17.3.2000 – V ZR 362/98 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	314
4. Annahme eines Angebotes auf Forderungsabtretung (BGH, Urteil vom 12.10.1999 – XI ZR 24/99 –)	314

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
5. Ergänzende Vertragsauslegung bei Grundstückskauf (BGH, Versäumnisurteil vom 18.2.2000 – V ZR 334/98 –) mit Anmerkung <i>Grziwotz</i>	316 316
6. Angabe der Grundstücksgröße als Eigenschaftszusicherung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 8.5.2000 – 9 U 192/99 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	318
<i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
7. Löschung von Sondernutzungsrechten (BayObLG, Beschluss vom 30.3.2000 – 2Z BR 18/00 –)	318
8. Vereinigung von Wohnungseigentum (BayObLG, Beschluss vom 23.3.00 – 2Z BR 167/99 –)	319
9. Hypothek zur Absicherung einer Forderung aus Wahlschuldverhältnis (BayObLG, Beschluss vom 2.3.2000 – 2Z BR 183/99 –)	320
10. Verlegung der Ausübungsstelle einer Dienstbarkeit (OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.4.2000 – 9 U 176/99 –)	321
11. Entziehung des Wohnungseigentums (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.3.2000 – 3 Wx 77/00 –)	322
12. Realteilung eines in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstückes (OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 1.10.1999 – 20 W 211/97 –)	323
13. Nachträgliche Verfügungsbeschränkung bei Teilungserklärung (LG Leipzig, Beschluss vom 13.1.2000 – 14 T 2901/99 –)	324
<i>Familienrecht</i>	
14. Zeitanteilige Kürzung des Versorgungsausgleiches (OLG Bamberg, Beschluss vom 22.7.1999 – 7 UF 96/99 –)	324
<i>Erbrecht</i>	
15. Zur dinglichen Surrogation bei Erwerb mit Mitteln der Erbschaft BGH, Urteil vom 29.9.1999 – IV ZR 269/98 – mit Anmerkung <i>J. Mayer</i>	325 326
16. Löschung Nacherbenvermerk wegen Unrichtigkeit (BayObLG, Beschluss vom 2.3.2000 – 2Z BR 144/99 –)	328
Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht	
17. Eintragung der Gestattung des Selbstkontrahierens bei GmbH & Co. KG (BayObLG, Beschluss vom 7.4.2000 – 3Z BR 77/00 –)	330
18. Firmenfortführung durch Kommanditisten nach Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile (BayObLG, Beschluss vom 10.3.2000 – 3Z BR 385/99 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	331
19. Auslegung von Registeranmeldungen; Beschwerderecht des Notars (BayObLG, Beschluss vom 16.2.2000 – 3Z BR 389/99 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	331
20. Zur Angabe der Firma bei Namenszeichnung für GmbH & Co. KG (OLG Köln, Beschluss vom 7.4.2000 – 2 Wx 16/00 –)	331
21. Zur Irreführung bei Namensfirma (LG Passau, Beschluss vom 30.3.2000 – 1HK T 84/99 –)	332
22. Zulässigkeit einer namensähnlichen Phantasiefirma (LG Landshut, Beschluss vom 15.3.2000 – 2HK T 133/00 –)	333

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht	
23. Vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung bei Grundschuld (LG Saarbrücken, Beschluss vom 4.2.2000 – 5 T 73/00 –)	334
Kostenrecht	
24. Bewertung eines Mietrechts (BayObLG, Beschluss vom 23.5.2000 – 3Z BR 61/00 –)	335
25. Geschäftswert bei Rückkaufassungsvormerkung (BayObLG, Beschluss vom 19.1.2000 – 3Z BR 380/99 –)	336
26. Geschäftswert der Anmeldung mehrerer Veränderungen bei GmbH-Geschäftsführern (BayObLG, Beschluss vom 21.3.2000 – 1 W 8921/98 – und – 1 W 8922/98 –)	338
Steuerrecht	
27. Einkünftezurechnung bei Erbauseinandersetzung (BFH, Urteil vom 4.5.2000 – IV R 10/99 –)	339
28. Umsatzsteuerpflicht der Übertragung von Architektenleistungen (BFH, Urteil vom 24.2.2000 – V R 89/98 –) <i>(nur Leitsatz)</i>	343
29. Einkünfteerzielungsabsicht bei Wiederverkaufsgarantie (BFH, Urteil vom 14.9.1999 – IX R 59/96 –)	343
Hinweise für die Praxis	
1. Umsatzsteuer: Geschäftsveräußerung beim Verkauf von mehreren vermieteten Grundstücken (OFD Karlsruhe, USt-Kartei S 7100b; § 1 Abs. 1a UStG; vom 31.8.1999)	344
2. Ständiges Deutsches Schiedsgericht für Wohnungseigentum: Sitzverlegung von Leipzig nach Berlin	344
Standesnachrichten	345
Sonstiges	III
Veranstaltungen	III
Neuerscheinungen	IV

Immobilienwerb in Italien

Von Professor *Dr. Peter Kindler*, Ruhr-Universität Bochum*

I. Der Erwerb des Grundeigentums

1. Arten des Grundeigentums¹

Das italienische Zivilrecht kennt neben dem Volleigentum einer Einzelperson am unbeweglichen Vermögen noch drei weitere Sonderformen des Grundeigentums: das Miteigentum, das Stockwerks- und Wohnungseigentum, das Teilzeitwohnrecht.

a) Volleigentum der Einzelperson

Nach der Grundnorm in Art. 832 c.c. vermittelt das Eigentum dem Berechtigten ein umfassendes Nutzungs- und Verfügungsrecht an der Sache einschließlich der Befugnis, andere von jeder Nutzung auszuschließen. Wie § 903 BGB macht aber auch Art. 832 c.c. deutlich, dass die Befugnisse des Eigentümers nur in den Grenzen der Rechtsordnung bestehen. Darüber hinaus verlangt Art. 833 c.c. vom Eigentümer die Rücksichtnahme auf die Interessen Dritter. Daher sind Handlungen untersagt, die keinen anderen Zweck haben, als andere zu schädigen oder zu belästigen. Die wichtigsten Ansprüche aus Eigentum gehen auf Herausgabe der Sache (*azione di rivendicazione*, Art. 948 c.c.) und die Beseitigung von Beeinträchtigungen, wozu auch Behauptungen Dritter rechnen, an der Sache ein Recht zu haben (*azione negatoria*, Art. 949 c.c.).²

b) Miteigentum (*comproprietà*)³

Das Miteigentum an Sachen ist der wichtigste Fall der in Art. 1100-1116 c.c. ausführlich geregelten Rechtsgemeinschaft (*comunione*). Die Miteigentümer haben nur einen ideellen Anteil an dem sich auf die ganze Sache beziehenden Eigentumsrecht. Dies zeigt sich hauptsächlich darin, dass der Einzelne die Realteilung der Sache nur verlangen kann, wenn dies praktisch möglich ist (Art. 1112-1114 c.c.). Über seinen

ideellen Anteil kann der Gemeinschaftler jederzeit ohne Zustimmung der anderen Gemeinschaftler verfügen, nicht aber über die Sache selbst (Art. 1103 Abs. 1, 1103 Abs. 3 c.c.).⁴ Die „*comunione*“ ist auf Auseinandersetzung angelegt; jeder Gemeinschaftler kann jederzeit die Auflösung der Gemeinschaft verlangen (Art. 1111 Abs. 1 c.c.). Diese Regelung trägt der Tatsache Rechnung, dass das Miteigentum häufig ohne den Willen der Beteiligten kraft Gesetzes entsteht, z.B. bei Verbindung oder Vermischung von Sachen (Art. 939 Abs. 1 c.c.). Eine abschließende Sonderregelung für die im gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft („*comunione legale*“) begründete Miteigentümerstellung der Ehegatten enthalten die Art. 177 ff. c.c.⁵ Ein gemeinschaftlicher rechtsgeschäftlicher Erwerb von Grundeigentum kommt in der Praxis nur dann in Betracht, wenn für alle Beteiligten die Auflösung der Gemeinschaft spätestens in zehn Jahren akzeptabel ist. Nach Art. 1111 Abs. 2 c.c. kann das Auflösungsrecht des Gemeinschaftlers nicht für einen längeren Zeitraum als zehn Jahre ausgeschlossen werden.⁶

c) Stockwerks- und Wohnungseigentum (*condominio negli edifici*)⁷

Das Zivilgesetzbuch regelt das Stockwerks- und Wohnungseigentum als Unterfall der soeben dargestellten Rechtsgemeinschaft (Art. 1117-1139 c.c.). Es ist als Kombination von Sondereigentum an Räumen (*proprietà esclusiva*) und Miteigentum am Gesamtbau (*proprietà comune*) ausgestaltet. Miteigentum besteht gem. Art. 1117 c.c. u.a. an Grund und Boden, den Fundamenten, der Hauptmauer, dem Dach, den Treppen, den Höfen sowie im allgemeinen an allen Bauten und Einrichtungen, die der gemeinschaftlichen Nutzung des Gebäudes dienen. Abweichend vom allgemeinen Prinzip des Art. 1111 Abs. 1 c.c. (soeben b) ist eine Auseinandersetzung dieser Zwangsgemeinschaft ausgeschlossen, da die davon betroffenen Gegenstände der Nutzung des Gebäudes durch alle Miteigentümer dienen (Art. 1119 c.c.). Im Übrigen ergibt sich

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag der Verfassers auf dem 9. DAI-Symposium zum Internationalen Privatrecht am 19.5.2000 in München.

¹ Nachweise: Rep. Foro it., Stichwort „*proprietà*“; Rep. giur. it., Stichwort „*proprietà e confini*“.

² Kindler, Einführung in das italienische Recht, 1993, § 13 Rdnr. 6.

³ Nachweise: Rep. Foro it., Stichwort „*comunione e condominio*“, „*divisione*“; Rep. giur. it., Stichwort „*comunione e condominio*“, „*divisione*“; v. Lutterotti, Festschr. f. Schippel, 1996, S. 933 ff.

⁴ Ausführlich G. Trabucchi, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Italien, in: Schönhofer/Böhner (Hrsg.), Haus- und Grundbesitz im Ausland, Stand: Mai 1982, Abschnitt 2.2.2 (S. 12 ff.).

⁵ Kindler (o. Fußn. 2), § 11 Rdnr. 17 ff.

⁶ Vgl. v. Lutterotti, Festschr. f. Schippel, 1996, S. 933 (934 f.).

⁷ Hierzu G. Trabucchi (o. Fußn. 4), Abschnitt 10 (S. 89 ff.); Reichel, Ferienimmobilien in Italien, 2. Aufl. 1999, S. 82 ff.

die Abgrenzung von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum aus der Teilungserklärung („atto dell'originario frazionamento della proprietà“), hilfsweise aus Art. 1117 c.c.⁸ Besteht die Gemeinschaft aus mehr als zehn Wohnungseinheiten, so ist das Verhältnis der Eigentümer zueinander in einer Gemeinschaftsordnung (regolamento di condominio) zu regeln. Dort finden sich insbesondere Bestimmungen über den Gebrauch der im Gemeinschaftseigentum stehenden Gegenstände, über die Kostentragung sowie die Pflege und Verwaltung des Gebäudes (Art. 1138 Abs. 1 c.c.). In der Praxis wird durch den Bauunternehmer, der das Gebäude errichtet, auch die Gemeinschaftsordnung erstellt und beim Verkauf der Wohnungen dem Vertrag beigelegt. Da der Kaufvertrag Bezug auf die Gemeinschaftsordnung nimmt, unterwirft sich der Käufer mit Kaufabschluss auch der Gemeinschaftsordnung.

Anders als z. B. im französischen Recht⁹ ist die Eigentümergemeinschaft im italienischen Recht nicht mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet.¹⁰ Als Organe fungieren die Eigentümerversammlung (assemblea dei condomini, Art. 1135-1137 c.c.) und der Verwalter (amministratore), dem gewisse Mindestvertretungsbefugnisse zustehen (Art. 1131, 1138 Abs. 4 c.c.).

d) Teilzeitwohnrecht

Mit der Gesetzesverordnung Nr. 427 vom 9.11.1998 hat Italien die EG-Richtlinie über Teilzeitnutzungsrechte an Immobilien (Timesharing-Richtlinie) vom 26.10.1994¹¹ umgesetzt.¹² Die Gesetzesverordnung besteht als Sondergesetz außerhalb des Zivilgesetzbuches. Sie erfasst Verträge mit einer Laufzeit von mindestens drei Jahren, mit denen gegen Zahlung eines Gesamtpreises (prezzo globale) ein dingliches Recht (diritto reale) oder ein anderes Recht zur Nutzung einer Wohnimmobilie übertragen oder begründet wird (Art. 1 lit. a). Dabei muss der Veräußerer zu gewerblichen Zwecken handeln, der Erwerber zu privaten Zwecken (Art. 1 lit. b, c).

Dem Erwerber muss ein Informationsprospekt (documento informativo) mit einem bestimmten Mindestinhalt ausgehändigt werden (Art. 2). Aus Transparenzgründen darf für die zum Erwerb angebotene Rechtsstellung der schon bisher vielfach verwendete Begriff „multiproprietà“ nur dann verwendet werden, wenn Vertragsgegenstand ein dingliches Recht ist (Art. 4 Abs. 1).

Der Erwerber wird ferner durch ein Rücktrittsrecht (Art. 5), das Anzahlungsverbot (Art. 6) und eine Fertigstellungsbürgschaft (Art. 7) geschützt. Die Schutzbestimmungen der Gesetzesverordnung Nr. 427/1998 finden immer dann Anwendung, wenn die vertragsgegenständliche Immobilie in Italien belegen ist; eine hiervon abweichende Rechtswahl der Parteien ist unbeachtlich (Art. 11).¹³

⁸ Näher *Kindler* (o. Fußn. 2), § 13 Rdnr. 9.

⁹ *Hübner/Constantinescu*, Einführung in das französische Recht, 4. Aufl. 1994, § 24, 5.

¹⁰ Nachweise bei *Kindler* (o. Fußn. 2), § 13 Rdnr. 9.

¹¹ Richtlinie 94/47/EG, ABLEG Nr. L 280/83 = NJW 1995, 375; hierzu *Mäsch*, DNotZ 1997, 180 ff. (zur Umsetzung in Deutschland) und aus italienischer Sicht *Tassoni*, I contratti 1995, 95 ff.

¹² Vgl. zur Gesetzesverordnung Nr. 427/1998 *Vicenti*, Nuove leggi civ. comm. 1999, 45 ff.

¹³ Vgl. die parallele Regelung in § 8 TzWrG; zu den Abweichungen im einzelnen *Jayme*, IPRax 1997, 233 ff.; zum früheren Recht der „multiproprietà“ in Italien vgl. *Kindler* (o. Fußn. 2), § 13 Rdnr. 10 m. Nachw.; Rep. For. it., Stichwort „proprietà“, Unterstichwort „multiproprietà“.

2. Ermittlungen im Vorfeld des Vertragsschlusses

Um sicherzustellen, dass der Käufer eine unangreifbare Rechtsstellung erwirbt, die in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung auch seinen Erwartungen entspricht, sollte der Käufer vor Vertragsschluss mindestens die folgenden Punkte zuverlässig klären:

a) Eigentumslage und Rechte Dritter

Zur Überprüfung der Eigentümerstellung des Verkäufers und der an der Immobilie bestehenden Rechte Dritter ist die Einsichtnahme in das Immobilienregister und das Grundstückskataster unbedingt zu empfehlen.¹⁴

b) Verkaufsfähigkeit der Immobilie

Beim Erwerb von unbebauten Grundstücken sind die bauplanungsrechtlichen Vorgaben des Gesetzes Nr. 47 vom 28.2.1985 zu beachten. Nach Art. 18 Abs. 2 dieses Gesetzes sind Rechtsgeschäfte unter Lebenden, die u. a. die Übertragung von dinglichen Rechten an Grundstücken zum Gegenstand haben, nichtig, wenn dem Rechtsgeschäft keine „Bescheinigung über die städtebauliche Zweckbestimmung“ (certificato di destinazione urbanistica) beiliegt. Dies gilt allerdings erst für den Abschluss des Kaufvertrages (unten 4.), nicht schon für den Abschluss des in Italien üblichen Vorvertrages (unten 3.).¹⁵

Diese Bescheinigung wird von der Gemeinde innerhalb von dreißig Tagen ab Antragstellung erlassen; sie behält für die Dauer eines Jahres Gültigkeit (Art. 18 Abs. 3). Wird die Bescheinigung innerhalb der vorgenannten Frist nicht erteilt, so kann der Verkäufer eine Selbstbescheinigung ausstellen (autocertificazione), aus der die Antragstellung, die Einhaltung der geltenden Bebauungspläne oder das Nichtvorhandensein von Bebauungsplänen hervorgeht.

Zudem ist bei unbebauten Grundstücken zu prüfen, ob landschaftsschutzrechtliche Beschränkungen bestehen (vincolo panoramico paesaggistico). Trifft dies zu, so bedarf jede Maßnahme, die das Landschaftsbild ändert, einer vorherigen besonderen Genehmigung der zuständigen Landschaftsschutzbehörde (Art. 7 des Gesetzes Nr. 1497 vom 29.6.1939).¹⁶

Kaufverträge über Gebäude oder Teile von Gebäuden sind nichtig, wenn sich nicht aus dem Vertrag selbst die Angaben über die Baugenehmigung oder die nachträgliche Genehmigung (concessione in sanatoria) oder eines darauf gerichteten Antrags (condono) ergibt. Dies folgt aus Art. 17 des Gesetzes Nr. 47 vom 28.2.1985. Der Käufer sollte deshalb darauf bestehen, dass ihm die Baugenehmigung oder die nachträgliche Genehmigung oder der Antrag auf Heilung des Baurechtsverstoßes vom Verkäufer vorgelegt wird.

Für Immobilien, die von künstlerischem oder kunstgeschichtlichem Wert sind, besteht nach dem Gesetz Nr. 1089 vom 1.6.1939 ein Vorkaufsrecht des Staates. Diese Immobilien werden von der Denkmalschutzbehörde (Soprintendenza dei monumenti) in einem besonderen Verzeichnis geführt. Unterbleibt die Mitteilung des beabsichtigten Verkaufes an die Behörde, so hat dies die Unwirksamkeit der Rechtsübertragung zur Folge. Bei entgeltlichen Veräußerungen hat der Staat

¹⁴ Zu Inhalt und Funktionsweise dieser Register vgl. unten II.

¹⁵ *Dolce/Lösch*, Jahrbuch für Italienisches Recht 6 (1993), 183 (184).

¹⁶ *Dolce/Lösch*, Jahrbuch für Italienisches Recht 6 (1993), 183 (185).

ein Vorkaufsrecht (Art. 28-31 des Gesetzes Nr. 184 vom 8.8.1939).¹⁷

c) Person des Verkäufers

Die *Geschäftsfähigkeit* einer Person beurteilt sich sowohl aus der Sicht des deutschen IPR (Art. 7 EGBGB) wie aus der Sicht des italienischen IPR (Art. 23 IPRG 1995)¹⁸ nach dem Heimatrecht der betreffenden Person. Handelt es sich hierbei um das italienische Recht, so tritt die Geschäftsfähigkeit grundsätzlich mit Vollendung des 18. Lebensjahres ein (Art. 2 c.c.).¹⁹ Ob eine Entmündigung vorliegt, kann anhand des beim Vormundschaftsgerichts geführten Vormundschaftsregisters (registro delle tutele, Art. 423 c.c. i.V.m. Art. 42, 47, 48 disp. att.) oder anhand der Geburtsurkunde (Art. 88 Ziff. 5 PersonenstandsG = r.d.l. vom 9.7.1939, Nr. 1238) nachgeprüft werden.²⁰ Ferner empfiehlt es sich, die Verfügungsbefugnis des Veräußerers positiv festzustellen. Dies erfordert zunächst Nachforschungen darüber, ob der Veräußerer verheiratet ist. Lebt der Veräußerer im gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft nach italienischem Recht und fällt das betroffene Grundstück in die Gütergemeinschaft (Art. 177 Abs. 1 c.c.), so ist die Zustimmung des anderen Ehegatten zu der Veräußerung einzuholen (Art. 184 c.c.).

Fall 1²¹:

Paolo und Giuseppina Rossi leben im Güterstand der Gütergemeinschaft nach italienischem Recht. Giuseppina veräußert ihr Hausgrundstück in Sirmione an Ulrich Spiekermann aus Hamburg. Der Kaufvertrag wird privatschriftlich abgeschlossen, was nach italienischem Recht zulässig ist. Paolo ist über den Verkauf des Hauses entsetzt. Was wird er unternehmen?

Gem. Art. 1376 c.c. (Konsensprinzip) ist das Eigentum an der verkauften Immobilie mit der Einigung zwischen Giuseppina und Ulrich auf Letzteren übergegangen. Nach Art. 180 Abs. 1 c.c. steht die Verwaltung der Gegenstände des Gemeinschaftsgutes einem jeden Ehegatten allein zu. Allerdings sind für Maßnahmen, die – wie hier – über die gewöhnliche Verwaltung hinausreichen, die Ehegatten nur gemeinsam verfügungsbefugt (Art. 180 Abs. 2 c.c.). Einen Gutglaubensschutz in Bezug darauf, dass der Verfügende ledig ist, bzw. der Mitwirkung seines Ehegatten nicht bedarf, sieht das Gesetz nicht vor. Paolo kann deshalb gem. Art. 184 c.c. gegen Ulrich die Nichtigkeitklage erheben. Die Übereignung an Ulrich ist „annullabile“, d.h. durch Gestaltungsklage vernichtbar (Einzelheiten: Art. 1444 ff. c.c.). –

Um festzustellen, ob die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft (Art. 177 ff.) leben oder im Güterstand der Gütertrennung (Art. 215 ff. c.c.), genügt ein Blick auf die Heiratsurkunde. Dort wird – am Rande – die Vereinbarung der Gütertrennung vermerkt.²²

An der Verfügungsbefugnis fehlt es auch im Falle einer Konkursöffnung über das Vermögen des Veräußerers (Art. 42 des Königl. Dekrets Nr. 267 vom 16.3.1942 Ital. KonkursO).

¹⁷ G. Trabucchi (o. Fußn. 4), Abschnitt 8.1.4 (S. 74 a ff.); *Dolce/Lösch*, Jahrbuch für Italienisches Recht 6 (1993), 183 (186 f.).

¹⁸ Vgl. *Kindler*, *RabelsZ* 61 (1997), 227 (261).

¹⁹ Zu den Ausnahmen vgl. *Kindler* (o. Fußn. 2), § 9 Rdnr. 5.

²⁰ G. Trabucchi (o. Fußn. 4), Abschnitt 3.4.1 (S. 37).

²¹ Nach LG Aurich, *NJW* 1991, 642 = *IPRax* 1991, 341 mit Anm.; *Roth*, S. 320 ff.; ausführliche Lösung bei *Kindler* (o. Fußn. 2), § 11 Rdnr. 21.

²² G. Trabucchi (o. Fußn. 4), Abschnitt 3.4.2. (S. 38).

3. Der Vorvertrag²³

Es ist in Italien weithin üblich, vor Abschluss des eigentlichen Grundstückskaufvertrages einen Vorvertrag (contratto preliminare / compromesso) abzuschließen, der die Parteien zum Abschluss eines entsprechenden Hauptvertrages zu einem späteren Zeitpunkt verpflichtet. Der Sinn des Vorvertrages besteht darin, bereits frühzeitig eine vertragliche Bindung beider Parteien herbeizuführen, ohne allerdings schon die eigentlichen kaufvertraglichen Verpflichtungen zu begründen. Hierfür kann etwa dann Anlass bestehen, wenn der Vertragsgegenstand noch nicht existiert (vendita in pianta) oder dem Verkäufer noch nicht gehört; auch besteht im Zeitraum zwischen dem Abschluss des Vorvertrags und dem Abschluss des Vertrages für den Käufer Gelegenheit, die notwendigen Feststellungen (soeben 2) zu treffen. Ferner kommt es vor, dass nur im Vorvertrag der zwischen den Parteien wirklich gewollte Kaufpreis angegeben wird, während im eigentlichen Kaufvertrag – zum Zwecke der Steuerhinterziehung – ein niedrigerer Preis enthalten ist.²⁴

a) Die Form des Vorvertrages

Nach der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung in Art. 1351 c.c. ist der Vorvertrag (contratto preliminare) nichtig, wenn er nicht in der Form abgeschlossen wurde, die das Gesetz für den Hauptvertrag (contratto definitivo) vorschreibt. Einschlägig ist damit Art. 1350 Nr. 1 c.c., wonach Grundstückskaufverträge in öffentlicher Urkunde oder – insofern abweichend von § 313 BGB – in privatschriftlicher Form abgeschlossen werden müssen. Daraus folgt, dass Vorverträge zu Grundstücksgeschäften nach italienischem Recht ohne Mitwirkung des Notars formwirksam abgeschlossen werden können.

Speziell für den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr ist von Bedeutung, dass die Formvorschrift des Art. 1351 c.c. immer dann Anwendung findet, wenn der Vorvertrag selbst dem italienischen Recht unterliegt (kraft Rechtswahl gemäß Art. 27 EGBGB²⁵ oder kraft objektiver Anknüpfung nach Art. 28 Abs. 5 EGBGB²⁶) oder weil der Vorvertrag in Italien abgeschlossen wurde (Art. 11 Abs. 1 EGBGB). Bei Distanzverträgen gelten nach Art. 11 Abs. 2 EGBGB die Formregelungen der beiden beteiligten Staaten jeweils für den ganzen Vertrag alternativ. Auf den Ort, wo der Vertragsabschluss zu lokalisieren wäre, kommt es hier nicht an.²⁷ Da das italienische materielle Recht den Abschluss privatschriftlicher Vorverträge durch Briefwechsel zulässt,²⁸ ist ein formwirksamer Vorvertrag über den Abschluss eines Grundstückskaufs nach italienischem Recht auf diesem Wege möglich.

²³ Hierzu *Rebecca/Simoni*, *Preliminari di compravendita immobiliare*, 1998; *Gazzoni*, *Il contratto preliminare*, in: *Bessone* (Hrsg.), *Trattato di diritto privato*, Turin 1998, Band IX/2; *Delle Monache u.a.*, *Nuove leggi civ. comm.* 1998, 1 ff.; *Fasciani*, *Jahrbuch für Italienisches Recht* 11 (1998), 205 ff.; *Reichel* (o. Fußn. 7), S. 40 ff.

²⁴ *Delle Monache*, *Nuove leggi civ.* 1998, 1 (7).

²⁵ Vgl. BGHZ 53, 189 (191 f.) = *NJW* 1970, 999; *MK-Martiny*, 3. Aufl. 1998, Art. 28 EGBGB Rdnr. 118.

²⁶ So die Literatur, vgl. *MK-Martiny* (o. Fußn. 25), Art. 28 EGBGB Rdnr. 102; zurückhaltend aber BGH, WM 1967, 1042 = *IPRspr.* 1966, 67 Nr. 28 und OLG Hamm, *IPRspr.* 1993 Nr. 20, S. 44 (49 f.).

²⁷ *MK-Spellenberg* (o. Fußn. 25), Art. 11 EGBGB Rdnr. 65.

²⁸ *Cian/Trabucchi/Zaccaria*, *Commentario breve al codice civile*, 5. Aufl. 1997, Art. 1351 c.c. Anm. V.1: „Il requisito della forma scritta può essere soddisfatto anche mediante più scritti non contestuali (C 72/446).“

b) Der Inhalt des Vorvertrages

Der Vorvertrag regelt im Normalfall die folgenden Punkte:²⁹

- die Bezeichnung der Vertragsparteien unter Angabe der persönlichen Daten (Geburtsdatum, Geburtsort, Anschrift, Steuer-Nr.);
- Beschreibung der Immobilie (Gemeinde, Anschrift, Lage, Stockwerk, Katasterdaten), gegebenenfalls unter Beifügung eines Plans;
- Kaufpreis und Zahlungsmodalitäten;
- Draufgabe zur Bestätigung des Vertrages („caparra confirmatoria“);
- Zeitpunkt und Modalitäten der Übergabe der Immobilie;
- Datum der Beurkundung des Hauptvertrages und Angabe des beurkundenden Notars;
- die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Überschreitung des Übergabetermins;
- Bezugnahme auf die Gemeinschaftsordnung (regolamento di condominio) beim Erwerb von Wohnungseigentum;
- Garantieerklärung des Veräußerers, dass keine hypothekarischen oder sonstigen Belastungen bestehen (andernfalls Angabe der Belastungen);
- Angaben zu einem eventuell bestehenden Mietverhältnis;
- Regelung der Kosten und Steuern im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vertrages;
- Erklärung über das Vorliegen einer Baugenehmigung;
- Bestätigung, dass keine Steuerschulden auf der Immobilie lasten.

Besonderes Augenmerk verdient die in Italien übliche Vereinbarung einer Draufgabe (caparra confirmatoria, Art. 1385 c.c.).³⁰ Hierbei wird bestimmt, dass ein Teil des Kaufpreises – meist zwischen 10 v. H. und 30 v. H. – sofort als Draufgabe an den Verkäufer zu bezahlen ist. Nach Art. 1395 Abs. 1 c.c. ist diese Draufgabe bei der Erfüllung des Vertrages zurückzugeben oder auf die geschuldete Leistung anzurechnen.³¹

Bei Nichterfüllung des Vertrags durch den Käufer, ist der Verkäufer berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten und die Draufgabe zu behalten; bei Nichterfüllung durch den Verkäufer kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten und den doppelten Betrag der Draufgabe zurückverlangen (Art. 1385 Abs. 2 c.c.).

Für die Vereinbarung einer Draufgabe reicht es aus, dass die Parteien eine im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu leistende Zahlung als Draufgabe (caparra confirmatoria) bezeichnen.³² Anerkannt ist auch, dass die Entrichtung einer Draufgabe den Beweis für den Vertragsschluss begründet.³³ Aus Abs. 1 und Abs. 2 des Art. 1385 c.c. wird die doppelte alternative Funktion der „caparra confirmatoria“ deutlich: Im Falle der vollständigen Erfüllung des Vertrages ist sie eine Teilzahlung

bzw. Vorauszahlung (Abs. 1), bei Nichterfüllung dient sie dem Schadensersatz.³⁴ Für den Fall, dass der Käufer den restlichen Kaufpreis nicht bezahlt, eröffnet die Vereinbarung einer „caparra confirmatoria“ dem Verkäufer eine dreifache Wahlmöglichkeit:³⁵

1. Der Verkäufer kann vom Vertrag zurücktreten und in diesem Fall die Draufgabe behalten;
2. der Verkäufer kann die Erfüllung des Vertrages verlangen (und den Ersatz des Verzugsschadens (Art. 1219, 1223, 1224 c.c.);
3. der Verkäufer kann die Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach allgemeinen Regeln verlangen (Art. 1453 Abs. 1 c.c.). In diesem Fall dient die Draufgabe nicht der Schadenspauschalierung, sondern als Vorauszahlung auf den vom Gericht zu bestimmenden Schadensersatzbetrag.

Die Draufgabe ist vom Reugeld (caparra penitenziale, Art. 1386 c.c.) abzugrenzen. Bei einer derartigen Vereinbarung hat der Leistende das Recht, unter Preisgabe des Geleisteten vom Vertrag zurückzutreten. Das Reugeld ist daher weder Vorauszahlung noch Schadensersatz, sondern schlicht der Preis für den Rücktrittsvorbehalt.³⁶ Für den Käufer, dem es darauf ankommt, das Eigentum an der vertragsgegenständlichen Immobilie zu erwerben, ist daher die Vereinbarung einer Draufgabe günstiger als die Vereinbarung eines Reugeldes. Nur bei Vereinbarung einer Draufgabe kann er den Abschluss und Vollzug des Kaufvertrages erzwingen.

c) Vollzug des Vorvertrages

aa) Klage auf Abschluss des Hauptvertrages

Nach Art. 2932 c.c. kann die Partei eines Vorvertrages gegen die andere Vertragspartei auf Erlass eines Urteils klagen, das die Wirkungen des verweigerten Hauptvertrages erzeugt. Da diese Regelung freilich dispositiv ist, sollte der Käufer darauf achten, dass diese Klagemöglichkeit nicht im Vorvertrag selbst ausgeschlossen wird.

Aus der Sicht des Käufers ist von Bedeutung, dass in dem Urteil auch ein niedrigerer als der vereinbarte Preis festgesetzt werden kann, wenn die Immobilie mangelhaft ist, z.B. bei Verschweigen von Belastungen.³⁷

In dem Schwebezustand zwischen dem Abschluss des Vorvertrages und dem Abschluss des Hauptvertrages kann der Verkäufer freilich im vollen Umfang über die Immobilie verfügen. Bei einer Veräußerung an einen Dritten kann der Käufer die Rückerstattung seiner Anzahlung nur gerichtlich geltend machen; bei Eintragung des Vorvertrages in das Immobilienregister (nachfolgend bb) besteht für den Rückerstattungsanspruch ein Konkursvorrecht nach Art. 2775-bis c.c.³⁸

Einen gewissen Schutz kann der Käufer dadurch erreichen, dass er seine Klage auf Abschluss des Hauptvertrages (Art. 2932 c.c.) im Immobilienregister eintragen lässt; dann

²⁹ Vgl. den Kurzüberblick bei *Reichel* (o. Fußn. 7), S. 41 f.; *Rebecca/Simoni* (o. Fußn. 23), S. 26 f. mit Vertragsmuster S. 28 ff.; vgl. auch das Vertragsmuster bei *Avanzini/Iberati/Lovato*, Formulario degli atti notarili, 15. Aufl. Turin 1998 Nr. 33.1 (S. 351).

³⁰ Vgl. Ziff. 7 des unter Ziff. VI.1 abgedruckten Vertragsmusters; näher zur „caparra confirmatoria“ *Jaymel/Gebauer*, Iprax 1994, 98 ff.

³¹ Vgl. im deutschen Recht § 337 Abs. 1 BGB.

³² Cass., 1991, n. 9478; *Cian/Trabucchi/Zaccaria* (o. Fußn. 28), Art. 1385 c.c. Anm. IV.1.

³³ Cass., 1975, n. 2380; *Cian/Trabucchi/Zaccaria* (o. Fußn. 28), Art. 1385 c.c. Anm. V.

³⁴ *Jaymel/Gebauer*, IPRax 1994, 98, 99 m. Fußn. 15.

³⁵ A. *Trabucchi*, Istituzioni di diritto civile, 37. Aufl. 1997, § 266 (S. 605).

³⁶ A. *Trabucchi* (o. Fußn. 35), § 266 (S. 606); vgl. im deutschen Recht § 359 BGB.

³⁷ Cass., 1991, n. 3806; *Cian/Trabucchi/Mantovani* (o. Fußn. 28), Art. 2932 c.c. Anm. IX.6; *Fasciani*, Jahrbuch für Italienisches Recht 11 (1998), 205 (210).

³⁸ In der Fassung des Gesetzes Nr. 30 vom 28.2.1997.

wirkt das stattgebende Urteil auf den Zeitpunkt der Eintragung zurück und verhindert so einen gutgläubigen Erwerb durch Dritte (Art. 2652 Nr. 2 c.c.). Dabei riskiert der Käufer für den Fall der Unbegründetheit seiner Klage freilich eine Schadensersatzhaftung nach Art. 96 Abs. 2 c.p.c. (vgl. § 945 ZPO).

Fall 2³⁹:

Die Prozessparteien sind deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in Deutschland. Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen eines von der Beklagten gegen die Klägerin eingeleiteten Zivilprozesses in Italien. Dort begehrte die Beklagte (als Vorvertragskäuferin) von der Klägerin (als Vorvertragsverkäuferin) die Erfüllung eines Grundstückskaufvorvertrags (Art. 2932 c.c.). Im Zuge dieses Verfahrens wurde die Klageschrift im einschlägigen italienischen Immobilienregister eingetragen (Art. 2652 Nr. 2 c.c.). Die Klägerin des deutschen Verfahrens machte geltend, ihr sei dadurch ein Schaden entstanden, dass sie aufgrund der Registereintragung an der wirtschaftlichen Verwertung des streitbefangenen Grundstücks in Italien gehindert worden sei. Die italienische Klage war als unbegründet abgewiesen worden. Schadensersatzhaftung der Vorvertragskäuferin?

Das OLG Nürnberg lehnte eine solche Haftung ab. Eine Haftung aus Eigentumsverletzung (§ 823 Abs. 1 BGB) komme nicht in Betracht, da der Gläubiger nicht verpflichtet sei, vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens mit Sorgfalt zu prüfen, ob er sich zur Inangasetzung des Verfahrens für berechtigt halten darf, oder gar seine Interessen gegen die des Schuldners abzuwägen habe. Dies müsse auch für die von der Beklagten erwirkte Eintragung der italienischen Klage in das dortige Immobilienregister gelten. Denn diese Eintragung habe eine ähnliche Funktion wie nach deutschem Recht die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerks ins Grundbuch.⁴⁰ Eine Haftung aus § 945 ZPO lehnte das Gericht ab, weil diese Vorschrift die Durchführung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes vor ausländischen Gerichten im Ausland nicht erfasse. Zu einer Anwendung der einschlägigen italienischen Prozessnorm (Art. 96 c.p.c.) sah sich das Gericht außer Stande.

Praktische Folgerung: Klagen auf Schadensersatzhaftung aus der unberechtigten Eintragung von Vorvertragsklagen in Italien sollte der Verkäufer vor den dortigen Gerichten geltend machen. Nur so gelangt er zur Anwendbarkeit von Art. 96 c.p.c.; denkbar wäre ferner aber auch, im Vorvertrag selbst die Haftung des Käufers nach Art. 96 c.p.c. privatautonom zu vereinbaren. Auf der Grundlage einer solchen Vereinbarung müsste Schadensersatz auch vor deutschen Gerichten durchsetzbar sein.

bb) Eintragung des Vorvertrags in das Immobilienregister

Die 1997 in Kraft getretene Neuregelung des Vorvertrags durch das Gesetz Nr. 30/1997 sollte die Rechtsstellung des Käufers weiter verbessern.⁴² Kernstück der Reform ist die in

Art. 2645-bis c.c. neu eingeführte Möglichkeit der Registereintragung von Vorverträgen zu bestimmten Grundstücksgeschäften. Betroffen sind u.a. die hier interessierenden Vorverträge zum Grundstückskaufvertrag (Art. 2645-bis Abs. 1 c.c. i.V.m. Art. 2643 Nr. 1 c.c.).

Nach Art. 2645-bis Abs. 1 c.c. müssen derartige Verträge, wenn sie in öffentlicher Urkunde oder privatschriftlich mit öffentlich beglaubigter Unterschrift abgeschlossen wurden, im Immobilienregister eingetragen werden.⁴³ Diese Norm begründet freilich keinen öffentlich-rechtlichen Eintragungszwang, sondern bloß eine Eintragungspflicht für den Käufer, will er in den Genuss der Sicherungswirkung der Eintragung kommen.⁴⁴ Zu dieser Sicherungswirkung bestimmt Art. 2645-bis S. 2 c.c.:

„Die Eintragung des Hauptvertrages oder einer anderen Urkunde, mit der ein Vorvertrag im Sinne des Absatzes 1 erfüllt wird, oder eines Urteils, das einer Klage auf Erfüllung in Natur der vorbezeichneten Vorverträge stattgibt, hat gegenüber Eintragungen oder Einschreibungen Vorrang, die nach der Eintragung des Vorvertrages gegenüber dem Vorvertrags-Verkäufer vorgenommen wurden.“

Die Eintragung wirkt daher ähnlich wie eine Vormerkung nach deutschem Recht (§ 883 Abs. 2 BGB).⁴⁵ Allerdings begrenzt Art. 2645 Abs. 3 c.c. im Interesse der Verfügungsfreiheit des Verkäufers⁴⁶ die Sicherungswirkung des eingetragenen Vorvertrags auf ein Jahr ab dem Datum, das die Parteien für den Abschluss des Hauptvertrages vorgesehen haben, längstens auf drei Jahre nach Eintragung des Vorvertrages. Kommt es innerhalb dieser Fristen nicht zur Eintragung des Hauptvertrages oder einer Klage auf Erfüllung des Vertrages (Art. 2652 Nr. 2 c.c.; vgl. soeben aa), so entfällt die Sicherungswirkung von Anfang an.⁴⁷ Sonderregeln für die Eintragung des Vorvertrags beim Kauf zu errichtender Gebäude ergeben sich aus Art. 2645-bis Abs. 4-6 c.c. Weitere Bestimmungen betreffen das Verhältnis des eingetragenen Vorvertrags zur nachträglichen Hypothek beim Immobilienfinanzierungskredit (credito fondiario; Art. 2825-bis c.c.), das Vorzugsrecht des Käufers gegenüber anderen Gläubigern des Verkäufers (privilegio speciale, Art. 2775-bis c.c.), das Recht auf abgesonderte Befriedigung im Konkurs des Verkäufers.⁴⁸ Ferner ist nunmehr die Eintragungsfähigkeit von Verträgen im

⁴³ Gleichgestellt ist der privatschriftliche Vertrag mit gerichtlich festgestellter Unterschrift.

⁴⁴ *Fasciani*, Jahrbuch für Italienisches Recht 11 (1998), 205 (213); *Cian/Trabucchi/Vascellari* (o. FuBn. 28), vor Art. 2643 c.c. Anm. 5.

⁴⁵ So *Cian*, Riv. dir. civ. 1997, II, 377 (381, 383); ders., Studium iuris 1997, 215 (217); *Cian/Trabucchi/Mantovani* (o. FuBn. 28), Anhang III Anm. 7 (S. 2961); *Delle Monache*, Nuove leggi civ. comm. 1998, 1 (7, 18 f.).

⁴⁶ Vgl. zu diesem Normzweck *Fasciani*, Jahrbuch für Italienisches Recht 11 (1998), 205 (215).

⁴⁷ Gleichgestellt ist die fristgerechte Eintragung einer Urkunde, mit der der Vorvertrag erfüllt wird. Damit sind Vereinbarungen gemeint, die zwar vom Vorvertrag hinsichtlich Umfang, Wert oder Preis des Kaufgegenstandes oder auch hinsichtlich der Leistungsmodalitäten abweichen, ohne dass dadurch aber vom Vorvertrag in seinen wesentlichen Punkten abgewichen würde. Praktische Bedeutung hat dies bei Streitigkeiten zwischen den Parteien nach Abschluss des Vorvertrages, die dann im Kaufvertrag selbst beigelegt werden, z.B. durch Festlegung eines niedrigeren Preises, vgl. *Delle Monache*, Nuove leggi civ. comm. 1998, 1 (21); *Fasciani*, Jahrbuch für Italienisches Recht 11 (1998), 205 (213 f.).

⁴⁸ Vgl. zum Ganzen *Fasciani*, Jahrbuch für Italienisches Recht 11 (1998), 205 (215 ff.).

³⁹ Vgl. OLG Nürnberg, 10.3.1992 – 1 U 2754/92, RIW 1993, 412.

⁴⁰ Vgl. hierzu *Thomas/Putzo*, ZPO, 21. Aufl. 1999, § 325 Rdnr. 8.

⁴¹ Zustimmend *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 1996, Rdnr. 322.

⁴² Vgl. zur Reform: *Delle Monache* u.a., Nuove leggi civ. comm. 1998, 1 ff.; *Rebecca/Simoni*, Preliminari di compravendita immobiliare, 1998; *Fasciani*, Jahrbuch für Italienisches Recht 11 (1998), 205 (m. umfangreichen Nachweisen in FuBn. 2, S. 206); weitere Angaben: Rep. giur. it. 1998, Stichwort „trascrizione“.

Grundbuch der sogenannten Neuen Provinzen klargelegt (Art. 12 des Königlichen Dekrets Nr. 199 vom 28.3.1929 – „legge tavolare“ – in der Fassung des Gesetzes Nr. 30/1997). Dies betrifft die Provinzen Triest, Görz, Trient, Bozen, ferner die Bezirke Cervignano und Pontebba (Provinz Udine), Cortina d'Ampezzo, Pieve di Livinalongo, Colle S. Lucia (Provinz Belluno) und Valvestino (Provinz Brescia).⁴⁹

In der Praxis hat sich gezeigt, dass die Käufer von dem neuen Schutzinstrument des eingetragenen Vorvertrag kaum Gebrauch machen; die Reform gilt als gescheitert. Der Grund dürfte vor allem darin liegen, dass die Vorteile an Rechtssicherheit geringer veranschlagt werden als die Belastungen durch Steuern und Kosten, die aus der Eintragung des Vorvertrags entstehen.⁵⁰ Die weitverbreitete Praxis der Steuerhinterziehung durch Unterverbriefung dürfte demnach fortbestehen. Der Käufer, der beides wollte (Unterverbriefung und Rechtssicherheit), müsste ein dreistufiges Verfahren wählen: Ein erster, privatschriftlicher Vorvertrag gibt den wirklichen Preis an. Ein zweiter, in den Formen des Art. 2645-bis Abs. 1 c.c. abgeschlossener Vorvertrag gibt den „offiziellen“ Kaufpreis an; dieser Vertrag wird gem. Art. 2645-bis Abs. 1 c.c. im Immobilienregister eingetragen, um die Sicherungswirkung nach Art. 2645-bis Abs. 2 c.c. zu erreichen. Schließlich wird der Hauptvertrag abgeschlossen und vollzogen.⁵¹ Eine derartige Vorgehensweise scheint vielen Käufern denn doch zu kompliziert.

4. Der Kaufvertrag

a) Die Form des Kaufvertrages

Nach Art. 1350 Nr. 1 c.c. müssen Grundstückskaufverträge durch öffentliche Urkunde (Art. 2699 ff. c.c.) oder in privatschriftlicher Form (Art. 2702 ff. c.c.) abgeschlossen werden. In der Zulassung der Privatschriftlichkeit liegt sicher die bedeutendste Abweichung zum deutschen Recht (vgl. § 313 BGB). Allerdings besteht für die Parteien ein mittelbarer Zwang zur notariellen Beurkundung oder Beglaubigung deshalb, weil die Eintragung des Vertrages in das Immobilienregister nur auf der Grundlage einer öffentlichen Urkunde oder einer privatschriftlichen Urkunde mit Unterschriftenbeglaubigung erfolgen kann (Art. 2643 Nr. 1, 2657 c.c.), und nur auf diese Weise die Wirksamkeit der Übereignung im Verhältnis zu Dritten hergestellt werden kann (näher nachfolgend c).⁵²

Das Formerfordernis wird weit verstanden.⁵³ Formpflichtig sind daher auch Aufhebungs- und Abänderungsvereinbarungen zu Grundstücksverträgen, Rücktrittserklärung (atto di recesso, Art. 1373 c.c.), Abtretungsvereinbarungen sowie die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts.

⁴⁹ Vgl. hierzu *Pellegrini*, Nuove leggi civ. comm. 1998, 63; Standardwerk: *Gabrielli/Tommaseo*, Commentario della legge tavolare, 2. Aufl., Mailand 1999; Nachweise: Rep. giur. it., Stichwort „trascrizione“; *Menegùs*, Le successioni a causa di morte nel sistema tavolare (Kommentar zum Königlichen Dekret Nr. 499 v. 28.3.1929 betreffend die Publizität der Grundstücksrechte und den Erbschein in den Provinzen Trient, Bozen, Triest und Görz), Mailand 1997.

⁵⁰ Vgl. *Delle Monache*, Nuove leggi civ. comm. 1998, 1 (7).

⁵¹ Vgl. *Delle Monache*, Nuove leggi civ. comm. 1998, 1 (7) im Anschluss an *Gazzoni*, der den zweiten Vorvertrag in diesem Zusammenhang abschätzig als „preliminare seguito da negozio di ripetizione notarile“ bezeichnet.

⁵² *Kindler* (o. FuBn. 2), § 10 Rdnr. 24.

⁵³ Vgl. zum Folgenden *Cian/Trabucchi/Zaccaria* (o. FuBn. 28), Art. 1350 Anm. III.1 mit umfangreichen Nachweisen.

Zu beachten ist ferner Art. 17 Abs. 1 des schon erwähnten Städtebaugesetzes (Gesetz Nr. 47 v. 28.2.1985). Danach sind Grundstücksgeschäfte unter Lebenden nichtig, wenn sie keine Erklärung des veräußernden Teiles enthalten, aus der die Daten der Baugenehmigung (concessione ad edificare) oder des Bescheides über die Heilung von Baurechtsverstößen (concessione in sanatoria) hervorgeht. Art. 18 Abs. 2 enthält für den Verkauf unbebauter Grundstücke einen ähnlichen Nichtigkeitstatbestand; derartigen Verträgen muss die Bescheinigung über die städtebauliche Verwendung (certificato di destinazione urbanistica) beigelegt sein.⁵⁴ Im deutsch-italienischen Rechtsverkehr ist mehrfach die Frage aufgetreten, ob privatschriftliche Grundstückskaufverträge zwischen deutschen Staatsangehörigen über in Italien belegene Objekte formwirksam sind.

Fall 3⁵⁵:

Zwei Deutsche trafen in Italien eine mit „Kaufvertrag nach deutschem Recht“ überschriebene Vereinbarung über ein mit einem Wohnhaus bebautes Ufergrundstück an einem italienischen See. Anschließend schlossen die Parteien einen Kaufvertrag vor einem italienischen Notar, in dem der Kaufpreis aus steuerlichen Gründen niedriger angegeben wurde, als der Preis, welcher im privatschriftlichen Vertrag genannt war. Als der Verkäufer diesen höheren Kaufpreis verlangte, wandte die Käuferseite ein, dass allein der zweite Kaufvertrag gelte. Formwirksamkeit der privatschriftlichen Vereinbarung?

Das OLG München gab der Klage statt. Zwar sei der erste Kaufvertrag formunwirksam nach § 313 S. 1 BGB iVm § 125 BGB. Der Käufer sei aber aufgrund des nachfolgenden Kaufvertrages vor dem italienischen Notar Eigentümer des Grundstücks geworden (Art. 1376 c.c.). Daher werde der Formmangel des ersten Vertrages analog § 313 S. 2 BGB geheilt.

Kritik: Für die Formwirksamkeit des ersten Kaufvertrages genügt nach Art. 11 Abs. 1 Fall 2 EGBGB die Einhaltung der italienischen Formvorschriften als Ortsform. Auch Art. 11 Abs. 4 EGBGB führt zu den italienischen Formvorschriften. Der privatschriftliche Kaufvertrag war daher ohne weiteres nach Art. 1350 Nr. 1 c.c. formwirksam; auf eine Heilung analog § 313 S. 2 BGB kam es folglich nicht mehr an.⁵⁶

Fall 4⁵⁷:

Zwei deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland schließen in deutscher Sprache eine privatschriftliche „Verkaufsvereinbarung“ über ein unbebautes Grundstück in Italien. Dort heißt es u.a.: „Der notariell abzuschließende Kaufvertrag wird vor einem italienischen Notar in 0. abgeschlossen“. Die „Verkaufsvereinbarung“ wurde im Inland geschlossen; der Kaufpreis ist dort in DM festgelegt. Formwirksamkeit?

Das OLG Nürnberg nahm bei diesem Sachverhalt eine konkludente Vereinbarung der Anwendbarkeit deutschen Rechts an (Art. 27 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Daher sei die Vermutung des Art. 28 Abs.3 EGBGB zugunsten des Belegenheitsrechts der Immobilie widerlegt. Deutsches Recht sei Geschäftsstatut, wegen des deutschen Abschlussortes aber auch

⁵⁴ Vgl. zum Gesetz Nr. 47 v. 28.2.1985 zusammenfassend *Cian/Trabucchi/Zaccaria* (o. FuBn. 28), Art. 1350 c.c. Anm. V.

⁵⁵ Vgl. OLG München, 20.3.1973 – 5 U 3856172, OLGZ 1974, 19.

⁵⁶ Ebenso *Jayme*, Festschr. f. Mühl, 1981, S. 339 (345 m. FuBn. 21).

⁵⁷ Nach OLG Nürnberg, 22.2.1996 – 8 U 2932/95, NJW-RR 1997, 1484.

Ortsrecht. Damit führten beide Anknüpfungsalternativen des Art. 11 Abs. 1 EGBGB zu den Formvorschriften des deutschen Rechts. Da die in § 313 BGB bestimmte Form nicht gewahrt sei, sei die Kaufvereinbarung nichtig (§ 125 BGB).

Kritik: Die vom OLG herangezogenen Gesichtspunkte (Staatsangehörigkeit und Wohnsitz der Parteien, Sprache, Abschlussort und Währung) reichen für eine stillschweigende Rechtswahl im Sinne des Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB nicht aus.⁵⁸ Vielmehr deutet der vorbereitende Charakter der „Kaufvereinbarung“ auf die Maßgeblichkeit des italienischen Rechts hin, welches für den notariellen Kaufvertrag aller Voraussicht nach Anwendung finden sollte.⁵⁹ Somit kommt Art. 1350 Nr. 1 c.c. als Teil des italienischen Geschäftsstatuts (Art. 11 Abs. 1 Fall 1 EGBGB) zum Zuge, der Vertrag ist formwirksam.

Praktische Folgerungen: Die Rechtsprechung sieht dies freilich anders. Bei Abschluss eines Vertrages in Deutschland zwischen im Inland ansässigen Deutschen in deutscher Sprache bestünden ausreichend Indizien für die konkludente Wahl des deutschen Rechts.⁶⁰ Vermutlich deshalb wurde auch die gegen das Urteil des OLG Nürnberg eingelegte Revision nicht angenommen.⁶¹

Folglich können deutsche Vertragsparteien in der vorliegenden Konstellation praktisch nur dann die Formwirksamkeit ihrer privatschriftlichen Vereinbarung nach Art. 1350 Nr. 1 c.c. erreichen, wenn sie diese Vereinbarung durch ausdrückliche Rechtswahl nach Art. 27 Abs. 1 EGBGB dem italienischen Recht unterstellen (Art. 11 Abs. 1 Fall 1 EGBGB) oder den Abschlussort nach Italien verlegen (Art. 11 Abs. 1 Fall 2 EGBGB).

b) Der Inhalt des Kaufvertrages⁶²

aa) Bezeichnung der Parteien und des Vertragsgegenstandes

Üblicherweise werden die Parteien mit vollständigem Namen, Geburtsort und -datum, Beruf, Wohnsitz und Steuernummer (codice fiscale = c.f.) sowie gegebenenfalls Umsatzsteuernummer (partita IVA) angegeben. Bei Gesellschaften werden die Firma, der Sitz, die vertretungsberechtigten Personen, die Steuernummer und die Nummer der Eintragung im Unternehmensregister (registro delle imprese) angegeben. Der Vertragsgegenstand wird nach Art, Lage und Größe spezifiziert. Angegeben werden die genaue Eintragung im Grundstückskataster (nuovo catasto terreni = N.C.T. für nicht-städtische Grundstücke nebst Gebäuden; nuovo catasto edilizio urbano = N.C.E.U. für städtische Grundstücke und Gebäude), die Gesamtkatasterfläche (superficie catastale complessiva), die Katasterkarten-Nr. (mappale numero = M.N.), die Größe in Hektar (ha), der Grundstücksertrag in Lire (reddito dominante lire R.D.L.), gegebenenfalls der landwirtschaftliche Ertrag in Lire (reddito agrario lire R.A.L.).

⁵⁸ Vgl. MK-*Martiny* (o. Fußn. 25), Art. 27 EGBGB Rdnr. 43 ff.; Art. 28 EGBGB Rdnr. 78, 83 ff., 86; v. *Hoffmann*, IPR, 6. Aufl. 2000, § 10 Rdnr. 35.

⁵⁹ Vgl. MK-*Martiny* (o. Fußn. 25), Art. 28 EGBGB Rdnr. 2.

⁶⁰ BGH, 28.1.1997 – XI ZR 42/96, RIW 1997, 426 = MDR 1997, 439; *Palandt/Heidrich*, BGB, 59. Aufl. 2000, Art. 27 EGBGB Rdnr. 6.

⁶¹ BGH, 20.2.1997 – V ZR 146/96, vgl. den Hinweis in NJW-RR 1997, 1484 (1485).

⁶² Hierzu *G. Trabucchi* (o. Fußn. 4), Abschnitt 5; Vertragsmuster bei *Avanzini* u.a. (o. Fußn. 29), Nr. 33.2.1 (S. 352 ff.).

bb) Kaufpreis

Der Kaufpreis muss bestimmt oder bestimmbar sein (Art. 1346, 1418 Abs. 2 c.c.). In der Praxis kommt es vor, dass die Parteien im Kaufvertrag lediglich die Kriterien bestimmen, anhand derer der Preis zu ermitteln ist. In diesem Fall müssen die Parteien allerdings im Vertrag einen Grundstückswert angeben, um die Registrierung des Vertrages zu erreichen.⁶³ Die Bestimmung des Kaufpreises wird dann häufig einem Dritten überlassen (meistens einem Sachverständigen auf dem Gebiet des Grundstückswesens). Bei einem groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung kann die betroffene Partei die Rückgängigmachung des Vertrages nach Art. 1441 c.c. verlangen.⁶⁴

Für Barzahlungen und die Entrichtung des Kaufpreises durch Aushändigung von Inhaberpapieren ist das Geldwäschegesetz zu beachten.⁶⁵ Danach sind Zahlungen dieser Art in Höhe von mehr als 20 Millionen Lire nur unter Einschaltung besonders autorisierter Miftpersonen („intermediari abilitati“) zulässig (Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes). Dabei handelt es sich u.a. um Stellen der öffentlichen Verwaltung sowie um Banken (Art. 4 des Gesetzes). Verstöße führen nicht zur zivilrechtlichen Nichtigkeit des Kaufvertrages, werden aber mit einer Verwaltungsbuße in Höhe bis zu 40 v. H. des gezahlten Barbetrages geahndet (Art. 5 des Gesetzes).

Aus Sicht des Käufers empfiehlt es sich, den Kaufpreis in Gestalt eines Bankschecks (assegno circolare) beim Notar zu hinterlegen, verbunden mit der Weisung, den Scheck erst nach erfolgter Registereintragung und in Abwesenheit beeinträchtigender Eintragungen zugunsten Dritter an den Verkäufer auszuhändigen.

cc) Mängelhaftung des Verkäufers

Hierzu wird in der Praxis meist keine vertragliche Regelung getroffen. Das Gesetz unterscheidet zwischen Rechts- und Sachmängeln:

(1) Rechtsmängel

Anders als im BGB hat der Käufer keinen schuldrechtlichen Anspruch auf „Verschaffung“ des Eigentums, weil ja der Kauf selbst bereits den Eigentumsübergang herbeiführt (Art. 1376 c.c.). Nur dann, wenn der Käufer vom Nichteigentümer gekauft hat – und deshalb nicht Eigentümer geworden ist – kann er gegen den Verkäufer vorgehen, aber auch dies erst, wenn er in seinem Besitz gestört ist oder dies droht. Der Codice folgt damit wie der Code civil dem römischrechtlichen *Eviktionsprinzip*, im Unterschied zum Verschaffungsprinzip des BGB (§§ 433 Abs. 1, 434).⁶⁶ Das Gesetz unterscheidet drei Zeitpunkte:⁶⁷

- die Eviktionsgefahr (pericolo dell'evizione, Art. 1481, 1482 c.c.), die den Käufer zur Verweigerung der Kaufpreiszahlung berechtigt,
- der Eviktionsprozess eines Dritten gegen den besitzenden Käufer (evizione minacciata o pretesa dal terzo in giudizio, Art. 1485 c.c.), der dann dem Verkäufer den Streit zu verkünden hat;

⁶³ So *Avanzini* u. a. (o. Fußn. 29), Formular 33.2. 1, Fußn. 1 (S. 353).

⁶⁴ Hierzu *Kindler* (o. Fußn. 2), § 10 Rdnr. 32; *G. Trabucchi* (o. Fußn. 4), Abschnitt 5.3.

⁶⁵ D.L. 3 maggio 1991, n. 143, legge 5 luglio 1991, n. 197.

⁶⁶ Zum römischen Recht: *Kaser*, Römisches Privatrecht, 15. Aufl. 1989, § 41 III 1; zum französischen Recht: *Ferid*, Das französische Zivilrecht, Bd. 1, 1971, S. 630 f.

⁶⁷ *A. Trabucchi* (o. Fußn. 35), § 321.

- eine vollzogene Eviktion, i.e. das Vorliegen eines rechtskräftigen Herausgabebetitels eines Dritten (evizione compiuta, Art. 1483 c.c.); sie berechtigt den Käufer zum Schadensersatz und zur Vertragsaufhebung.

Diese Rechte verjähren in zehn Jahren (Art. 2946 c.c.).⁶⁸

(2) Sachmängel

Das System der Sachmängelgewährleistung beruht auf drei Tatbeständen, die nach der Rechtsprechung allerdings im Wesentlichen mit denselben Käuferrechten, i.e. den ädilischen Rechtsbehelfen, ausgestattet sind.

1.1. Als Hauptfall regelt das Gesetz die Gewährleistung für Fehler der verkauften Sache (garanzia per i vizi della cosa venduta; Art. 1490-1495 c.c.). Ein Fehler liegt vor, wenn der physische Zustand der Sache derart vom Vertrag abweicht, dass sie zum bestimmungsgemäßen Gebrauch ungeeignet ist oder ihr Wert wesentlich vermindert ist (vgl. Art. 1490 Abs. 1 c.c.). Der Fehlerbegriff ist damit enger als der des BGB, der auch tatsächliche, rechtliche, soziale und wirtschaftliche Beziehungen der Kaufsache zur Umwelt einschließt.⁶⁹

Die Haftung erstreckt sich nur auf *versteckte* Fehler, man spricht daher traditionell von „garanzia per vizi occulti“.⁷⁰ Geregelt ist dies in Art. 1491 c.c., wonach die Haftung entfällt, wenn der Käufer den Fehler kannte oder wenn der Fehler leicht erkennbar war, es sei denn, der Verkäufer hat erklärt, die Sache sei fehlerfrei; diese Einschränkung der Haftung entspricht im Kern der Regelung des BGB (§ 460). Das Vorliegen eines Fehlers berechtigt den Käufer zur Vertragsaufhebung (Wandlung) oder Minderung (Art. 1492 c.c.), bei Verschulden des Verkäufers auch zum Schadensersatz (Art. 1494 c.c.).⁷¹

Im Interesse der Rechtssicherheit hat der Codice diese Rechtsbehelfe engen zeitlichen Grenzen unterworfen: der als Verfallfrist ausgestalteten Rügefrist von acht Tagen ab Entdeckung des Fehlers und der einjährigen Verjährungsfrist, die mit der Übergabe der Kaufsache zu laufen beginnt (Art. 1495 Abs. 1, 3 c.c.); diese Fristen gelten auch bei Verträgen, an denen Nicht-Unternehmer beteiligt sind.⁷² Wie im BGB kann der Käufer dem Verkäufer noch nach Eintritt der Verjährung seine Gewährleistungsansprüche einredeweise entgegenhalten, wenn er auf Vertragserfüllung (i.e. Kaufpreiszahlung) in Anspruch genommen wird; dies setzt freilich voraus, dass er den Fehler innerhalb der Acht-Tages-Frist ab Entdeckung und der Jahresfrist ab Übergabe angezeigt hat (Art. 1495 Abs. 3 c.c.).⁷³

1.2. Als weiteren Gewährleistungsfall nennt Art. 1497 c.c. *das Fehlen von Eigenschaften* (mancanza di qualità). Die Eigenschaften müssen vom Verkäufer zugesichert worden (vgl. § 459 Abs. 2 BGB) oder für den bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentlich sein (qualità promessa / qualità essenziali). Ähnlich wie das BGB legt der Codice civile mithin einen weiten Begriff der Eigenschaft im Sinne der kaufrechtlichen Gewährleistungshaftung zugrunde.⁷⁴ Die Haftung aus Art. 1497 c.c. setzt nach der Rechtsprechung nicht voraus, dass es sich um versteckte Mängel im Sinne des Art. 1491 c.c.

handelt; zur Begründung wird auf Art. 1497 Abs. 2 c.c. verwiesen, wonach nur für die zeitlichen Grenzen der Einstandspflicht auf die Regelung der Fehlerhaftung (Art. 1495 c.c.) Bezug genommen wird.⁷⁵ Andererseits billigt die Rechtsprechung dem Käufer nicht nur den von Art. 1497 Abs. 1 c.c. vorgesehenen Rechtsbehelf der Vertragsaufhebung wegen Nichterfüllung zu (Art. 1453 ff. c.c.), sondern gibt ihm daneben noch das für die Fehlerhaftung bestehende Recht auf Schadensersatz (Art. 1494 c.c.), z.T. in Form einer Herabsetzung des Kaufpreises.⁷⁶

1.3 Ein dritter Gewährleistungstatbestand findet sich bei den Sondervorschriften über den Kauf beweglicher Sachen und betrifft die Haftung für die Gebrauchsfähigkeit der verkauften Sache, falls der Verkäufer eine entsprechende Garantie abgegeben hat (garanzia di buon funzionamento; Art. 1512 c.c.).

(3) Haftung aus Baurecht

Ein besonderer Haftungstatbestand ergibt sich aus dem Gesetz Nr. 765/1967. Das Gesetz betrifft Fälle, in denen der Verkäufer zugleich der das Gebäude errichtende Bauunternehmer ist. Nach diesem Gesetz ist der Verkäufer verpflichtet, das eventuelle Fehlen einer Baugenehmigung im Vertrag ausdrücklich festzuhalten. Unterlässt er dies, so haftet er dem Käufer dafür, dass diesem wegen der Rechtswidrigkeit des Bauvorhabens steuerliche oder sonstige staatliche Vergünstigungen entgehen.⁷⁷

dd) Verkauf im Block ohne Maßangabe

Der Verkauf erfolgt häufig „a corpo“, d.h. im Block ohne Maßangabe (Kauf im Ganzen). Für diesen Fall schließt Art. 1538 c.c. bei Abweichungen von weniger als 5 v. H. von der vertraglich angegebenen Größe eine Herabsetzung bzw. Erhöhung des Kaufpreises aus (Art. 1538 Abs. 1 c.c.). Wird diese Bagatellgrenze überschritten und ergibt sich ein höherer Kaufpreis, so hat der Käufer nach Art. 1538 Abs. 2 c.c. die Wahl, ob er vom Vertrag zurücktreten (Art. 1539 c.c.) oder den erhöhten Kaufpreis bezahlen will.

ee) Verzicht auf die gesetzliche Kaufpreissicherungshypothek

Nach Art. 2817 Nr. 1 c.c. besteht eine gesetzliche Hypothek des Veräußerers an Liegenschaften für die Erfüllung des Kaufpreisanspruchs. Die Vorschrift erklärt sich aus dem Konsensualprinzip (Art. 1376 c.c.): Da bereits mit Abschluss des Kaufvertrages das Eigentum auf den Käufer übergeht, kann der Verkäufer den Eigentumswechsel – außer im Falle der Vereinbarung eines bloß schuldrechtlichen Kaufvertrages – nicht von der Kaufpreiszahlung abhängig machen. Zum Schutz des Verkäufers sieht das Gesetz daher grundsätzlich vor, diesem die Zugriffsmöglichkeit auf das Grundstück zu belassen, solange der Kaufpreisanspruch noch nicht erfüllt ist. Wird ein Kaufvertrag zur Eintragung in das Immobilienregister vorgelegt, so trägt der Registerführer – falls die Parteien nichts Abweichendes hierzu bestimmen – ohne weiteres die gesetzliche Hypothek für den Verkäufer ein (Art. 2834 c.c.).

Häufig hat der Käufer indessen schon vor Abschluss des notariellen Vertrages den Kaufpreis vollständig beglichen. Dies wird dann im Kaufvertrag vermerkt, und der Verkäufer verzichtet auf die gesetzliche Hypothek nach Art. 2817 Nr. 1, 2834 c.c.⁷⁸

⁶⁸ Asam, RIW 1992, 798 (801).

⁶⁹ Cian/Trabucchi/Zaccaria (o. Fußn. 28), Art. 1-90 c.c. Anm. I.1.

⁷⁰ Trabucchi (o. Fußn. 35), § 322.

⁷¹ Vgl. andererseits § 463 BGB, wonach der Käufer nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen Schadensersatz verlangen kann.

⁷² Ein Handelsrecht als Sonderprivatrecht existiert in Italien nicht.

⁷³ Vgl. § 478 BGB.

⁷⁴ Einzelheiten Cian/Trabucchi/Zaccaria (o. Fußn. 28), Art. 1490 c.c. Anm. 11.

⁷⁵ Vgl. Cian/Trabucchi/Zaccaria (o. Fußn. 28), Art. 1491 c.c. Anm. III.

⁷⁶ Cass., 14 maggio 1981, n. 3190, Rep. giur. it. 1981, Stichwort „vendita“, Nr. 99 (Schadensersatz); Cass., 10 gennaio 1981, n. 247, a.a.O., Nr. 120 (Kaufpreisherabsetzung).

⁷⁷ Vgl. Reichel (o. Fußn. 7), S. 112 f.

⁷⁸ Lepri, La compravendita immobiliare, 1993, Nr. 6.1 (S. 538 f.).

ff) Erklärung über die Rechtmäßigkeit der Bauausführung

Nach Art. 40 des Gesetzes Nr. 47/1985 hat der Kaufvertrag eine Erklärung des Veräußerers über die Rechtmäßigkeit der Bauausführung zu enthalten. Dabei sind entweder Datum und Aktenzeichen der erteilten Baugenehmigung oder, falls der Bau vor dem 1.9.1967 begonnen wurde, eine im Vertrag enthaltene oder als Anlage beigefügte „Ersatzerklärung eines Notariatsaktes“ erforderlich (Gesetz Nr. 15 v. 4.1.1968). Eine solche Ersatzerklärung darf nur vor einem italienischen Notar oder einer italienischen Gemeindebehörde abgegeben werden. Bei rechtswidrig errichteten Gebäuden (oder Gebäudeteilen) ist eine beglaubigte Abschrift des Antrags auf Legalisierung („condono“) samt Einzahlungsbeleg für die Begleichung der diesbezüglichen Gebühren und Bußgelder beizufügen.⁷⁹

gg) Erklärung über den beststeuerbaren Ertrag der Immobilie

Zu beachten ist darüber hinaus das Gesetz Nr. 165/1990 über die Einkunftsbestimmung zum Zwecke der Einkommensteuer, der Vorsteuererstattung und des Finanzgerichtsverfahrens. Nach Art. 13-ter dieses Gesetzes hat der Vertrag selbst oder in einer Anlage als Ersatzerklärung die Erklärung über die erfolgte oder nicht erfolgte Angabe des beststeuerbaren Ertrags des Gebäudes in der zuletzt abzugebenden Einkommensteuererklärung zu enthalten.⁸⁰ Fehlt eine solche Erklärung über den „reddito fondiario dell'immobile“, so ist der Vertrag nichtig.⁸¹ Dagegen soll bei Veräußerung einer ungenutzten Fläche („area nuda“), die als solche im Grundstückskataster eingetragen ist, keinerlei Erklärungsverpflichtung nach dem Gesetz Nr. 165/1990 bestehen; damit kommt auch keine Nichtigkeit im Falle der unterlassenen Erklärung in Betracht.⁸²

c) Vollzug des Kaufvertrages

aa) Immobilienregister

Der Käufer erwirbt bereits durch die Einigung und im Zeitpunkt der Einigung das Eigentum an der Kaufsache (Konsensualprinzip; Art. 1376 c.c.). Allerdings ist beim Erwerb von zu errichtenden Gebäuden zu beachten, dass dieser Fall als „Verkauf künftiger Sachen“ (vendita di cose future; Art. 1422 Abs. 1 c.c.) behandelt wird. Dies bedeutet, dass der Bauherr in dem Zeitpunkt Eigentümer wird, in dem das Gebäude in seinen wesentlichen Bestandteilen errichtet ist. Auf die Funktionstauglichkeit kommt es nach der Rechtsprechung nicht an, was sich im Hinblick auf die Gefahrtragung nachteilig für den Käufer auswirken kann.⁸³

Unter der Geltung des Konsensualprinzips ist für den Rechts-erwerb durch den Käufer weder ein vom Kaufvertrag getrenntes dingliches Vollzugsgeschäft noch eine Registereintragung mit rechtsbegründender Wirkung erforderlich (anders §§ 873, 925 BGB).⁸⁴ Dennoch hat der Erwerber ein dringen-

des Interesse an der Registereintragung. Denn die Drittwirk-samkeit des Eigentumserwerbs ist nach Art. 2644 c.c. von der Registereintragung abhängig:

„(1) Die im vorangehenden Artikel bezeichneten Rechts-handlungen⁸⁵ haben gegenüber Dritten keine Wirkung, die aufgrund welchen Rechtstitels auch immer aufgrund einer vor der Eintragung der Rechtshandlungen eingetragenen oder eingeschriebenen Rechtshandlung Rechte am Grundstück erworben haben.

(2) Nach der Eintragung hat gegenüber dem Erwerber keine weitere Eintragung oder Einschreibung von Rechten Wirkung, auch wenn der weitere Erwerb früher vor-genommen wurde.“

Entscheidend für die Priorität ist somit in jedem Fall die Re-gistereintragung. Sie schützt den Erwerber im Falle der Mehr-fachveräußerung des Grundstücks sowie gegen Belastungen, die nach der Eintragung seines Erwerbs eingeschrieben (iscritti) werden.⁸⁶ Die Eintragung erfolgt im Grundstücks-registeramt (Conservatoria dei Registri Immobiliari), in des-sen Bezirk das Grundstück belegen ist. Einzureichen sind (Art. 2659 c.c.):

- Der Eintragungsantrag (nota di trascrizione di atto di ven-dita) mit genauer Bezeichnung der Parteien, der Urkunde, des beurkundenden Notars und des Vertragsgegenstandes;⁸⁷
- die einzutragende Urkunde in zweifacher Ausfertigung.

Die Angaben in der „nota di trascrizione di atto di vendita“ sollten so präzise wie möglich sein, da nur das, was in der „nota“ enthalten ist, Dritten entgegengehalten werden kann.⁸⁸ Außerdem ist der Kaufvertrag bei der Registerbehörde (Uffi-cio del Registro) und beim Katasteramt einzutragen.⁸⁹

bb) Grundbuch

In *einigen Teilen Italiens* hat man das österreichische Grund-buch-System beibehalten. Dies gilt für die Provinzen Triest, Görz, Trient, Bozen sowie die Bezirke Cervignano und Pon-tebba (Provinz Udine), Cortina d'Ampezzo, Pieve di Livinal-longo und Colle S. Lucia (Provinz Belluno) und Valvestino (Provinz Brescia).⁹⁰ Rechtsgrundlage ist die Grundbuch-Ver-ordnung 1929.⁹¹

Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung werden das Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken beim Erwerb unter Lebenden abweichend vom italienischen Zivilgesetzbuch erst mit Eintragung im Grundbuch (libro fondiario) erworben. Dies entspricht dem Buchungssystem des BGB (§ 873 Abs. 1 BGB).⁹² Für den Fall der Mehrfachveräußerung eines Grund-

⁷⁹ Vgl. zum Ganzen v. *Lutterotti*, ZEV 1997, 193 (194).

⁸⁰ Näher v. *Lutterotti*, ZEV 1997, 193 (194).

⁸¹ Trib. S. Maria Capua V., 23 ottobre 1997, Notariato 1998, 327 m. Anm. *Cananzi*, Leitsatz in: Rep. giur. it. 1998, Stichwort „notaio“, Nr. 41.

⁸² Trib. Cagliari, 15 maggio 1997, Riv. Giur. Sarda 1998, 718 m. Anm. Cicero, Leitsatz in: Rep. giur. it. 1998, Stichwort „obbligazioni e contratti“, Nr. 470.

⁸³ Hierzu *Kindler* (o. Fußn. 2), § 15 Rdnr. 31; Cass., 5 settembre 1989 n. 3854, RIW 1990, 835 f. (*Kindler*).

⁸⁴ Grundlegend *Jayme*, Festschr. f. Mühl, 1981, S. 339 ff.; *G. Trabucchi* (o. Fußn. 4), Abschnitt 2.4.4.1 (S. 21 f.); *Kindler* (o. Fußn. 2), § 15 Rdnr. 27 ff.

⁸⁵ Dazu gehören auch Verträge zur Übertragung von Grundeigentum, Art. 2643 Nr. 1 c.c.

⁸⁶ Die Einschreibung (iscrizione) hat im Gegensatz zur Eintragung (trascrizione) rechtsbegründende Wirkung; einzuschreiben sind Hypotheken (Art. 2827 ff. c.c.).

⁸⁷ Muster: *Avanzini* u.a. (o. Fußn. 29), Formular Nr. 60.1 (S. 944 f.).

⁸⁸ *G. Trabucchi* (o. Fußn. 4), Abschnitt 2.4.5 (S. 23).

⁸⁹ *Dolce/Lösch*, Jahrbuch für Italienisches Recht 6 (1993), 183 (194).

⁹⁰ Vgl. *Pellegrini*, Nuove leggi civ. comm. 1998, 63.

⁹¹ R.D. 28 marzo 1929, n. 499. – Disposizioni relative ai libri fondiari nei territori delle nuove province; hierzu *Gabrielli/Tommaseo*, Commentario della legge tavolare, 2. Aufl., Mailand 1999; *Menegùs*, La legge tavolare, Mailand 1986; *ders.*, Le successioni a causa di morte nel sistema tavolare, Mailand 1997.

⁹² Art. 12 Abs. 1 der Verordnung stellt sogar ausdrücklich dar, dass Art. 1376 c.c. (Konsensualprinzip) in den „Neuen Provinzen“ keine Anwendung findet.

stücks bestimmt Art. 6 Abs. 1 der Verordnung den Vorrang desjenigen Erwerbers, der zuerst die Eintragung im Grundbuch beantragt hat.

Art. 13-24 der Verordnung regeln den Erbschein (*certificato di eredità*) und den Vermächtnisschein (*certificato di legato*), gleichermaßen für unbeweglichen und beweglichen Nachlass.⁹³

Im Anhang zur Grundbuchverordnung findet sich das Allgemeine Grundbuchgesetz („*legge generale sui libri fondiari*“ = *legge tavolare*).

Um die dingliche Wirkung des Kaufvertrages zu erreichen, muss der Käufer die rechtsbegründende Eintragung des Kaufvertrages im Grundbuch nach Art. 2 Abs. 1 der Grundbuchverordnung durchsetzen.

5. Stellvertretung

Käufer sowie Verkäufer können sich durch Bevollmächtigte vertreten lassen. Die Vollmacht bedarf – anders als nach § 167 Abs. 2 BGB – der für das Vertretergeschäft bestimmten Form; für Kauf- und Verkaufsvollmachten ist daher Privatschriftlichkeit oder notarielle Beurkundung erforderlich (Art. 1392 c.c. i.V.m. Art. 1350 Nr. 1 c.c.).⁹⁴ Die notariell Praxis verwendet vorgefertigte Verkaufsvollmachten (*procura speciale per vendita immobiliare*)⁹⁵ und Kaufvollmachten (*procura speciale per acquisto immobiliare*)⁹⁶. Das italienische Recht kennt keine postmortale Vollmacht.

Ein mittelbarer Zwang zur öffentlichen Beurkundung oder mindestens Unterschriftsbeglaubigung auch bei der Vollmacht besteht aber deshalb, weil in der Praxis die Eintragung eines Kaufvertrages abgelehnt wird, dem eine bloß privatschriftliche Vollmacht ohne Unterschriftsbeglaubigung beigelegt ist.

Mehrfachvertretung und Insigngeschäft sind zulässig, wenn die hierbei vertretenen Personen dies ausdrücklich gestatten (Art. 1395 Abs. 1 c.c.). Das italienische Recht kennt keine postmortale Vollmacht.

Die Einschaltung eines Vertreters kann auch zum Zwecke der Ersparnis von Dolmetscher- oder Übersetzungskosten beim Notar⁹⁷ sinnvoll sein. Wenn der des Italienischen nicht hinreichend mächtige deutsche Käufer einen Vertreter hinzuzieht, der beide Sprachen beherrscht und vor dem Notar den Vertrag unterzeichnet, so braucht die Verlesung der Urkunde nur auf italienisch zu erfolgen.⁹⁸

Zwischen der BRPD und Italien besteht ein Abkommen über die Befreiung öffentlicher Urkunden von der Legalisation.⁹⁹

⁹³ Das Institut des Erbscheins ist im übrigen Italien unbekannt; es gelten die allgemeinen Redlichkeitsschutzbestimmungen (Art. 534 c.c. i.V.m. Art. 1189, 1153 ff. c.c.); näher *Kindler* (o. Fußn. 2), § 10 Rdnr. 36, § 18 Rdnr. 5.

⁹⁴ *Kindler* (o. Fußn. 2), § 10 Rdnr. 14; Nachweise zum Stellvertretungsrecht: Rep. foro it., Stichwort „*rappresentanza nei contratti*“; Rep. giur. it., Stichwort „*obbligazioni e contratti*“, Unterstichwort „*rappresentanza*“.

⁹⁵ Muster: *Avanzini* u.a. (o. Fußn. 29), Nr. 32.14.13 (S. 346).

⁹⁶ Muster: *Avanzini* u.a. (o. Fußn. 29), Nr. 32.14.9 (S. 344).

⁹⁷ Vgl. Art. 55 Abs. 1 der italienischen Notariatsordnung, Gesetz Nr. 89 v. 16.2.1913.

⁹⁸ So *Reichel* (o. Fußn. 7), S. 55.

⁹⁹ Abkommen vom 7.6.1969, BGBl. 1974 11, S. 1071, in Kraft seit 5.5.1975 gem. Bek. v. 22.4.1975, BGBl. 11, S. 660; *Reithmann/Limmer*, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl. 1996, Rdnr. 616; Einzelheiten: *Arnold*, DNotZ 1975, 581 ff.; ferner *MK-Spellenberg* (o. Fußn. 25), Art. 11 EGBGB Rdnr. 95 ff.

II. Immobilienregister, Grundbuch und Kataster

1. Immobilienregister

Das Immobilienregister (*registro immobiliare*) wird bei dem dafür zuständigen Amt (*Conservatoria dei registri immobiliari*) in jeder Provinzhauptstadt geführt. Rechtsgrundlage sind die Art. 2673-2681 c.c.; zu beachten sind ferner:

- das Gesetz Nr. 789 v. 23.10.1969 über die Hypothekenbestellung und das Personal beim Immobilienregister,
- das Gesetz Nr. 545 v. 26.7.1971 über die Registerbezirke (in Verbindung mit einem Ministerialdekret v. 29.4.1972),
- ein Ministerialdekret v. 10.6.1974 über die Gebühren des Immobilienregisters,
- das Gesetz Nr. 52 v. 25.2.1985 über die Einrichtung eines automatisierten Verfahrens bei den Immobilienregistern.

a) Aufbau¹⁰⁰

Im chronologischen Hauptregister (*registro generale d'ordine*, Art. 2680 c.c.) werden täglich – in der Reihenfolge ihres Eingangs – die Rechtstitel vermerkt, die dem Registerführer (*conservatore dei registri immobiliari*) zur Eintragung, Einschreibung oder zum Vermerk vorgelegt werden (Art. 2678 Abs. 1 c.c.). Aus diesem Register ergibt sich die Rangfolge der Eintragungen.¹⁰¹ Nach Eintragung im chronologischen Hauptregister ist die Rücknahme des Eintragungsantrags nicht mehr möglich.¹⁰² Daneben gibt es eine Reihe von besonderen Registern (*registri particolari*, Art. 2679 c.c.):

Im Eintragungsregister (*registro per le trascrizioni*) werden die nach Art. 2643-2672 c.c. vorzunehmenden Eintragungen vorgenommen. Dies betrifft z. B. Grundstückskaufverträge und Verträge über dingliche Nutzungsrechte (Art. 2643 Nr. 1, 2 c.c.).

Im Einschreibungsregister (*registro per le iscrizioni*) finden sich die Hypotheken (vgl. Art. 2867-2846 c.c.).

Im Register für Vermerke (*registro per le annotazioni*) werden die gem. Art. 2654, 2656, 2843 c.c. im Zusammenhang mit der Eintragung/Einschreibung vorzunehmenden Vermerke vorgenommen. Dies betrifft z. B. Klagen auf Erfüllung eines Vorvertrages (Art. 2654 i.V.m. Art. 2652 Nr. 2 c.c., oben I. 3. c) aa), Fall) oder auch Urteile, die die Nichtigkeit eines Grundstückskaufvertrages feststellen (Art. 2655 Abs. 1 c.c.).

Die Register werden als Personalfolium geführt (*sistema nominativo*). Ermittlungen anhand der Namen von Eigentümern und sonstigen Berechtigten sind im alphabetischen Namensverzeichnis (*tavola alfabetica dei nomi*) und Verzeichnis der Familiennamen (*rubrica dei cognomi*) möglich. Dort werden für jede Person in einem Verzeichnis (*repertorio*) die rechtlichen Veränderungen festgehalten, und zwar in Form der allgemeinen Hauptarten der in das Register eingetragenen oder eingeschriebenen Verträge oder Rechtshandlungen, die die betreffende Person vorgenommen hat bzw. erdulden musste, wie z. B. Pfändungen, Eintragungen von beschränkten dinglichen Rechten, Verkäufe. Zu unterscheiden sind drei Arten von „*repertori*“:

- Im Gläubigerverzeichnis werden für jede Person die hypothekarischen Aktivgeschäfte festgehalten.

¹⁰⁰ Vgl. hierzu *G. Trabucchi* (o. Fußn. 4), Abschnitt 3.2.3 (S. 34 f.).

¹⁰¹ *Cian/Trabucchi/Vascellari* (o. Fußn. 28), Art. 2678 c.c. Anm. 2.

¹⁰² Wie vorige Fußn.

- Im Schuldnerverzeichnis finden sich die passiven hypothekarischen Eintragungen (zu Lasten des Eingetragenen).
- Im Verzeichnis für Eintragungen werden an zwei getrennten Stellen die begünstigten und die belastenden Eintragungen verzeichnet, z. B. einerseits Grundstückserwerb, andererseits Grundstücksveräußerung.

Den Eigentümer eines bestimmten Grundstücks erfährt man beim Katasteramt (unten 3).

b) Funktion

Die Aufgabe des Immobilienregisters besteht darin, hinsichtlich der Rechtslage an Grundstücken Publizität (pubblicità immobiliare) zu schaffen. Der Erwerb vom Nichteigentümer und der Erwerb von belastetem Eigentum wie auch die Belastung von Immobilien, die nicht im Eigentum des Schuldners stehen, sollen verhindert werden.¹⁰³ Nach Art. 2673 Abs. 1 c.c. hat der Registerführer jedermann auf Anfrage eine Ausfertigung der Eintragungen, Einschreibungen und Vermerke (trascrizioni, iscrizioni, annotazioni) zu dem betreffenden Grundstück zu überlassen. Die Darlegung eines berechtigten Interesses ist – anders als nach § 12 Abs. 1 GBO – nicht erforderlich. Ferner ist jedermann die Einsichtnahme (ispezione) gestattet (Art. 2673 Abs. 2 c.c.).

c) Wirkungen der Eintragung

Die Eintragung (trascrizione) hat verlaublichen Charakter. Der Rechtserwerb erfolgt bereits kraft der Einigung der Parteien (Art. 1376 c.c., Konsensualprinzip). Allerdings begründet erst die Eintragung die Drittwirksamkeit des Erwerbs. Der vorher eingetragene Erwerber hat selbst dann Vorrang, wenn der Erwerb zeitlich nach dem Erwerb durch einen Dritten erfolgte, dieser Dritte aber erst später eingetragen wurde.

Fall 5:

Tizio kauft von Caio am 1.2. ein Grundstück. Am 1.3. verkauft Caio dasselbe Grundstück an Sempronio. Der Kaufvertrag mit Sempronio wird am 1.4. im Immobilienregister eingetragen, der Kaufvertrag mit Tizio erst am 1.5.

Nach Art. 2644 Abs. 1 c.c. hat der Rechtserwerb durch Sempronio Vorrang. Tizio kann in einem solchen Fall nur aus allgemeinem Deliktsrecht (Art. 2043 c.c.) gegen Sempronio vorgehen, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass dieser mit Caio missbräuchlich zusammengewirkt hat.¹⁰⁴

Wie der Vorrang der früheren Eintragung („prevalenza della prima trascrizione“) dogmatisch mit dem Konsensualprinzip zu vereinbaren ist, gehört zu den klassischen Streitfragen des italienischen Zivilrechts.¹⁰⁵

Im Gegensatz zur Eintragung hat die Einschreibung (iscrizione) rechtsbegründenden Charakter. Das Institut der Einschreibung ist auf Hypotheken beschränkt (Art. 2827/2846 c.c.). In den Rechtswirkungen besteht ein weiterer wichtiger Unterschied zur trascrizione darin, dass die iscrizione lediglich für die Dauer von 20 Jahren wirkt; die Einschreibung wird unwirksam, wenn sie nicht vor Ablauf von 20 Jahren erneuert wird (rinnovazione, Art. 2847 ff. c.c.).

¹⁰³ Vgl. *Cian/Trabucchi/Vascellari* (o. Fußn. 28), Art. 2643 c.c. Anm. 1 (zur trascrizione).

¹⁰⁴ *Kindler* (o. Fußn. 2), § 16 Rdnr. 24.

¹⁰⁵ Überblick zur Diskussion bei *Cian/Trabucchi/Vascellari* (o. Fußn. 28), Art. 2644 c.c. Anm. I. 1.

Der Vermerk (annotazione, Art. 2654-2656, 2843 c.c.) schafft eine bloß akzessorische Publizität.¹⁰⁶ Er weist auf die bereits eingetragenen Klagen hin und erfolgt bei der klagegegenständlichen Rechtshandlung, z. B. einem Kaufvertrag.

2. Grundbuch

Ein Grundbuch nach dem Vorbild des österreichischen Recht (libro fondiario) besteht nur in den sogenannten Neuen Provinzen (Bozen, Görz, Trient, Triest usw., vgl. oben 1.3.c)bb). Rechtsgrundlage ist das schon erwähnte Allgemeine Grundbuchgesetz (legge fondiaria), veröffentlicht als Anlage zur Verordnung Nr. 499 vom 28.3.1929.¹⁰⁷

Das Allgemeine Grundbuchgesetz besteht aus drei Abschnitten: Der erste Abschnitt (Art. 1–7) regelt allgemeine Grundsätze. Der zweite Abschnitt behandelt die Einschreibungen (Delle iscrizioni tavolari, Art. 8–74). Der dritte Abschnitt regelt das Grundbuchverfahren (Del procedimento in affari tavolari, Art. 75–134).

Ein Grundbuchamt (ufficio tavolare) besteht bei jedem Amtsgericht (Art. 75 legge fondiaria).

a) Aufbau¹⁰⁸

Das Grundbuch besteht aus einem Hauptbuch (libro maestro) und den Beiakten (collezione di documenti), Art. 1 des Gesetzes.

Das Hauptbuch wiederum besteht aus einzelnen Grundbuchblättern (partite tavolari, Art. 2). Dort erfolgt die Einschreibung (iscrizione):

- der Grundstücke (corpi tavolari),
- der Grundstücksrechte und -lasten (diritti tavolari),
- der Tatsachen und Rechtshandlungen, deren Vermerk (annotazione) zulässig ist.

Im Hauptbuch werden die wesentlichen Angaben zu den Grundstücksrechten und -lasten eingetragen (Art. 5). Von jeder Urkunde, auf deren Grundlage eine Einschreibung im Grundbuch erfolgt ist, verbleibt eine Ausfertigung bei den Beiakten (Art. 6).

b) Funktion

Wie das Immobilienregister bezweckt auch das Grundbuch Grundstückspublizität (pubblicità immobiliare). Nach Art. 6 legge fondiaria ist das Register öffentlich; Einsichtnahme und der Erhalt von Abschriften und Auszügen sind ohne die Darlegung eines berechtigten Interesses möglich.

c) Wirkung der Eintragung

Das Grundbuch unterscheidet drei Formen der Eintragung (iscrizione, Art. 8).

- die Buchung (intavolazione) des Erwerbs, der Inhaltsänderung oder des Erlöschens von Grundstücksrechten;
- die Vormerkung (prenotazione) des Erwerbs oder der Inhaltsänderung von Grundstücksrechten;
- den Vermerk (annotazione).

Die Eintragung wirkt – abweichend von Art. 1376 c.c. (Konsensualprinzip) – rechtsbegründend (Art. 2 Abs. 1 Grundbuchverordnung (oben 1.3.c) bb).

¹⁰⁶ *Cian/Trabucchi/Vascellari* (o. Fußn. 28), Art. 2654 – 2656 c.c. Anm. 1.

¹⁰⁷ Vgl. oben Fußn. 91.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu *G. Trabucchi* (o. Fußn. 4), Abschnitt 2.4.4.2 (S. 22).

Die Anfechtung von Rechten, die Dritte im guten Glauben auf das Grundbuch erworben haben, richtet sich nach Art. 63 ff. des Gesetzes (Art. 28). Wer eine Buchung im Verhältnis zu Dritten anfechten will, muss beim Grundbuchrichter die Eintragung eines Vermerks über die Streitigkeit der Buchung (annotazione della litigiosità dell'intavolazione) beantragen und gegen den Erwerber des Grundstücksrechts Lösungsklage (azione di cancellazione) erheben (Art. 63).

3. Kataster¹⁰⁹

Einschlägig ist das Königliche Dekret Nr. 1572 vom 8.10.1931 (mit nachfolgenden Änderungen).¹¹⁰ Das Katasteramt führt ein allgemeines Verzeichnis aller Grundstücke unter Angabe ihrer Ertragsmöglichkeiten und Eigentümer. Zu unterscheiden ist zwischen dem Nuovo Catasto Terreni (N.C.T.) für ländliche Grundstücke nebst Gebäuden und dem Nuovo Catasto Edilizio Urbano (N.C.E.U.) für städtische Grundstücke nebst Gebäuden.

Die steuerrechtliche Funktion des Katasters besteht darin, durch Angabe der Ertragsmöglichkeiten die Bemessungsgrundlage für verschiedene vom Eigentümer zu zahlende Steuern zu liefern.

In zivilrechtlicher Hinsicht definiert der Katasterinhalt die Ausmaße der vertragsgegenständlichen Immobilie. Freilich kann der Katasterplan nur hilfswise zum Beweis der Ausmaße des Grundstücks herangezogen werden. Art. 950 Abs. 3 c.c. gestattet dem Richter den Rückgriff auf das Kataster nur dann, wenn ihm andere Beweismittel nicht zur Verfügung stehen.

Die Veränderungen in der Eigentums- oder Besitzlage werden durch Katasterüberschreibung (voltura catastale) vermerkt. Nach Art. 6 des Gesetzes Nr. 2163 vom 8.12.1938 muss die „voltura“ beantragt werden, wenn das Eigentum, der Besitz, der Nießbrauch oder ein anderes dingliches Recht von einer Person auf eine andere übergegangen ist.

III. Grundstücksbelastungen

1. Veräußerungs- und Nutzungsbeschränkungen

a) Rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot (divieto convenzionale di alienazione)

Ein rechtsgeschäftlich vereinbartes Veräußerungsverbot bindet den Grundstückseigentümer nach Art. 1379 c.c. nur schuldrechtlich im Verhältnis zum anderen Vertragsteil. Dies entspricht der Rechtslage nach § 137 S. 1 BGB.

b) Wiederkaufsrecht (patto di riscatto)

Es kann vertraglich bestimmt werden, dass dem Verkäufer das Recht zusteht, gegen Rückzahlung des Kaufpreises und gegen Erstattung der vom Käufer gemachten Aufwendungen das Eigentum am verkauften Grundstück zurückzuerwerben (Art. 1500 ff. c.c.). Drittwirksamkeit erlangt eine solche Vereinbarung nur, wenn sie gleichzeitig mit dem Kaufvertrag abgeschlossen wird; nachträgliche Wiederkaufsvereinbarungen begründen für den Käufer nur die schuldrechtliche Verpflichtung zur Rückveräußerung (patto de retrovendende).¹¹¹ Ding-

liche Wirkung entfaltet die Wiederkaufsvereinbarung ferner nur dann, wenn sie als solche aus dem Immobilienregister hervorgeht; hierfür muss sie im Eintragungsantrag (nota di trascrizione di atto di vendita, oben I. 4. c) aa) erwähnt sein. Dies gibt dem Erwerber die Möglichkeit, anhand des Immobilienregisters das Vorhandensein einer solchen Vereinbarung zu prüfen.

Betrifft das Wiederkaufsrecht – wie hier – unbewegliche Sachen, so kann es innerhalb einer Frist von fünf Jahren durch einseitige schriftliche Erklärung ausgeübt werden (Art. 1501 Abs. 1 S. 1 c.c.). Auch die Zahlung des Wiederkaufspreises hat innerhalb dieser Frist zu erfolgen (Art. 1503 c.c.). Die Ausübung des Wiederkaufsrechts muss in das Immobilienregister eingetragen werden (Art. 2653 c.c.). Wurde das Wiederkaufsrecht ausgeübt und die Zahlung innerhalb der Frist des Art. 1503 c.c. geleistet, so geht das Grundstück wieder in das Eigentum des Verkäufers über (Art. 1376 c.c.). Dritterwerber unterliegen der Vindikation (Art. 1504 c.c.).

c) Vorkaufsrecht (diritto di prelazione)

Rechtsgeschäftlich vereinbarte Vorkaufsrechte sind schuldrechtlicher Natur und binden nur die Vertragsparteien und ihre Rechtsnachfolger. Sie beeinträchtigen daher die Rechte des Erwerbers einer mit einem Vorkaufsrecht „belasteten“ unbeweglichen Sache nicht.¹¹² Zu beachten sind allerdings eine Reihe gesetzlich bestimmter Vorkaufsrechte:

- das Vorkaufsrecht des Miterben (Art. 732 c.c.),
- das Vorkaufsrecht angrenzender Landwirte oder Pächter beim Erwerb von landwirtschaftlich nutzbaren Flächen (prelazione agraria) nach dem Gesetz Nr. 590 vom 26.5.1965,¹¹³
- das Vorkaufsrecht des gewerblichen Mieters nach Art. 38 des Gesetzes Nr. 392 vom 27.7.1978 („legge equo canone“).¹¹⁴

d) Rechtsgeschäftlich begründete Grunddienstbarkeiten (servitù prediali)

Art. 1027 c.c. definiert die Grunddienstbarkeit als Belastung eines Grundstücks zugunsten eines anderen Grundstücks, das einem anderen Eigentümer gehört.¹¹⁵ Das Gesetz unterscheidet gesetzliche Grunddienstbarkeiten (servitù coattive, Art. 1032–1057 c.c.) und rechtsgeschäftlich begründete Grunddienstbarkeiten (servitù volontarie, Art. 1058–1062 c.c.).

Bei den hier zunächst interessierenden rechtsgeschäftlich begründeten Grunddienstbarkeiten sind folgende Fälle hervorzuheben: das Bauverbot (servitù non aedificandi) und das Verbot, über eine gewisse Höhe zu bauen (servitù altius non tollendi).¹¹⁶

Die gewillkürte Grunddienstbarkeit kann durch Vertrag oder Testament entstehen. Im erstgenannten Fall ist eine schriftliche Vereinbarung erforderlich (Art. 1350 Nr. 4 c.c.), die für die Begründung ihrer Drittwirksamkeit in das Immobilienregister eingetragen werden muss (Art. 2643 Nr. 4 c.c.). Weitere

¹¹²G. Trabucchi (o. Fußn. 4), Abschnitt 4.3.2.3.2 (S. 46).

¹¹³Einzelheiten: Rep. giur. it., Stichwort „agricoltura“, Unterstichwort „prelazione (diritto di)“.

¹¹⁴Einzelheiten: Rep. giur. it., Stichwort „locazione di cose“, Unterstichwort „prelazione e riscatto“. Die Mietrechtsreform durch das Gesetz Nr. 431/1998 hat diese Regelung nicht berührt.

¹¹⁵Ähnlich § 1018 BGB.

¹¹⁶G. Trabucchi (o. Fußn. 4), Abschnitt 4.3.3.1.2 (S. 47).

¹⁰⁹Vgl. hierzu die Nachweise in Rep. giur. it., Stichwort „catasto“.

¹¹⁰Weitere Angaben bei *Dolce/Lösch*, Jahrbuch für Italienisches Recht 6 (1993), 183 (189 m. Fußn. 23).

¹¹¹*Cian/Trabucchi/Vascellari* (o. Fußn. 28), Art. 1500 c.c. Anm. VI.1.

Erwerbstatbestände sind die Ersitzung (mit Ausnahme der unsichtbaren Dienstbarkeiten)¹¹⁷ und die „Bestimmung des Hausvaters“ (servitù per destinazione del padre di famiglia, Art. 1062 c.c.).

Die Dienstbarkeit durch Bestimmung des Hausvaters entsteht, wenn der Eigentümer eines Grundstücks einen Teil dieses Grundstücks durch bestimmte Einrichtungen derart begünstigt, dass dies faktisch einer Dienstbarkeit zugunsten des Grundstücksteils entspricht.

Wird anschließend das Eigentum geteilt, so ist die Dienstbarkeit ohne besondere Vereinbarung oder richterliche Anordnung entstanden, wenn der Eigentümer des herrschenden Grundstücks nachweist, dass im Zeitpunkt der Grundstücksteilung zwischen den Teilen Verhältnisse bestanden, die faktisch einer Dienstbarkeit entsprachen. Als Beispiel wird der Fall genannt, dass der Eigentümer auf seinem Grundstück mit großem Abstand zu den Grundstücksgrenzen ein Haus mit einer gewissen Anzahl von Fenstern baut; überträgt er anschließend das Eigentum an dem unbebauten Grundstücksteil an eine andere Person, so ist der Hauseigentümer nicht verpflichtet, die Fenster zuzumauern, und zwar auch dann nicht, wenn die Mauer mit den Fenstern nunmehr an der Grenze zum Grundstück des Erwerbers steht.¹¹⁸

Die Dienstbarkeiten erlöschen in den von Art. 1072-1078 c.c. bestimmten Fällen, und zwar:

- durch Verzicht des Eigentümers des herrschenden Grundstücks,
- durch Fristablauf (falls es sich um eine befristete Dienstbarkeit handelt),
- durch Verjährung, wenn die Dienstbarkeit 20 Jahre hindurch nicht ausgeübt wurde,
- durch Vereinigung, d.h. wenn beide Grundstücke Eigentum desselben Eigentümers werden.

e) Gesetzliche Grunddienstbarkeiten (servitù coattive)

Das Gesetz sieht eine Reihe von Grunddienstbarkeiten vor, deren Existenz von Dritten vorher nicht festgestellt werden kann. Teilweise können diese Dienstbarkeiten auch erst nach dem Erwerb unabhängig vom Willen des Käufers entstehen. Hervorzuheben sind folgende Fälle:

- der Notweg (passaggio coattivo, Art. 1051 c.c.),¹¹⁹
- das Wasserlieferungsrecht (somministrazione di acqua, Art. 1049 f. c.c.) für ein Gebäude hinsichtlich des häuslichen Bedarfs oder für ein Grundstück zur Bewässerung oder zum Tränken der Tiere,
- das Wasserleitungsrecht (acquedotto coattivo, Art. 1033 ff. c.c.),¹²⁰
- das Kanalisationsrecht (scarico coattivo, Art. 1043 c.c.),
- das Stromleitungsrecht (elettrdotto coattivo, Art. 1056 c.c.).

In all diesen Fällen kann der Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Bestellung der Dienstbarkeit durch Urteil

durchsetzen (Art. 1032 c.c.), wenn der Anspruch auf die gesetzliche Dienstbarkeit nicht durch Vertrag erfüllt wird. Das Urteil legt auch das vom Eigentümer des herrschenden Grundstücks zu entrichtende Entgelt fest (Art. 1032 c.c.).

f) Beschränkungen zugunsten der öffentlichen Hand

In einigen Grenzgebieten bestehen Dienstbarkeiten zur militärischen Nutzung (servitù militari).¹²¹ Danach dürfen die Eigentümer von Gebieten, die für die Verteidigung des Landes von Bedeutung sind, Bauwerke nicht über eine bestimmte Höhe errichten. Grundstücke, die als Notlandepisten vorgesehen sind, müssen frei von Bäumen, Masten und Gebäuden gehalten werden.

Ferner kommt eine Beschlagnahme (requisizione) des Grundstücks aus dringenden Gründen des öffentlichen Wohls in Betracht (Art. 835, 836 c.c.). Die Beschlagnahme begründet ein zeitweiliges Nutzungsrecht des Staates am Grundstück.¹²²

2. Hypothek

a) Gesetzliche Hypothek (ipoteca legale)

Gesetzliche Hypotheken am Grundstück bestehen für den Veräußerer zur Kaufpreissicherung, für Miterben und Gesellschafter zur Sicherung interner Ausgleichs- und Auseinandersetzungsansprüche (Art. 2817 c.c.).¹²³

Die Kaufpreissicherungshypothek (Art. 2817 Nr. 1 c.c.) wird vom Führer des Immobilienregisters gleichzeitig mit dem Kaufvertrag eingetragen, sofern der Gläubiger (Verkäufer) hierauf nicht ausdrücklich verzichtet (Art. 2834 c.c.). Dies ist in der Praxis indessen die Regel (oben I. 4. b) ee).

b) Rechtsgeschäftlich bestellte Hypothek (ipoteca volontaria)

Die Bestellung der Hypothek erfolgt durch Vertrag oder einseitiges Rechtsgeschäft; Bestellung durch Testament ist unzulässig (Art. 2821 c.c.). Der Bestellsungsvertrag (atto di concessione dell'ipoteca) muss in privatschriftlicher Form oder durch notarielle Urkunde abgeschlossen werden (Art. 2821 Abs. 1 Satz 1 c.c.). Der Vertrag begründet nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Einräumung der Hypothek; die Hypothek selbst wird erst mit ihrer Einschreibung (iscrizione) in das Immobilienregister begründet (Art. 2808 Abs. 2, 2827 ff. c.c.).

Bei Rangkonflikten mit einer Eintragung (trascrizione) gilt das Prioritätsprinzip. Vorrang hat derjenige Rechtsakt, der eine niedrigere Nummer im Hauptregister für die Rangordnung (registro generale d'ordine, Art. 2678, 2680 c.c.) hat. Wenn danach die Hypothek zuerst eingetragen worden ist, so erwirbt der neue Eigentümer die Sache mit der hypothekarischen Belastung.

Die Hypothek erlischt in den von Art. 2878 c.c. bestimmten Fällen. Hervorzuheben sind die Löschung (Nr. 1), das Unterlassen der Erneuerung vor Ablauf von 20 Jahren ab Eintragung (Nr. 2) und das Erlöschen der gesicherten Forderung (Nr. 3).

¹¹⁷Vgl. Art. 922, 1061, 1158, 2651 (auch i.V.m. Art. 2689), Art. 2653 (auch i.V.m. 2691).

¹¹⁸Vgl. G. Trabucchi (o. Fußn. 4), Abschnitt 4.3.3.1.5 (S. 48).

¹¹⁹Eine solche Dienstbarkeit besteht, wenn ein Grundstück von anderen, in fremdem Eigentum stehenden Grundstücken umschlossen ist und der Zugang zum öffentlichen Wegenetz nur über ein fremdes Grundstück möglich ist.

¹²⁰Es besteht darin, das eigene Wasser über fremde Grundstücke zu leiten.

¹²¹Rechtsgrundlagen: Gesetz Nr. 1095 v. 3.6.1935; Gesetz Nr. 898 v. 24.12.1976; Präsidialdekret Nr. 780 v. 17.12.1979; vgl. Rep. giur. it., Stichwort „servitù militari e aeronautiche“.

¹²²Cass., 26 maggio 1997, N. 4671, Giur. it. 1998, 1251 m. Anm. Rappelli, aktuelle Nachweise: Rep. giur. it., Stichwort „requisizioni“.

¹²³Die in Art. 2817 Nr. 3 c.c. vorgesehene Hypothek zugunsten des Staates nach Maßgabe des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung ist durch die Strafprozessrechtsreform 1988 obsolet geworden, vgl. Cian/Trabucchi/Fietta (o. Fußn. 28), Art. 2817 Anm. IV.

c) Die Hypothek beim Immobiliarkredit (credito fondiario)

Besonders vorteilhaft ist die Rechtsstellung des Hypothekengläubigers nach dem Bankgesetz (Art. 38 ff. Gesetzesdekret Nr. 385 v. 1.9.1993). Die Regelung erfasst Immobilienfinanzierungen innerhalb bestimmter Betragsgrenzen¹²⁴, die mit einer erstrangigen Hypothek abgesichert sind. Die Einzelheiten ergeben sich aus Art. 39 Bankgesetz. Darüber hinaus wurde im Zuge der Neuordnung des Rechts des Vorvertrages bestimmt, dass derartige Hypotheken sogar gegenüber zuvor eingetragenen Vorverträgen Vorrang genießen (Art. 2825-bis c.c.¹²⁵).¹²⁶

IV. Erwerbsbeschränkungen für ausländische Käufer

Grunderwerbsbeschränkungen bestehen in Italien für den Erwerb von Grundvermögen in Grenzgebieten und Gebieten von militärischer Bedeutung. Hier ist eine vorherige Genehmigung durch den Präfekten der Provinz und die Militärbehörden vorgeschrieben.¹²⁷ Zu den davon betroffenen Gebieten zählen weite Teile der Toskana, die Inseln Pontine, Flegree, Capri, Tremitti, Eolie, Ustica, Egadi, Etantalleria, Pelagie, ferner weite Teile von La Maddalena, Asinara, Tavolara, San Pietro und Sant'Antico.¹²⁸ Ausgenommen von der Genehmigungspflicht sind italienische Staatsbürger und italienische juristische Personen.

Im Schrifttum werden diese Regelungen teilweise als unverhältnismäßige Diskriminierung im Sinne von Art. 12 EG-Vertrag angesehen, da der Grunderwerb durch Ausländer keine militärische Bedrohung darstelle. Derzeit liegt dem EuGH ein italienisches Vorabentscheidungsersuchen vor, das die Eintragung von zwei deutschen Staatsangehörigen in das Immobilienregister der Insel Ischia betrifft.¹²⁹

V. Kosten und Steuern des Immobilienerwerbs

1. Kosten

Genauere Angaben über die beim Immobilienerwerb anfallenden Kosten waren nicht zu erhalten. Nach Auskunft eines Notars fällt beim Erwerb einer Immobilie zum Preis von Lit. 500.000.000 (= ca. 250.000 Euro) ein Gesamtbetrag von Lit. 450.000 bis 600.000 für die folgenden Kosten an:

- drei Blatt Stempelpapier (tre fogli uso bollo),
- Eintragungsgebühr (tassa di trascrizione),

¹²⁴Die Einzelheiten regelt die Banca d'Italia in einer Verordnung auf der Grundlage von Art. 38 Abs. 3 Bankgesetz.

¹²⁵In der Fassung von Art. 3 der Gesetzesverordnung Nr. 669 v. 31.12.1996, bestätigt durch Gesetz Nr. 30 v. 28.2.1997.

¹²⁶Hierzu *Fasciani*, Jahrbuch für Italienisches Recht 11 (1998), 205 (216).

¹²⁷Art. 1 Gesetz Nr. 1095 v. 3.6.1935, geändert durch Gesetz Nr. 2207 v. 22.3.1939 i.V.m. Art. 18 Gesetz Nr. 898 v. 24.12.1976, geändert durch Art. 9 des Gesetzes Nr. 104 v. 2.5.1990.

¹²⁸So *Knapp*, EWS 1999, 409 (411 m. Fußn. 22 unter Bezugnahme auf einen Erlass des Verteidigungsministeriums v. 15.5.1990).

¹²⁹Zwischenzeitlich liegen die Schlussanträge des Generalanwalts vom 23.3.2000 vor, www.europa.eu.int/eur-lex/de. Danach verstößt das Genehmigungserfordernis gegen die Kapitalverkehrsfreiheit. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der beurkundende Notar gegen die Verweigerung der Eintragung in das Immobilienregister Rechtsmittel eingelegt, vgl. EuGH, Rs. C-423/98 und Vorabentscheidungsersuchen Corte d'Appello di Napoli, 29.10.1998; *Knapp*, EWS 1999, 409 (417).

- Stempelsteuer (imposta di bollo),
- Gebühren und Stempelsteuermarken für die Katasterumschreibung (diritto e bollo sulla domanda di voltura catastale),
- Registerinsicht (visura ipotecaria),
- Gebühr für das Notariatsarchiv (tassa archivio notarile).

Hinzu kommt das Honorar des Notars, je nach Umfang und Schwierigkeit der Angelegenheit zwischen Lit. 2.000.000 und 3.600.000.

Die übliche Maklerprovision variiert zwischen 2 v.H. und 3 v.H. und ist jeweils vom Käufer und vom Verkäufer zu entrichten.

Sonach hat der Käufer bei einem Immobilienerwerb zum Preis von Lit. 500.000.000 (= 250.000 Euro) mindestens mit folgenden Kosten zu rechnen:¹³⁰

– Kosten und Auslagen des Notars	Lit. 450.000
– Honorar des Notars	Lit. 2.000.000
– Maklerprovision (2 v.H.)	Lit. 10.000.000
Gesamtkosten	Lit. 12.450.000 (6.225 Euro)
ohne Makler:	Lit. 2.450.000 (1.225 Euro)

Im ungünstigsten Fall betragen die Kosten:¹³¹

– Kosten und Auslagen des Notars	Lit. 600.000
– Honorar des Notars	Lit. 3.000.000
– Maklerprovision (3 v.H.)	Lit. 15.000.000
Gesamtkosten	Lit. 19.200.000 (9.600 Euro)
ohne Makler	Lit. 4.200.000 (2.100 Euro)

Hinzukommen können im Einzelfall unter anderem auch noch die Kosten für einen Landvermesser (geometra) für die Überprüfungen im Katasteramt.¹³²

2. Steuern beim Immobilienkauf¹³³

a) Grundlagen

In Betracht kommen vor allem die folgenden Steuerarten:

- Registersteuer (imposta di registro);¹³⁴
- Mehrwertsteuer (imposta sul valore aggiunto = I.V.A.);¹³⁵
- Hypothekensteuer (imposta ipotecaria) und Katastersteuer (imposta catastale);¹³⁶

¹³⁰Angaben ohne Gewähr.

¹³¹Angaben ohne Gewähr.

¹³²*Dolce/Lösch*, Jahrbuch für Italienisches Recht 6 (1993), 183 (191).

¹³³Schrifttum: *G. Trabucchi* (o. Fußn. 4), Abschnitt 11 (S. 99 ff.), Stand 1982; *De Grandi*, Die neue Immobilienbesteuerung in Italien – Steuern auf Besitz und Erwerb, in: *Schönhofer/Böhner* (Hg.), Haus- und Grundbesitz im Ausland, Loseblatt, Länderteil Italien, S. 201 ff. (Stand: Mai 1993); *Dolce/Lösch*, Jahrbuch für Italienisches Recht 6 (1993), 183 (195 ff.); *Reichel* (o. Fußn. 7), S. 131 ff.; *Steuersätze in Geltung seit 1.1.2000*; *Lobis*, IStR 2000, 113 f.

¹³⁴Präsidentialdekret Nr. 131 v. 26.4.1986 in der aktuellen Fassung (testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro), Nachweise: Rep. giur. it., Stichwort „imposta registro“.

¹³⁵Präsidentialdekret Nr. 633 v. 26.10.1972 in der aktuellen Fassung (istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto), Nachweise: Rep. giur. it., Stichwort „imposta valore aggiunto“.

¹³⁶Gemeinsam geregelt in der Gesetzesverordnung Nr. 347 v. 31.10.1990 (testo unico sulle imposte ipotecaria e catastale), Nachweise: Rep. giur. it., Stichwort „imposta ipotecaria“.

- kommunale Wertzuwachssteuer (imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili = IN.V.IM)¹³⁷

Bis auf die kommunale Wertzuwachssteuer sind die aufgeführten Steuern im Innenverhältnis zwischen den Vertragsteilen vom Käufer zu tragen.¹³⁸

Grundstückskaufverträge müssen beim Registeramt (Ufficio del Registro) eingetragen werden. Dazu sind die Parteien und der beurkundende Notar verpflichtet. Die Registersteuer ist bei der Einreichung dieses Antrags sofort zu bezahlen. Da auch der Notar für die Steuer haftet, wird er die Beurkundung von der Vorab-Entrichtung der Registersteuer an ihn abhängig machen und den eingezogenen Betrag sodann an das Amt weiterleiten.¹³⁹ Bemessungsgrundlage für die Registersteuer ist der im Vertrag von den Parteien angegebene Kaufpreis (Art. 43, 51 Präsidialdekret Nr. 131/1986). Die Mehrwertsteuer ist unmittelbar an den Veräußerer zu zahlen.

Die Hypothekensteuer fällt bei Eintragung in das Immobilienregister (trascrizione) an, die Katastersteuer bei der Katasterumschreibung (voltura catastale). Der Steuersatz beträgt 2 v. H. (Hypothekensteuer) bzw. 1 v. H. (Katastersteuer). Handelt es sich um einen erstmaligen Immobilienerwerb zur Begründung eines Hauptwohnsitzes in Italien („prima casa“), so betragen die Hypotheken- und Katastersteuer jeweils unabhängig vom Kaufpreis Lit. 250.000. Vor der notariellen Beurkundung muss sich der Käufer eine Steuernummer (codice fiscale) zuteilen lassen. Zuständig ist die örtliche Steuerbehörde (ufficio d'imposte dirette).

Die nachfolgende Darstellung behandelt den Erwerb von unbebauten sowie bebauten Grundstücken und Eigentumswohnungen zu Wohnzwecken. Unberücksichtigt bleibt der Erwerb landwirtschaftlich genutzter Flächen.

b) Immobilienerwerb von Privatpersonen

Hier entstehen folgende Steuerbelastungen:

- Registersteuer: 7 v. H. (3 v. H. falls „prima casa“)
- Hypothekensteuer: 2 v. H. (Lit. 250.000 falls „prima casa“)
- Katastersteuer: 1 v. H. (Lit. 250.000 falls „prima casa“)

Beim Immobilienerwerb von Privatpersonen fällt keine Mehrwertsteuer an.

c) Immobilienerwerb von Unternehmen

Ein solcher Vorgang ist umsatzsteuerpflichtig (Art. 1 Präsidialdekret Nr. 633 vom 26.10.1972). Der Steuersatz beträgt grundsätzlich 20 v. H. (Art. 16 Abs. 1 des Dekrets). Ausnahmen ergeben sich für Immobilien ohne Luxuscharakter (Art. 16 Abs. 2 des Dekrets i. V. m. Tabelle A, Ziff. 127 undecies¹⁴⁰), ferner für die „prima casa“.¹⁴¹

¹³⁷Präsidialdekret Nr. 643 v. 26.10.1972; Nachweise: Rep. giur. it., Stichwort „tributi locali“.

¹³⁸Cian/Trabucchi/Zaccaria (o. Fußn. 28), Art. 1475 c.c. Anm. II; *Delle Monache*, Nuove leggi civ. comm. 1998, I (7).

¹³⁹Vgl. *Dolce/Lösch*, Jahrbuch für Italienisches Recht 6 (1993), 183 (197); vgl. zu den Steuervergünstigungen unter dem Gesichtspunkt der „prima casa“: Art. 1 Abs. 6 des Gesetzes Nr. 168/1992; Gesetz Nr. 118/1985; Gesetzesverordnung Nr. 155/1993, bestätigt durch Gesetz Nr. 243/1993.

¹⁴⁰In der Fassung v. Art. 16 Abs. 5 der Gesetzesverordnung Nr. 155/1993, bestätigt durch Gesetz Nr. 243/1993, nachfolgend geändert durch Art. 4 Abs. 1 der Gesetzesverordnung Nr. 557/1993, bestätigt durch Gesetz Nr. 133/1994.

¹⁴¹Vgl. dazu die Nachweise in Fußn. 139.

Hier entsteht für den Käufer folgende Steuerbelastung:

- Mehrwertsteuer im Normalfall: 20 v. H.
- Ermäßigte Mehrwertsteuer beim Erwerb von Wohnungen, Gebäuden oder Gebäudeteilen ohne Luxuscharakter („non dilusso“): 10 v. H.¹⁴²
- Ermäßigte Mehrwertsteuer beim erstmaligen Immobilienerwerb zur Begründung eines Hauptwohnsitzes („prima casa“): 4 v. H.
- Registersteuer: Lit. 250.000
- Hypothekensteuer: Lit. 250.000
- Katastersteuer: Lit. 250.000

d) Belastungen des Verkäufers

Der Verkäufer hat die Kommunale Wertzuwachssteuer zu entrichten, und zwar für den bis zum 31.12.1992 eingetretenen Wertzuwachs. Die Steuerschuld errechnet sich in Anwendung einer Staffeltabelle. Die Tabelle stellt auf den Wertzuwachs der Immobilie und den Unterschiedsbetrag zwischen dem Verkaufspreis und dem seinerzeit vom jetzigen Verkäufer gezahlten Kaufpreis ab. Wegen der stark einzelfallbedingten Steuerbemessung lässt sich lediglich pauschal sagen, dass die Belastung aus der Wertzuwachssteuer zwischen 5 v. H. und 30 v. H. liegt.¹⁴³ Für Wertzuwächse nach dem 31.12.1992 findet die Wertzuwachssteuer keine Anwendung mehr.¹⁴⁴

e) Berechnungsbeispiel¹⁴⁵

Sachverhalt:

Privatmann A erwirbt von Privatmann B ein Hausgrundstück zu Wohnzwecken. Es handelt sich um den ersten Immobilienerwerb des A in Italien und A will dort seinen Erstwohnsitz (residenza) errichten. Damit kommt A in den Genuss der Vergünstigungen unter dem Gesichtspunkt der „prima casa“. Der Kaufpreis beträgt Lit. 500.000.000 (250.000 Euro).

Steuerbelastung des Käufers:

– Registersteuer: 3 v. H.	
aus Lit. 500.000.000 =	Lit. 15.000.000
– Hypothekensteuer:	Lit. 250.000
– Katastersteuer:	Lit. 250.000
Gesamt:	Lit. 15.500.000 (7.750 Euro)

Abwandlung:

Die Voraussetzungen des erstmaligen Immobilienerwerbs zur Begründung eines Wohnsitzes („prima casa“) liegen nicht vor:

Steuerbelastung des Käufers:

– Registersteuer: 7 v. H.	Lit. 35.000.000
– Hypothekensteuer: 2 v. H.	Lit. 10.000.000
– Katastersteuer: 1 v. H.	Lit. 5.000.000
Gesamt:	Lit. 50.000.000 (25.000 Euro)

¹⁴²Der Luxuscharakter ist anhand der in Tabelle A Ziff. 127 undecies zum Umsatzsteuergesetz (Präsidialdekret Nr. 633 v. 26.10.1972) aufgeführten Gesetze und Verordnungen zu beurteilen, insbesondere anhand der Wohnfläche und der Zimmeranzahl.

¹⁴³*Dolce/Lösch*, Jahrbuch für Italienisches Recht 6 (1993), 183 (199).

¹⁴⁴Vgl. zu den laufenden Belastungen des Eigentümers nunmehr die außerordentliche Grundstückssteuer (imposta straordinaria immobiliare = I.S.I.) gem. Gesetzesverordnung Nr. 504/1992 und die kommunale Immobiliensteuer (imposta comunale immobiliare = I.C.I.), ebenfalls Gesetzesverordnung Nr. 504/1992.

¹⁴⁵Angaben ohne Gewähr; weitere Beispiele bei *Reichel* (o. Fußn. 7), S. 133 ff.

Notariat und Niederlassungs-/Dienstleistungsfreiheit¹

Von Notar Dr. Wolfgang Drasch LL.M., Weilheim i. OB.

Bei den hier zu besprechenden Arbeiten handelt es sich um zwei Dissertationen, die sich schwerpunktmäßig mit der Frage der Anwendbarkeit des Art. 45 EGV n.F.² auf die Berufstätigkeit der Notare befassen und hierbei zu Ergebnissen gelangen, die dem Notariat sehr wohlgesonnen sind. Die Arbeit von *Hergeth* wurde von Prof. Hans-Jürgen Sonnenberger (Universität München) betreut. Das Werk von *Knechtel* wurde von der Universität Wien als Dissertationsschrift angenommen und mit dem Kurt-Wagner-Preis 1994 des österreichischen Notariats ausgezeichnet.

Spätestens seit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im berühmten *Reyners-Verfahren*³, wonach die Vorbehaltsklausel des Art. 45 Abs. 1 EGV nicht auf die Berufsausübung der Rechtsanwälte in Belgien anwendbar ist, stellt sich auch für das Notariat immer wieder die Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften des EGV über die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit bzw. – in bezug auf die im Staatsdienst stehenden Notare in Portugal und Baden-Württemberg – über die Arbeitnehmerfreizügigkeit auf die notarielle Berufsausübung. Dieser Thematik widmen sich die beiden zu besprechenden Arbeiten in sehr grundlegender und ausführlicher Weise.

I.

1. *Hergeth* stellt in einem ersten Teil seiner Arbeit die *Erscheinungsformen des Notariats in Europa* dar. Hierbei geht er zunächst auf die charakteristischen Züge des lateinischen Notariats in Abgrenzung zu verwandten Berufen im Bereich des Common Law ein und versucht – ungeachtet der mannigfaltigen Unterschiede im Einzelnen –, für die Länder des lateinischen Notariats gemeinsame Strukturprinzipien im Sinne eines Typus „lateinischer Notar“ herauszuarbeiten.

Sodann folgt in einem weiteren Abschnitt eine nach Ländern geordnete *Einzeldarstellung* der Ausprägungen des lateinischen Notariats bzw. der entsprechenden Berufe in den Ländern, die das lateinische Notariat nicht kennen. Hierbei beschränkt sich *Hergeth* auf die zum Zeitpunkt der Abfassung seiner Untersuchung vorhandenen zwölf Mitgliedsstaaten der EU, geht also insbesondere nicht auf das Notariat in Österreich ein. Beeindruckend ist die umfassende Auswertung der deutschen und fremdsprachigen Literatur durch den Autor, die über kleinere Ungenauigkeiten wie die Äußerung, dass die im OLG-Bezirk Stuttgart bestellten Anwaltsnotare und Nurnotare zumeist ehemalige Bezirksnotare seien (was ja nur für die dortigen Nurnotare richtig ist), oder die Frage der Zuläs-

sigkeit einer Sozietät von niederländischen Notaren mit Wirtschaftsprüfern gern hinwegsehen lässt. Angesichts der Person seines Doktorvaters Sonnenberger nicht weiter verwunderlich ist insbesondere die vorzügliche und detailgenaue Darstellung des Notariats in Frankreich. Demgegenüber beschränken sich die Ausführungen etwa zu dem für das lateinische Notariat in seiner klassischen Form bedeutsamen Notariat in Spanien auf wenige Hinweise. Das beamtete Notariat in Portugal wird in seinen Grundstrukturen vorgestellt, was angesichts des zwischenzeitlich ergangenen Urteils des EuGH im „Modelo“-Verfahren⁴ von besonderem Interesse ist.

Für den Bereich des Common Law arbeitet *Hergeth* deutlich die Unterschiede zwischen den verschiedenen „notarverwandten“ Berufen heraus und vergisst auch nicht die kleine Gruppe der *Scrivener Notaries*, die innerhalb eines Bereichs von drei Meilen um die Stadtgrenzen von London herum speziell für die Beurkundung von im Ausland zu verwendenden Urkunden zuständig sind.

2. Im zweiten Teil seiner Arbeit analysiert *Hergeth* sodann die *Freizügigkeitsregeln des EGV*, soweit sie für die Berufstätigkeit des Notars von Interesse sind, also die Bestimmungen betreffend die Niederlassungsfreiheit, die Dienstleistungsfreiheit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die Ausführungen hierzu sind zwar knapp, aber sehr präzise. Die Dienstleistungsfreiheit ist vom EuGH spätestens seit dem Urteil „*Säger/Dennemeyer*“⁵ analog der sogenannten „*Cassis-de-Dijon* Rechtsprechung“ zur Warenverkehrsfreiheit⁶ zu einem umfassenden Beschränkungsverbot ausgebaut worden. Verboten sind danach alle nicht durch Gründe des öffentlichen Wohls gerechtfertigten oder unverhältnismäßigen Beschränkungen des freien Verkehrs von Dienstleistungen. Im Gegensatz hierzu steht nach *Hergeth* die Niederlassungsfreiheit, die vom EuGH trotz gewisser Konvergenztendenzen weiterhin als – allerdings weit verstandenes – Diskriminierungsverbot aufgefasst werde⁷. Zwischenzeitlich ist die Entwicklung hier in eine andere Richtung gegangen. Insbesondere Entscheidungen des EuGH zum Verhältnis von nationalem Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit haben diese Grundfreiheit in jüngster Zeit immer mehr zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot analog der Dienstleistungsfreiheit ausgebaut, was aber die grundsätzlichen Unterschiede im Tatbestand (dauerhafte oder aber nur vorübergehende Tätigkeit im Empfangsstaat) und deren Einfluss auf die Auslegung der Vorbehaltsklausel des Art. 45 EGV unberührt lässt (dazu noch unten).

³ EuGH 21.06.1974, Rs. 2/74 (*Reyners*), Slg. 1974, 631.

⁴ EuGH 29.09.1999, Rs. C-56/98, EuZW 1999, 724 = DNotZ 1999, 936; vgl. zu den abweichenden Schlussanträgen des Generalanwalts die Zusammenfassung des Verf. in „notar“ 2/99, S. 76 ff.

⁵ EuGH 25.07.1991, Rs. C-76/90, Slg. 1991 I 4221.

⁶ Diese Rechtsprechung nahm ihren Anfang mit der „*Cassis-de-Dijon*“ – Entscheidung des EuGH vom 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649.

⁷ Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit ausführlich Verf., *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht*, 1997, S. 123 ff., zur Niederlassungsfreiheit ebenda, S. 189 ff.; vgl. aus der neuesten Literatur zur Niederlassungsfreiheit etwa *Weiß*, *Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit*, EuZW 1999, 493 ff.

¹ Buchbesprechung zu *Armin C. Hergeth*, *Europäisches Notariat und Niederlassungsfreiheit nach dem EG-Vertrag – Grenzüberschreitende Berufsausübung durch Notare in europarechtlicher Perspektive*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1996 und *Gerhard Knechtel*, *Das Recht der Notare auf Berufsausübung – Verfassungsrechtliche und europarechtliche Grenzen des Berufsrechts*, Schriftenreihe des Österreichischen Notariats, Band 1, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1996

² Durch den *Amsterdamer Vertrag* vom 02.10.1997, der am 01.05.1999 in Kraft getreten ist, wurde die Artikelfolge des EGV geändert. Die Vorschriften des EGV werden nachstehend in der Fassung des *Amsterdamer Vertrages* zitiert. Danach trat an die Stelle des bisherigen Art. 55 EGV die Vorschrift des Art. 45 EGV.

Störend ist, dass *Hergeth* nahezu vollständig auf eine Anführung der einschlägigen Entscheidungen des EuGH verzichtet und sich stattdessen auf Zitate aus der Sekundärliteratur beschränkt. Diese Zitate sind zudem zumeist eher willkürlich gewählt und geben keineswegs immer die grundlegenden Arbeiten wieder. Außerdem hätte *Hergeth* manche Schwierigkeiten der Abgrenzung von Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit durch nähere Beleuchtung des insoweit besonders bedeutsamen Urteils „Gebhard“⁸ (betreffend die ständige Berufstätigkeit eines deutschen Anwalts in Mailand) in den Griff bekommen können.

3. Im Mittelpunkt des dritten Teils der Arbeit von *Hergeth* steht die *Anwendbarkeit der Vorschriften des EG-Vertrages über die Niederlassungsfreiheit auf Notare*. Der Autor bemängelt hierbei zunächst zu Recht die in der Literatur oft zu beobachtende unsaubere Trennung der Fragenkreise der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit auf Notare und des Eingreifens des Souveränitätsvorbehaltes der Mitgliedsstaaten in Art. 45 EGV.

Hergeth stellt fest, dass der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit nach den vom EuGH entwickelten Kriterien (selbständige Tätigkeit, Erwerbszweck, Teilnahme am wirtschaftlichen Leben und Dauerhaftigkeit) auch für Notare eröffnet ist. Hinsichtlich der möglicherweise im Hinblick auf die notarielle Tätigkeit problematischen Kriterien des Erwerbszwecks und der Teilnahme am wirtschaftlichen Leben kann sich *Hergeth* hierbei auf die Entscheidung des EuGH zur Mehrwertsteuerbefreiung der niederländischen Notare stützen. In dieser Entscheidung hatte der Gerichtshof festgestellt, dass die niederländischen Notare unabhängig von der Einordnung ihrer Tätigkeit als Ausübung eines öffentlichen Amtes selbständig eine wirtschaftliche Tätigkeit in Form der Erbringung von Dienstleistungen gegenüber Dritten ausüben⁹. *Hergeth* betont in diesem Zusammenhang zu Recht, dass zwischen selbständiger Tätigkeit und Ausübung eines öffentlichen Amtes kein Widerspruch bestehen muss.

Im Folgenden wendet sich *Hergeth* der Interpretation des *Vorbehaltes des Art. 45 EGV* zu, wonach das Kapitel über die Niederlassungsfreiheit „auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedsstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden sind“, in dem betreffenden Mitgliedsstaat keine Anwendung findet. Ausgehend von der Feststellung, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine Ausnahmeregelung handelt, was eine Begrenzung ihrer Reichweite durch den ihr zugrunde liegenden Zweck erfordere, stellt *Hergeth* zunächst fest, dass sich der EuGH in seiner Entscheidung „Reyners“ grundsätzlich zum sogenannten Trennungsprinzip bekannt habe, wonach nicht „automatisch“ ein ganzer Beruf als solcher aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen ist, wenn nur ein Teil der mit diesem Beruf verbundenen Tätigkeiten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt einhergeht (s. näher unten). Sodann betont *Hergeth* zu Recht, dass der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ einer einstufigen gemeinschaftsrechtlichen Auslegung unterliegt. Ein Mitgliedsstaat kann daher die Souveränitätsreserve aus Art. 45 EGV nur insoweit in Anspruch nehmen, als dies die Kompetenz der Gemeinschaft nicht berührt. Der Umfang der Gemeinschaftskompetenz kann aber wiederum nur nach Gemeinschaftsrecht zu bestimmen sein.

⁸ EuGH 30.11.1995, Rs. C-45/94, EuZW 1996, 92.

⁹ EuGH 26.03.1987, Rs. 235/85 (Kommission/Niederlande), Slg. 1987, 1471.

Im Anschluss gibt *Hergeth* verschiedene *abstrakte Definitionen* für Tätigkeiten wieder, die in einem Mitgliedsstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden sind. Er verweist darauf, dass der EuGH bisher lediglich entschieden habe, dass derartige Tätigkeiten eine „unmittelbare und spezifische“ Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen müssen. Im Ergebnis verzichtet *Hergeth* wohl zu Recht auf eine eigene Definition. Aus der Rechtsprechung des EuGH entnimmt er lediglich, dass der Gerichtshof wohl solche Tätigkeiten stets als Ausübung öffentlicher Gewalt ansehen würde, die den Richter in seiner richterlichen Beurteilung oder zumindest in seiner Beweiswürdigung binden.

Sodann unterzieht *Hergeth* die verschiedenen *Tätigkeitsfelder der lateinischen Notare* einer Einzelanalyse und unterscheidet hierbei notarielle Beurkundung, notarielle Beratung und sonstige Tätigkeiten des Notars.

Im Bereich der *Beurkundungstätigkeit* weist er anhand einer beeindruckend umfassenden Analyse der Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU vor allem auf die Beweiskraft notarieller Urkunden sowie auf die Möglichkeit der Vollstreckung aus notariellen Urkunden hin. Aufgrund der in allen Ländern mit lateinischem Notariat grundsätzlich eingreifenden Echtheits- und Richtigkeitsvermutung notarieller Urkunden sowie der damit verbundenen erschwerten Anfechtung ihrer Beweiskraft kommt *Hergeth* zu dem Ergebnis, dass es sich bei der notariellen Beurkundung um eine Tätigkeit handelt, die bindende Wirkung für die richterliche Entscheidung in nachfolgenden Prozessen besitzt. Dies und die Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden (Anfertigung von Titeln und Erteilung von Vollstreckungsklauseln durch den Notar) sind für ihn daher Anlass, die notarielle Beurkundung als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EGV anzusehen.

Hinsichtlich der *Beratungstätigkeit* der Notare stellt *Hergeth* entscheidend auf den Unterschied ab zwischen einer Beratung, die final auf eine Beurkundung ausgerichtet ist, und der sonstigen Beratungstätigkeit. Er kommt zu dem Ergebnis, dass der weit überwiegende Teil der juristischen Beratung seitens des Notars auf eine Beurkundung ausgerichtet und somit durch die Ausübung öffentlicher Gewalt geprägt ist. Er weist allerdings darauf hin, dass etwas anderes insbesondere dort gelte, wo notarielle Tätigkeiten in Bereiche hineinragen, die etwa der Anwalts-, Unternehmensberatungs- oder Maklertätigkeit zuzurechnen sind.

Im Rahmen der Analyse der *sonstigen notariellen Tätigkeiten*, die seiner Ansicht nach als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren sind, hebt *Hergeth* vor allem die Festsetzung und Abführung von Steuern durch Notare hervor. Daneben erwähnt er die Erstellung von Bescheinigungen über Vertretungsberechtigungen, die Abnahme von Eiden und eidesstattlichen Versicherungen sowie die Erteilung von Nachweisen über eine Erbenstellung.

Da es für *Hergeth* im Ergebnis in einigen Mitgliedstaaten einen nicht zu vernachlässigenden Teil notarieller Tätigkeiten gibt, der nicht mit der Ausübung von öffentlicher Gewalt verbunden ist (z.B. Tätigkeit als Immobilienmakler, Vermögensverwalter, Darlehensvermittler oder Parteivertreter), behandelt er im folgenden Kapitel nunmehr das äußerst umstrittene Problem der *Abtrennbarkeit einzelner Tätigkeiten* im Rahmen der Anwendung des Art. 45 EGV. Hinter dieser bereits oben im Zusammenhang mit der „Reyners“-Entscheidung des EuGH aufgeworfenen Problematik verbirgt sich die Frage, ob die Ausnahmeregelung des Art. 45 EGV auf einzelne notari-

elle Tätigkeiten Anwendung finden kann, auf andere dagegen nicht, oder ob der Beruf des Notars als ganzes aus dem Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit herausgenommen werden muss („Einheitsprinzip vs. Trennungsprinzip“). Nach dem Einheitsprinzip fällt ein Beruf komplett unter die Ausnahmevorschrift des Art. 45 Abs. 1 EGV, wenn er auch nur zum Teil Tätigkeiten umfasst, die isoliert betrachtet als Ausübung öffentlicher Gewalt anzusehen sind. Nach dem Trennungsprinzip ist dagegen auf die einzelnen Tätigkeiten abzustellen. Auf Tätigkeiten innerhalb eines Berufes, die isoliert betrachtet zur Ausübung öffentlicher Gewalt gehören, ist Art. 45 EGV daher anwendbar, auf die übrigen Tätigkeiten dagegen nicht.

Hergeth entscheidet sich im Grundsatz zunächst für eine durchaus überzeugende *Kombination von Einheits- und Trennungsprinzip*. Danach fällt ein Beruf immer dann komplett unter die Ausnahmevorschrift des Art. 45 EGV, wenn diejenigen Tätigkeiten, die nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, das betreffende Berufsbild nicht prägen, also nur akzessorisch sind. Dagegen ist dem Trennungsprinzip zu folgen, wenn nur ein relativ unbedeutender Teil eines Berufes als Ausübung öffentlicher Gewalt anzusehen ist. Hier ist dann auch nur dieser Teil der Berufstätigkeit von der Ausnahmevorschrift des Art. 45 EGV erfasst und damit von der Anwendung der Grundsätze über die Niederlassungsfreiheit befreit. Die das Berufsbild prägenden und nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeiten unterstehen dagegen voll der Niederlassungsfreiheit.

Die von *Hergeth* vorgenommene Differenzierung befindet sich, wie schon erwähnt, *im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH*, der in der zitierten Rechtssache „Reyners“ entscheidend darauf abstellt, dass die Fälle, in denen belgische Rechtsanwälte öffentliche Gewalt ausüben, nämlich bei der Komplettierung der Richterbank, nur von geringer Bedeutung für den Berufsstand und daher von ihrer übrigen Tätigkeit zu trennen sind. Die Auffassung von *Hergeth* entspricht auch dem Sinn und Zweck des Art. 45 EGV, der gerade verhindern soll, dass sich ein Berufsstand, der in einem einheitlichen Wirtschaftsraum grenzüberschreitend ausübbar sein soll, allein durch Verweis auf relativ unbedeutende Teilaspekte seines Berufsbildes von dieser Liberalisierung ausnimmt.

Allerdings darf nach der überzeugenden Auffassung *Hergeths* auch diese an sich richtige Kombination von Einheits- und Trennungsprinzip nicht zu einer „Segmentierung“ führen, bei der für Berufsbilder wie das des Notars nach Ausklammerung der wesentlichen und berufstypischen hoheitlichen Tätigkeiten nur ein „Restberuf“ bleibt, der zwar grenzüberschreitend ausgeübt werden könnte, aber völlig ohne die das Berufsbild „Notar“ prägenden Elemente auskommen müsste. Für die Annahme einer grundsätzlichen Trennbarkeit müssten mit anderen Worten isoliert betrachtet die liberalisierungsfähigen Tätigkeiten deutlich überwiegen, wie dies insbesondere bei Rechtsanwälten, aber gerade nicht beim Notar der Fall sei.

Bei der Frage nach den *das Berufsbild des Notars prägenden Elementen* lehnt *Hergeth* anders als *Knechtel* (hierzu unten) quantitative Kriterien wie den Anteil am Umsatz einer Berufsgruppe, den Zeitaufwand oder den Anteil am erwirtschafteten Gewinn ab und entscheidet sich für qualitative Maßstäbe. Auf dem Hintergrund seiner Analyse der verschiedenen notariellen Tätigkeiten kommt *Hergeth* zu dem Ergebnis, dass der Beruf des Notars aufgrund der Beurkundungstätigkeit, der in den allermeisten Fällen auf eine Beurkundung hin ausgerichteten juristischen Beratung und der sonstigen hoheitlichen

Tätigkeiten des Notars entscheidend durch die Ausübung öffentlicher Gewalt gekennzeichnet und daher komplett von der Ausnahmevorschrift des Art. 45 EGV erfasst ist.

Er weist allerdings darauf hin, dass die Frage der Ausdehnung des Art. 45 EGV auf den gesamten Notarberuf *für jeden Mitgliedstaat* gesondert zu würdigen sei. Speziell in bezug auf das französische und niederländische Notariat mit seinen zwischenzeitlich weit gespannten gewerblichen Tätigkeitsfeldern (Maklertätigkeit, Sachverständigentätigkeit, Unternehmensberatung usw.) sei ein abweichendes Ergebnis auf Dauer nicht auszuschließen. Hier sei daher früher oder später ein europarechtlicher Zwang zur Zulassung bzw. Anerkennung von auf die Ausübung derartiger „gewerblicher“ Tätigkeiten beschränkten ausländischen „Teil-Notaren“ bzw. „Rest-Notaren“ denkbar, die dann in Konkurrenz zu den weiterhin umfassend tätigen einheimischen Notaren stünden.

4. Im vierten Teil seiner Arbeit stellt *Hergeth* die Rechtsfolgen der Anwendbarkeit von Art. 45 EGV auf die notarielle Tätigkeit am Beispiel des *Nationalitätsvorbehalts und der Diplom- anerkennung* dar.

Während ein Teil der Literatur davon ausgeht, dass sich Art. 45 Abs. 1 EGV in der Befugnis der Mitgliedsstaaten erschöpft, für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten die eigene Nationalität fordern zu können, verstehen die übrigen Autoren die Vorschrift als umfassende Souveränitätsreserve für die Mitgliedsstaaten mit der Folge ihrer alleinigen Regelungs- und Organisationskompetenz für die von der Vorschrift erfassten Berufe.

Folgt man der Auffassung, die in der Vorschrift einen reinen Nationalitätsvorbehalt sieht, dann würde der Verzicht eines Mitgliedsstaates, für die Tätigkeit des Notars die eigene Staatsbürgerschaft zu verlangen, zugleich einen Verzicht auf die Befugnis zur Regelung des Berufs als solchen, etwa durch Auswahlverfahren (*numerus clausus*, Eingangselektion), örtliche Beschränkungen, Standesrecht usw., bedeuten.

Hergeth schließt sich demgegenüber zu Recht der gegenteiligen Meinung an, die in einem Verzicht auf den Nationalitätsvorbehalt noch keine Aufgabe der mitgliedstaatlichen Befugnis zur Regelung und Organisation des betreffenden Berufes sieht.

Ausgehend von dieser Prämisse stellt *Hergeth* sodann die Konsequenzen der Anwendung des Art. 45 EGV auf die *Nationalitätenklausel* dar und weist auf die liberalen Neuregelungen im deutschen und französischen Beamtenrecht hin. Die berufspolitisch sicher wünschenswerte und durchaus plausible Folgerung von *Hergeth* lautet, dass die Mitgliedsstaaten ihr jeweiliges Recht dahingehend ändern könnten, dass auch EU-Bürger zum Notar ernannt werden können, ohne dass deshalb „automatisch“ auch die Freizügigkeitsregelungen des EGV zur Anwendung kämen. Eine Verpflichtung zur Abschaffung des Nationalitätsvorbehalts bestehe jedoch angeblich nicht¹⁰.

Allerdings hat die Kommission der EU bislang den Nationalitätsvorbehalt stets als Indiz für die Qualifikation der notariellen Tätigkeit als hoheitlich angesehen. Seit kurzem hält sie nunmehr offenbar den Nationalitätsvorbehalt für unzulässig, wobei unklar bleibt, ob sie damit auch die Regelungskom-

¹⁰ So auch die Auffassung der Bundesnotarkammer, vgl. BNotK intern, Heft 5/99, S. 5, und der europäischen Standesorganisationen, vgl. Resolution der Konferenz der Notariate der Europäischen Union zu Notariat und Art. 55 EG-Vertrag, DNotZ 1999, 530.

petenz der Mitgliedstaaten für ihr jeweiliges Notariat nach Art. 45 EGV zu Fall bringen will¹¹.

Zur Frage der Anwendbarkeit der *Diplomanerkennungsrichtlinie*¹² der EU vertritt *Hergeth* die Auffassung, dass diese schon aufgrund ihrer zwölften Begründungserwägung, wonach sie in keiner Weise die Anwendung von Art. 45 EGV präjudiziere, nicht für das Notariat gelte¹³. Das gleiche wird sich auch von der in jüngster Zeit erlassenen Niederlassungsrichtlinie für die Anwaltschaft¹⁴ sagen lassen.

Von besonderer Bedeutung ist für *Hergeth*, dass es im Bereich des Notariats mit der bloßen Anerkennung von Diplomen ohnehin nicht getan wäre, da für die Zulassung zum Notariat nach dem Recht der Mitgliedstaaten weitere Prüfungen mit Wettbewerbscharakter abgelegt werden müssen. Im Bereich eines numerus-clausus-Systems mit Wettbewerbscharakter führt, wie der Autor zu Recht betont, das System von „Anerkennung statt Harmonisierung“ daher keinesfalls weiter¹⁵.

5. Im fünften und letzten Teil seiner Arbeit wagt *Hergeth* einen Ausblick auf die *Arbeitnehmerfreizügigkeit* und kommt auch für die staatlichen Notare in Portugal und im Landesdienst von Baden-Württemberg sowie die angestellten Notare (*notaires salariés*) in Frankreich zur Anwendbarkeit des Art. 39 EGV und damit zu ähnlichen Ergebnissen wie für die freiberuflichen Notare.

Überraschend kurz wird dagegen die berufspolitisch sehr brisante *Dienstleistungsfreiheit* behandelt. *Hergeth* beschränkt sich hier für den Bereich der Beurkundungstätigkeit auf die Problematik der *Beurkundung außerhalb des Bestellungslandes des Notars* und die *Anerkennung notarieller Urkunden in anderen Mitgliedsstaaten*, um sich sodann den sonstigen Tätigkeiten des Notars zuzuwenden.

Vor dem Hintergrund seiner vorangegangenen Ausführungen kommt er zunächst ohne nähere Differenzierung zu dem Ergebnis, dass auch im Fall der *Beurkundung außerhalb des Bestellungslandes* über Art. 55 EGV wieder die Vorschrift des Art. 45 Abs.1 EGV anwendbar sei, so dass die Mitgliedsstaaten entsprechende Verbote vorsehen könnten.

Hier ist jedoch meines Erachtens wie folgt zu differenzieren:

Einmal geht es um das *Verbot des Empfangsstaates* („*Importverbot*“), das sich, so es denn überhaupt gesetzlich¹⁶ ausgesprochen ist, nicht nur auf den Grundsatz der Völkerrechtswidrigkeit der Ausübung von Hoheitsgewalt außerhalb des eigenen Staatsgebietes stützen kann, sondern – auch nach Auffassung *Hergeths* – wohl ebenso wie die in den meisten

Mitgliedstaaten ausgesprochene Sanktion der Unwirksamkeit derartiger Urkunden zusätzlich auf Art. 45 EGV.

Zum gleichen Ergebnis kommt *Hergeth* ohne nähere Begründung andererseits offenbar auch in bezug auf das gesetzliche oder standesrechtliche Verbot des Herkunftslandes des Notars, im Ausland Beurkundungen vorzunehmen („*Exportverbot*“). Auch hier sind seiner Ansicht nach die Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich einschlägig, jedoch ist hierfür – und wohl auch für die Nichtanerkennung entsprechender Urkunden im Herkunftsland des Notars – wieder eine Rechtfertigung über Art. 45 EGV grundsätzlich möglich. Dies alles ist im Ergebnis, wenn es denn von *Hergeth* überhaupt so gemeint ist, durchaus einleuchtend.

Angesichts der auch von *Hergeth* konstatierten unterschiedlichen Charakteristika von Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit hätte jedoch zumindest die nachfolgende These, ein Verbot der Dienstleistung ausländischer Notare, die *nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden* ist (z.B. Maklertätigkeit französischer Notare), sei schon dadurch gerechtfertigt, dass solche Tätigkeiten die Organisationskompetenz für das Notariat beeinträchtigen könnten und den Anschein erweckten, dass bestimmte Tätigkeiten von einem inländischen Notar mit der Bindung an inländisches Standesrecht vorgenommen würden, einer näheren Begründung bedürft.

Die unterschiedliche Erscheinungsform von Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit ist des weiteren von Bedeutung für die Frage, ob sich auch bei der Dienstleistungsfreiheit aufgrund des Überwiegens der mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeiten eine Anwendung des Art. 45 EGV auf *sämtliche notariellen Tätigkeiten* rechtfertigen lässt oder ob hier für bestimmte, nicht-hoheitliche und abtrennbare Tätigkeiten europarechtlich eine Liberalisierung vorzunehmen ist. *Hergeth* kommt trotz verschiedener Bedenken zum gleichen Ergebnis wie bei der Niederlassungsfreiheit, spricht sich also für ein Eingreifen des Art. 45 EGV bei allen im Wege der Dienstleistungsfreiheit erbrachten notariellen Tätigkeiten aus. Dieses Ergebnis kann man aus berufsrechtlicher Sicht begrüßen, rechtlich zwingend ist es nicht. *Hergeth* gesteht immerhin zu, dass im Falle eines abweichenden, insbesondere deutlich gewerblich geprägten Berufsbildes in einem Mitgliedsstaat durchaus wieder ein anderes Ergebnis möglich ist.

Nicht unbedingt schlüssig ist schließlich die Behauptung *Hergeths*, die Dienstleistungsfreiheit sei auf notarielle Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, stets dann nicht anwendbar, wenn eine solche Tätigkeit vom Beststellungsstaat untersagt sei. Zwar ist es richtig, dass Voraussetzung für ein Eingreifen der Dienstleistungsfreiheit ist, dass es sich um eine im Herkunftsland rechtmäßig ausgeübte Tätigkeit handelt¹⁷. Doch ist damit nur die generelle Zulässigkeit der Tätigkeit im Herkunftsland gemeint. Wenn das Herkunftsland die betreffende Tätigkeit im eigenen Land zulässt und nur den „Export“ verbietet, so reicht dies für einen Ausschluss der Dienstleistungsfreiheit nicht aus. Es muss dann schon auf Art. 45 EGV zurückgegriffen werden.

Was andererseits die *Anerkennung ausländischer notarieller Urkunden im Inland* betrifft, so verneint *Hergeth* jegliche europarechtliche Bedeutung dieser Frage, da über Art. 45 Abs. 1 EGV in jedem Fall wieder der „Ausschluss der Dienst-

¹¹ Vgl. BNotK intern, Heft 5/99, S. 5.

¹² Richtlinie des Rates 89/48/EWG vom 21.12.1988 über eine allgemeine Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. 1989 L 19/16.

¹³ Ebenso Resolution der Konferenz der Notariate der Europäischen Union zu Notariat und Art. 55 EG-Vertrag, DNotZ 1999, 530.

¹⁴ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 98/5/EG vom 16.02.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedsstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. 1998 L 77/36, veröffentlicht z.B. in EuZW 1998, 523.

¹⁵ Vgl. allgemein zur Anerkennung von Berufsabschlüssen bei reglementierten und nichtreglementierten Berufen jüngst EuGH 08.07.1999, Rs. C-234/97 (Bobadilla/Museo Nacional de Prado u.a.), EuZW 1999, 569 m. Anm. Wasmeier; EuZW 1999, 746.

¹⁶ Ein standesrechtliches Verbot kann sich naturgemäß nicht auf ausländische Notare beziehen.

¹⁷ Z.B. EuGH 25.07.1991, Rs. C-76/90 (Säger), Slg. 1991, I. 4221 (Erwägung 12).

leistungsfreiheit“ zu beachten sei. Auch diese These bedürfte wohl einer näheren Begründung. Immerhin behindert die mangelnde Anerkennung ausländischer öffentlicher Urkunden in erheblichem Ausmaß die Ausübung der passiven Dienstleistungsfreiheit¹⁸ (grenzüberschreitende Dienstleistung vom Zulassungsstaat des Notars aus) bzw. der Freiheit zur „Korrespondenzdienstleistung“¹⁹ durch ausländische Notare. Ob hier hinsichtlich des Vorbehalts des Art. 45 EGV wirklich genau die gleichen Kriterien wie bei der Niederlassungsfreiheit und der „aktiven Dienstleistungsfreiheit“ gelten, ist angesichts der unterschiedlichen Interessenlage bei vorübergehender Dienstleistung (noch dazu vom Heimatstaat aus) einerseits und ständiger oder vorübergehender Berufstätigkeit im Gastland andererseits alles andere als sicher. Insbesondere ist bei einer unterschiedslosen Vermischung von Niederlassungsfreiheit und aktiver/passiver Dienstleistungsfreiheit angesichts der vom EuGH immer noch nicht gänzlich überwundenen Differenzierung auf der Rechtfertigungsebene (Beschränkungs- bzw. (weites) Diskriminierungsverbot) Vorsicht geboten.

Völlig unerwähnt bleibt bei *Hergeth* auch die immer mehr voranschreitende grenzüberschreitende Zusammenarbeit der europäischen Notare bei „internationalen“ Beurkundungsaufträgen und ihr möglicher Einfluss auf die Auslegung des Art. 45 EGV. Zwischenzeitlich haben die Standesorganisationen des Notariats sogar einen Europäischen Kodex des Standesrechts verabschiedet²⁰, der in Ziffer 2.1 diese Zusammenarbeit explizit fordert. Eine vergleichbare Regelung wurde jüngst auch ausdrücklich in § 11 a BNotO aufgenommen.

Insgesamt sind die Ausführungen von *Hergeth* hier – am Ende seiner Untersuchung – leider doch eher unsystematisch und bedürfen in jedem Falle einer weiteren wissenschaftlichen Durchdringung.

II.

Am Beginn der Untersuchung von *Knechtel* steht ein kurzer historischer Abriss, gefolgt von einer prägnanten Darstellung des notariellen Berufsrechts in Österreich, in der sehr deutlich die drei Hauptzuständigkeiten des österreichischen Notars hervorgehoben werden, nämlich die notariellen Amtsbefugnisse nach § 1 Notariatsordnung (NO), die rechtsanwaltsähnlichen Befugnisse nach § 5 NO und die Tätigkeit als Gerichtskommissär.

Sodann folgen Ausführungen zum Verhältnis zwischen den Grundrechten nach dem österreichischen Staatsgrundgesetz und dem Institut des Notariats am Beispiel der Freiheit der Erwerbsbetätigung, der Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit, dem Gleichheitssatz und dem Recht auf Bildung und deren Auswirkungen auf die bestehende Beschränkung der Zahl der Notarstellen, die Unvereinbarkeitsregeln des § 7 Notariatsordnung (NO) und eine etwaige Residenzpflicht für Notare. Im Anschluss stellt *Knechtel* das Grundrecht auf gleiche Zugänglichkeit zu öffentlichen Ämtern und sein Verhältnis zum Notariat dar.

Sämtliche von ihm untersuchten Regelungen des österreichischen Berufsrechts hält *Knechtel* im Ergebnis für verfas-

ungsgemäß. Auch eine in Österreich nicht – und in Deutschland im Grundsatz nicht mehr – vorgeschriebene Residenzpflicht würde *Knechtel* im Falle ihrer Einführung als verfassungsgemäß ansehen.

Im vierten und den ausländischen Leser naturgemäß in besonderer Weise interessierenden Teil seiner Arbeit widmet sich *Knechtel* den „Europarechtlichen Grenzen des notariellen Berufsrechts“.

Nach einer kurzen Skizzierung der Grundsätze der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit gelangt *Knechtel* zur Frage der „Anwendbarkeit des EU-Rechts auf die Tätigkeit des österreichischen Notars“. Hierbei geht er wie *Hergeth* zu Recht davon aus, dass Notare durch die Teilnahme am Wirtschaftsleben eine selbständige Erwerbstätigkeit im Sinne der Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit ausüben. Sodann stellt *Knechtel* die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zu den rechtsberatenden Berufen sowie die verschiedenen Auffassungen zur Vorschrift des Art. 45 EGV und seiner Anwendung auf die Tätigkeit der Notare im Überblick kurz dar.

Im Anschluss konzentriert sich *Knechtel* auf die für das österreichische Notariat besonders bedeutsame Frage, ob Art. 45 EGV auch auf diejenigen Tätigkeiten österreichischer Notare Anwendung finden kann, die nicht einmal zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, also auf die anwaltlichen Tätigkeiten gemäß § 5 NO. Hierbei beschränkt er sich ausschließlich auf die Frage der Abtrennbarkeit nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundener Tätigkeiten vom Berufsbild des Notars.

Hierbei ist dem Autor zunächst zuzustimmen, dass eine exakte allgemeine Definition, welche Tätigkeiten für die „normale“ Ausübung eines Berufs im Sinne der Rechtsprechung des EuGH unentbehrlich sind und welche demgegenüber ohne gravierende Beeinträchtigung des Berufsbildes weggedacht oder abgetrennt werden können, kaum möglich ist. Insbesondere könne dies subjektiv von verschiedenen Mitgliedern des Berufsstandes je nach konkreter Prägung ihrer Amtsstelle (z.B. städtisch oder ländlich) ganz unterschiedlich gesehen werden. *Knechtel* betont, dass den Notarberuf prägend seine Amtstätigkeit nach § 1 NO ist. Dennoch ließen sich die sonstige Berufstätigkeit nach § 5 NO und die gerichtskommissarische Tätigkeit nicht von der Amtstätigkeit nach § 1 NO trennen. Hierin liege ein entscheidender Unterschied zum Rechtsanwalt, der höchstens in Ausnahmefällen öffentliche Gewalt ausübe.

Im Ergebnis sind für den Autor alle drei Tätigkeitsbereiche, die dem österreichischen Notar zugewiesen sind, dergestalt miteinander verbunden, dass der Gesamtberuf vollständig von der Ausnahmeregelung des Art. 45 EGV erfasst werde. Insbesondere treffe den österreichischen Notar – anders als den Rechtsanwalt – auch im nicht-hoheitlichen Bereich eine umfassende Belehrungspflicht gegenüber allen Parteien. Auch unterliege er hinsichtlich seiner gesamten Tätigkeit der Aufsicht und Disziplinargewalt der staatlichen Behörden. Der Notar müsse, um überhaupt notariell tätig werden zu können, immer von Hoheitsbefugnissen Gebrauch machen. Erst die hoheitliche Tätigkeit mache einen Notar zum Notar. Dies gelte erst recht für einen österreichischen Notar, der auch noch das Gerichtskommissariat als rein hoheitliche Tätigkeit ausübe.

Nach Ansicht *Knechtels* kommt es auch nicht darauf an, ob sich die nicht-hoheitlichen Tätigkeiten aus dem Berufsbild

¹⁸ Vgl. hierzu zuletzt EuGH 29.04.1999, Rs. C-224/97 (Ciola/Land Voralberg), EuZW 1999, 405 ff. (Erwägungen 11 ff.); EuGH 28.10.1999, Rs. C-55/98 (Skatteministeriet/Bent Vestergaard), EuZW 2000, 20 ff. (Erwägung 20).

¹⁹ Soweit diese mit dem Standesrecht des Notars vereinbar ist!

²⁰ Deutscher Text in DNotZ 1995, 329.

des Notars herausbrechen und damit liberalisieren lassen. Vielmehr sei zu fragen, ob die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeiten von der Gesamtheit aller Tätigkeiten trennbar sind und sich der übrige privatrechtliche Restberuf noch als Notarberuf in gewöhnlicher Weise vernünftig ausüben lasse. So könne der Restberuf des Anwalts auch ohne Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, normal ausgeübt werden. Beim Notar sei das genaue Gegenteil der Fall. Bei ihm blieben nach Abtrennung nur eingeschränkte anwaltliche Befugnisse. Er wäre „Restnotar“, ohne ein öffentliches Amt zu bekleiden. Daher seien sämtliche Tätigkeiten des österreichischen Notars im Sinne einer „Einheit des Verfahrens“ im Zusammenhang zu sehen und folglich nicht abtrennbar. Auch die anwaltliche Tätigkeit nach § 5 NO sei dem Notar allein deshalb zugewiesen worden, um eine ausreichende Versorgung gerade ländlicher Gebiete mit rechtskundigen Personen sicherzustellen, die insbesondere durch die Konzentration von Rechtsanwälten an den verbleibenden Bezirksgerichten gefährdet sei.

Der nachfolgenden These *Knechtels*, im Falle einer Trennung der notariellen Tätigkeiten in hoheitliche und privatrechtliche Tätigkeiten und der damit verbundenen Liberalisierung der anwaltlichen Zuständigkeiten des Notars nach § 5 NO müsse der Konsument für die Errichtung des Notariatsaktes weiterhin einen Notar aufsuchen, für die Eintragung in das Grundbuch hätte er sich dagegen an einen Rechtsanwalt oder an einen inländischen oder einen im Rahmen der Dienst- bzw. Niederlassungsfreiheit in Österreich tätigen ausländischen „Teilnotar“, welcher nur Tätigkeiten nach § 5 NO besorgen dürfe, zu wenden, kann dagegen nicht zugestimmt werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Notar, der den Notariatsakt errichtet, nicht auch anschließend die Eintragung in das Grundbuch besorgen könnte. Er wäre hinsichtlich dieser Folgetätigkeiten nach § 5 NO lediglich dem Wettbewerb mit anderen Berufsgruppen ausgesetzt. Die Parteien wären also keinesfalls *gezwungen*, einen „zweiten Juristen“ beauftragen, sondern hätten lediglich die Möglichkeit hierzu.

Die Zuständigkeit des Notars zu Tätigkeiten nach § 5 NO würde ihm daher, anders als dies *Knechtel* annimmt, nicht genommen, er müsste insoweit nur im Wettbewerb mit anderen rechtsberatenden Berufen bestehen. Letztlich geht es *Knechtel* wohl eher um wirtschaftliche Erwägungen, wenn er ausführt, dass gerade in Zeiten der Internationalisierung die Chance für den Notar darin liege, über seine hoheitlichen Zuständigkeiten hinaus Rechtsberatung anzubieten und so seine Benachteiligung im Wettbewerb mit anderen beratenden Berufen auszugleichen.

Inwieweit nur die Möglichkeit des Tätigwerdens nach § 5 NO für den Notar einen Anreiz bieten soll, „sich auf anderen, nicht typischerweise notariellen Rechtsgebieten, etwa dem Steuerrecht, weiterzubilden“, bleibt ebenfalls im Dunkeln. Hier müsste die Argumentation, wenngleich das Ergebnis der einheitlichen Behandlung sämtlicher notarieller Tätigkeiten in ihrer Gesamtheit und der daraus folgenden Vermeidung von „Restnotaren“ durchaus einleuchtet, überzeugender ausfallen.

Zuzugeben ist *Knechtel* allerdings, dass im Falle einer Abtrennbarkeit der anwaltlichen Tätigkeiten auch das Erfordernis der österreichischen Staatsbürgerschaft sowie die Beschränkung der Zahl der Notarstellen für diese nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbundenen Tätigkeiten in Frage gestellt wären, mit allen Problemen, die eine solche ge-

trennte Behandlung aufwerfen würde. Anders als *Knechtel* wird man aber die Konsequenz, dass im Bereich des § 5 NO dann ohne Beschränkung der Zahl der Stellen grundsätzlich jedermann, der die entsprechenden Qualifikationsvoraussetzungen erfüllt, tätig sein könnte, durchaus ziehen können.

Leider geht *Knechtel* in seiner Untersuchung auch nicht darauf ein, ob sich vielleicht hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit einerseits und der Niederlassungsfreiheit andererseits unterschiedliche Antworten auf diese Fragen finden ließen.

Letztlich dürfte ein Ausweg eher in folgenden Überlegungen bestehen: Wenn man für das österreichische Notariat anders als *Knechtel* nicht zu einer einheitlichen Qualifikation sämtlicher Tätigkeiten als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EGV gelangen will, ist entscheidend darauf abzustellen, dass die Bezeichnung eines Berufsträgers, der lediglich die anwaltlichen Tätigkeiten nach § 5 NO ausübt, als „Notar“ zunächst schon immer dann ausscheiden dürfte, wenn der betreffende Notar im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit im Gaststaat tätig wird und dem § 5 NO vergleichbare Kompetenzen in seinem Heimatstaat gar nicht besitzt. In allen anderen Fällen wird man vor allem den Aspekt der Irreführung der rechtssuchenden Bevölkerung zu berücksichtigen haben. Der eingeschränkte Tätigkeitsbereich müsste also gegenüber den Klienten des „Teilnotars“ ausdrücklich und umfassend offengelegt werden.

Wenngleich *Knechtel* am Ende seiner Arbeit zu Recht betont, dass ein deutscher Notar keine Befugnisse analog § 5 NO habe und daher sämtliche Tätigkeiten des deutschen Notars von den Regelungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit auszunehmen seien, so darf dies, wie die Arbeit *Hergeths* zeigt, jedoch nicht notwendig zu der Annahme verleiten, hinsichtlich der Tätigkeit des deutschen Notars nach § 24 BNotO stelle sich kein derartiges Problem. Vor allem aber könnte eine Entscheidung des EuGH zu diesem Teilbereich des österreichischen Notariats durchaus Auswirkungen auch auf derartige Betreuungstätigkeiten des deutschen Notars haben.

III.

Insgesamt stellen beide Dissertationen unverzichtbare Beiträge zum Verhältnis von Art. 45 EGV und europäischem Notariat dar. Wer sich einen Überblick über die aktuelle Diskussion zu dieser Frage verschaffen will, kommt an ihnen nicht vorbei. Berufspolitisch lässt sich nur hoffen, dass sich der in beiden Arbeiten zum Ausdruck kommende Optimismus hinsichtlich der Anwendbarkeit des Art. 45 EGV auf die gesamte Tätigkeit des Notars als berechtigt erweist. Zwar sind insbesondere die Ausführungen *Hergeths* zur Niederlassungsfreiheit durchaus überzeugend. Doch dürfte der Wind künftig wohl eher aus der Richtung der Dienstleistungsfreiheit und der Anerkennung ausländischer Urkunden im Inland („Freizügigkeit der notariellen Urkunde“) wehen. Aus wissenschaftlicher Sicht wäre daher insbesondere eine vertiefte Behandlung der Dienstleistungsfreiheit und ihrer Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit sowie der Möglichkeiten einer Mindestharmonisierung des Berufs- und Beurkundungsrechts und ihrer Auswirkungen auf die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit wünschenswert. Angesichts der vorhandenen beträchtlichen Unterschiede in den Tätigkeitsbereichen der Notare innerhalb der EU und der spärlichen Rechtsprechung des EuGH wird dies allerdings keine leichte Aufgabe sein.

Zeitliche Grenzen der Einzelermächtigung von Genossenschaftsvorständen

Von Notarassessor *Benedikt Selbherr*, Vilshofen

I. Problemstellung

Die Vorstandsmitglieder von Genossenschaften, insbesondere von Genossenschaftsbanken, sind nach § 25 Abs. 1 S. 1 GenG grundsätzlich gemeinschaftlich zur Vertretung der Genossenschaft befugt. In aller Regel machen die Genossenschaftsbanken nicht von der Möglichkeit Gebrauch, einzelne Vorstandsmitglieder gemäß § 25 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GenG im Statut mit Einzelvertretungsmacht auszustatten. Dennoch geben Genossenschaftsbanken im notariellen Alltag grundstücksrechtliche Erklärungen wie Löschungsbewilligungen, Freigabe- und Rangrücktrittserklärungen regelmäßig nur durch ein einzelnes Vorstandsmitglied ab. Das Vorstandsmitglied handelt dann aufgrund einer Einzelermächtigung gemäß § 25 Abs. 3 S. 1 GenG, die wegen § 29 GBO der notariellen Beglaubigung bedarf und dem Notar vorliegen muss.

Bei dieser Einzelermächtigung handelt es sich um ein allgemeines Institut der Gesamtvertretung¹, das 1973 in das Genossenschaftsgesetz aufgenommen wurde², wobei man sich seinerzeit insbesondere an der bereits bestehenden Einzelermächtigung im Aktienrecht orientierte³. Trotz der grundsätzlichen Anerkennung sind verschiedene Einzelfragen im Zusammenhang dieses Instituts noch immer ungeklärt⁴. So finden sich unter anderem uneinheitliche Aussagen zu den zeitlichen Grenzen einer Einzelermächtigung. In jüngster Zeit ist das Problem aufgetaucht, welche Auswirkung eine Änderung der personellen Zusammensetzung des Vorstandes der Genossenschaft auf eine einmal erteilte Einzelermächtigung hat. Dabei geht es vor allem um die Frage, ob – falls einer der ursprünglich ermächtigenden Vorstände ausscheidet – diese Ermächtigung durch das neue Vorstandsmitglied erneut ausgesprochen bzw. bestätigt werden muss, damit sie wirksam bleibt⁵.

II. Die dogmatische Einordnung der Einzelermächtigung

Zweifelsfragen im Zusammenhang mit der Einzelermächtigung haben ihren Grund nicht zuletzt darin, dass die dogmatische Einordnung bzw. „die Rechtsnatur“ dieses Instituts bis

heute umstritten ist. Die Diskussion um die Rechtsnatur der Einzelermächtigung konzentriert sich in aller Regel auf die Frage nach der Qualifikation des späteren Handelns des Ermächtigten. Uneinigkeit herrscht vor allem darüber, ob das solchermaßen ermächtigte Vorstandsmitglied nunmehr aufgrund rechtsgeschäftlicher oder organschaftlicher Vertretungsmacht handelt.

1. Meinungsstand

a) Das Reichsgericht sah in der Ermächtigung eine Vollmacht im Sinne von § 54 HGB; es qualifizierte somit die Vertretungsmacht des Ermächtigten als rechtsgeschäftliche⁶. Diesem Ergebnis folgen manche mit der Begründung, die Einzelermächtigung beruhe auf einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, durch die der Umfang der Ermächtigung bestimmt werde⁷. Für die Stellung des Ermächtigten als rechtsgeschäftlicher Vertreter soll ferner sprechen, dass nach der Systematik des Gesetzes das gesetzliche Modell der organschaftlichen Gesamtvertretung nur durch das Statut der Genossenschaft modifiziert werden könne; die Einzelermächtigung sei daher Einräumung rechtsgeschäftlicher Vollmacht⁸.

b) Ein anderer Ansatz sieht in der Ermächtigung eine „Delegation“ der einem Gesamtvertreter zustehenden Vertretungsmacht auf einen anderen Gesamtvertreter. Es handele sich insoweit um eine Einschränkung des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit organschaftlicher Vertretungsmacht; denn prinzipiell könne diese nicht delegiert werden⁹.

c) Überwiegend wird heute die Einzelermächtigung indes als durch das Gesetz zugelassene, partielle Erweiterung der Gesamtvertretungsmacht einzelner Vorstandsmitglieder zur Einzelvertretungsmacht interpretiert. Infolgedessen wird das Handeln des Ermächtigten als organschaftliches qualifiziert; nach gängiger Formulierung „erstarkt“ die organschaftliche Gesamtvertretungsbefugnis zur Einzelvertretungsmacht¹⁰.

⁶ RGZ 80, 180 (182).

⁷ *Flume*, (Fn. 1), § 10 II 2 b (S. 362 f.); ähnlich *Baumbach/Hueck-Zöllner*, GmbHG, 16. Aufl. 1993, § 35, Rdnr. 66.

⁸ *Müller*, Kommentar zum GenG, 1991, § 25, Rdnr. 16 mit zahlreichen Nachweisen zum Meinungsstand. Im Ergebnis ebenso *MünchHdb. AG-Wiesner*, 1988, § 23, Rdnr. 8;

⁹ *Schlegelberger-K. Schmidt*, (Fn. 1), § 125, Rdnr. 44; dem folgend *Staub-Habersack*, HGB, 4. Aufl., Stand 1997, § 125, Rdnr. 45.

¹⁰ BGHZ 64, 72 (75); Gutachten DNotI-Report 2000, 49 (50); *Heymann-Emmerich*, HGB, 2. Aufl., 1996; § 125, Rdnr. 25; *Baumbach-Hopt*, HGB, 29. Aufl. 1995, § 125, Rdnr. 17; *Hüffer*, AktG, 4. Aufl. 1999, § 78, Rdnr. 56; *Schaffland* in *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, GenossenschaftsG, 33. Aufl. 1997, § 25, Rdnr. 13; *Schubert/Steder*, Genossenschaftshandbuch, Stand 1988, § 25, Rdnr. 8; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 378 ff. Kritisch zu dieser Terminologie *Baumbach/Hueck-Zöllner*, § 35, Rdnr. 66.

¹ BGH NJW-RR 1986, 778, *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Teil, Die juristische Person, 1983 § 10 II 2 b (S. 361); *Schlegelberger-K. Schmidt*, HGB, 5. Aufl. 1992, § 125, Rdnr. 43; *MünchKomm-Schramm*, 3. Aufl. 1993; § 164, Rdnr. 82.

² Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 9.10.1973, BGBl. I 1973, 1451.

³ BT-Drs. 7/97, S. 22. Deshalb kommt der Auslegung von § 78 Abs. 4 AktG in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung zu, *J. Mayer*, MittBayNot 1989, 289 (291).

⁴ Zu Problemen der Einzelermächtigung von Genossenschaftsvorständen in der notariellen Praxis vgl. bereits *Morhard*, MittBayNot 1987, 17; *J. Mayer*, MittBayNot 1989, 289.

⁵ Vgl. zu dieser Frage das Gutachten in DNotI-Report 2000, 49 (51 f.).

2. Stellungnahme

Bei der Frage nach der dogmatischen Struktur der Einzelermächtigung ist zu differenzieren zwischen der rechtlichen Qualifikation der Ermächtigungshandlung als solcher und der durch diesen Akt bewirkten Rechtsfolgen für den Ermächtigten¹¹.

a) Betrachtet man in einem ersten Schritt die Ermächtigungshandlung wird deutlich, dass diese teilweise überhaupt nicht rechtlich qualifiziert wird, sondern eher unscharf umschrieben wird als „organisatorischer Akt“¹², „organschaftlicher Akt,...,vorweggenommene Mitwirkung“¹³ oder als gewissermaßen „unterlassene Mitwirkung“ eines Gesamtvertreters¹⁴. Diese Aussagen deuten an, dass der Akt der Ermächtigung als rein interne Maßnahme der Geschäftsführung verstanden wird, möglicherweise als Realakt.

Auch wenn die Ermächtigung in der Regel wohl im Zusammenhang mit der Geschäftsverteilung zwischen den Vorstandsmitgliedern abgesprochen wird, greift eine solche Betrachtungsweise zu kurz. Unberücksichtigt bleibt nämlich die Tatsache, dass sich dieser Ermächtigungsakt in spezifischer Art und Weise auf die Rechtsmacht des Ermächtigten, und zwar dessen Vertretungsmacht, auswirkt. Diese Rechtsfolge hinsichtlich der Vertretungsmacht tritt ein, weil sie von einem anderen gewollt ist. Die Ermächtigung ist daher zunächst als einseitiges Rechtsgeschäft, und zwar konkret als empfangsbedürftige Willenserklärung zu qualifizieren, die weder angenommen noch abgelehnt werden kann¹⁵.

b) Diese Willenserklärung verleiht als Rechtsfolge dem Erklärungsempfänger einerseits zwar nicht mehr Vertretungsmacht, als er bereits vorher innehatte, denn dem Ermächtigten war ja schon durch das Gesetz bzw. das Statut der Genossenschaft inhaltlich unbeschränkbare Vertretungsmacht verliehen¹⁶. Insofern kann man, streng genommen, die Ermächtigungserklärung in der Tat nicht als rechtsgeschäftliche Vollmacht qualifizieren; auch das Dogma der Unvereinbarkeit gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht in einer Person hat deshalb seine Berechtigung¹⁷. Doch ist der Ermächtigte nunmehr in der Lage, die Genossenschaft im Rahmen der Ermächtigung (auch) alleine zu vertreten, was im Ergebnis eben doch auf eine Erweiterung seiner Rechtsmacht im Außenverhältnis der Genossenschaft hinausläuft. Die grundsätzliche Ähnlichkeit dieses einseitigen Rechtsgeschäfts mit einer Vollmacht ist evident¹⁸. Der wesentliche Unterschied der Einzelermächtigung zur rechtsgeschäftlichen Vollmacht liegt darin, dass sie Vertretungsmacht nicht *generiert*, sondern lediglich *modifiziert*. Eine weitere Besonderheit der Einzelermächtigung ist, dass das Genossenschaftsgesetz einen gewissen Rahmen vorgibt, innerhalb dessen sich der Umfang der Ermächtigung zu bewegen hat, um so insbesondere eine Ein-

zelermächtigung mit dem Umfang entsprechend einer Generalvollmacht auszuschließen¹⁹.

c) Von Bedeutung ist schließlich, wer die Vertretungsmacht modifiziert, wem mit anderen Worten die Willenserklärung „Einzelermächtigung“ zuzurechnen ist. Überlegt werden kann, ob die Genossenschaft dem Ermächtigten dieses Mehr an Rechtsmacht verleiht²⁰, oder ob die Ermächtigungserklärung von den Vorstandsmitgliedern persönlich ausgeht, das jeweils ermächtigende Vorstandsmitglied sein Vertrauen überträgt²¹.

Zwar mag der Wortlaut von § 25 Abs. 3 S. 1 GenG zunächst dafür sprechen, dass die Ermächtigung den Vorstandsmitgliedern persönlich zuzurechnen ist²². Doch ist es aus folgenden Gründen überzeugender, die Ermächtigungserklärung als Eigenhandeln der Genossenschaft zu bewerten²³. Die Gesamtvertretung ist ein Kontrollmechanismus, geboren aus dem Misstrauen des Vermögensinhabers gegen eine leichtfertige oder unehrliche Verwaltung. Das Gesetz stellt diesen Kontrollmechanismus im Rahmen der §§ 25 Abs. 2 und Abs. 3 GenG zur Disposition. Die Dispositionsbefugnis hin zu einer umfassenden Einzelvertretung weist § 25 Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 1 GenG der Generalversammlung zu. Allein aus Gründen der Effizienz ermöglicht § 25 Abs. 3 GenG dem Vorstand, in eingeschränktem Umfang den Kontrollmechanismus der Gesamtvertretung auszusetzen²⁴. Die Ermächtigungserklärung durch den Vorstand bleibt indes Eigenhandeln der Genossenschaft, da sie wegen ihrer Wirkung auf das Außenverhältnis der Genossenschaft deren originäre Interessen unmittelbar betrifft²⁵: das aufgrund der Ermächtigung agierende Vorstandsmitglied handelt im Namen der Genossenschaft und verpflichtet auch diese. Die Einzelermächtigung stellt im Ergebnis folglich eine Vertretungsregelung dar²⁶, nicht einen rein internen, organisatorischen Akt, was freilich nichts daran ändert, dass das Handeln des Ermächtigten organschaftliches bleibt, der Genossenschaft mithin organschaftlich zugerechnet wird²⁷. Erteilt der Vorstand einem Dritten rechtsgeschäftliche Vollmacht, ist dies sicher Eigenhandeln der Genossenschaft. Es gibt keinen sachlichen Grund, *insoweit* zwischen einer Einzelermächtigung und der Bevollmächtigung eines sonstigen Bankangestellten zu differenzieren²⁸. Im Übrigen macht u. a. die Tatsache, dass Genos-

¹¹ Staub-Habersack, (Fn. 9), § 125, Rdnr.46.

¹² Frels ZHR 122 (1959), 173 (182).

¹³ Wiedemann, (Fn. 10), S. 382.

¹⁴ So wohl der BGH in BGHZ 64, 72 (76), der sich insoweit aber eher bedeckt hält.

¹⁵ Insoweit zutreffend Flume, (Fn. 1), § 10 II 2 b (S. 362); ferner Staub-Habersack, (Fn. 9), § 125, Rdnr. 47; Schlegelberger-K. Schmidt, (Fn. 1), § 125, 43.

¹⁶ BGHZ 64, 72 (75); ungenau Hettrich/Pöhlmann, GenG, 1995, § 25, Rdnr. 11.

¹⁷ Hierzu BGHZ 64, 72 (75); Frels, ZHR 122 (1959), 173 (183 f.); Wiedemann, (Fn. 10), S. 381.

¹⁸ Ebenso BAG NJW 1981, 2374; Palandt-Heinrichs, BGB, 59. Aufl. 2000, § 167, Rdnr. 13.

¹⁹ Eingehend hierzu J. Mayer, MittBayNot 1989, 289 (290); vgl. auch Hettrich/Pöhlmann, (Fn. 16), § 25, Rdnr. 11.

²⁰ So Flume, (Fn. 1), § 10 II 2 b (S. 362) und wohl auch Müller, (Fn. 8); § 25, Rdnr. 16.

²¹ So insbesondere Wiedemann, (Fn. 10), S. 382. Ebenso wohl auch Staub-Habersack, (Fn. 9), § 125, Rdnr. 45, Morhard, MittBayNot 1987, 17; Schlegelberger-K. Schmidt, (Fn. 1), § 125, Rdnr. 44 und DNotI-Report 2000, 49 (50, 52).

²² So Staub-Habersack, (Fn. 9), § 125, Rdnr. 45; DNotI-Report 2000, 49 (51).

²³ Zur organschaftlichen Eigenzurechnung K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, § 10 I 1 (S. 256).

²⁴ Die Ermächtigung nach § 25 Abs. 3 S. 1 GenG sollte nach dem Willen des Gesetzgebers in erster Linie eine effizientere Verwaltung der Genossenschaft ermöglichen, BT-Drs. 7/97 S. 1, 22; Stellungnahme des Rechtsausschusses, BT-Drs. 7/659, S. 4.

²⁵ Geßler-Hefermehl, AktG, 1974, § 78, Rdnr. 54.

²⁶ BAG NJW 1981, 2374: „(D)ie Ermächtigung des Gesamtvertreters (hat) die gleiche Rechtsfolge wie die Vollmacht bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung...“. Zutreffend J. Mayer, MittBayNot 1989, 289 (290 Fn. 7).

²⁷ Hierzu K. Schmidt, (Fn. 23), § 10 II 1. (S. 263).

²⁸ A.A. Morhard, MittBayNot 1987, 17 f.

senschaftsvorstände die Einzelermächtigung bis heute häufig gewissermaßen im Gewande einer Vollmacht im Namen der Genossenschaft abgeben²⁹, den Willen der Beteiligten deutlich, für die Genossenschaft, und nicht in eigener Sache zu handeln³⁰. Vor diesem Hintergrund ist es nach hier vertretener Auffassung entgegen der wohl herrschenden Meinung³¹ überzeugender, die Einzelermächtigung als Willenserklärung der Genossenschaft zu verstehen.

d) Zusammenfassend lässt sich zur dogmatischen Einordnung sagen: Die Einzelermächtigung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft der Genossenschaft gegenüber dem Ermächtigten. Sie wandelt dessen bereits bestehende organschaftliche Gesamtvertretungsmacht zur organschaftlichen Einzelvertretungsmacht, so dass der Einzelermächtigte weiterhin als organschaftlicher Vertreter handelt. Die Einzelermächtigung ist insofern zwar ein einseitiges Rechtsgeschäft *sui generis*, nicht rechtsgeschäftliche Vollmacht. Da dem Ermächtigten durch diese Willenserklärung jedoch erweiterte Möglichkeiten eingeräumt werden, für die Genossenschaft durch Handeln in deren Namen rechtsgeschäftliche Regelungen zu treffen, diese mit anderen Worten zu vertreten, ist die Einzelermächtigung mit einer Vollmachterteilung durchaus vergleichbar. Mangels originärer Regeln, gelten grundsätzlich die Vorschriften über die Vollmacht entsprechend³². Auf dieser dogmatischen Grundlage sind die zeitlichen Grenzen einer Einzelermächtigung zu bestimmen.

III. Zeitliche Grenzen der Einzelermächtigung

Gerichtsentscheidungen zu diesem Fragenkomplex sind – soweit ersichtlich – bislang nicht ergangen.

1. Befristung bei Erteilung

Nach einhelliger Auffassung im Schrifttum wird die Einzelermächtigung durch eine zur Gesamtvertretung berechnete Zahl von Vorstandsmitgliedern erteilt; der Ermächtigte kann dabei selbst mitwirken³³. Das folgt nicht zwingend aus der Gesetzesformulierung, ergibt sich aber aus der bereits skiz-

zierten Interessenlage. Die Ermächtigungserklärung hat mittelbare Außenwirkung, so dass der Kontrollmechanismus der Gesamtvertretung derselbe sein muss wie für unmittelbare Außenerklärungen. Wie jedes andere Rechtsgeschäft, insbesondere wie die Vollmacht, kann auch die Einzelermächtigung gem. § 163 BGB befristet erteilt werden³⁴. Insofern ergeben sich keine Besonderheiten. Eine Einzelermächtigung kann aber selbstverständlich auch unbefristet erteilt werden; das ist in der Praxis die Regel. Zu fragen ist dann, welche zeitlichen Grenzen für diesen Fall gelten.

2. Widerruf

Einigkeit besteht in der Literatur darüber, dass die Einzelermächtigung jederzeit widerruflich ist. Kontrovers stellt sich indes das Meinungsbild zu der Frage dar, wer den Widerruf erklären kann. Nicht mehr vertreten wird der Ansatz, die Einzelermächtigung sei – jedenfalls gegen den Willen des Ermächtigten – nur durch den Vorstandsvorsitzenden oder durch einen Beschluss des Gesamtvorstandes widerrufbar³⁵. Nur vereinzelt wird das Widerrufsrecht ausschließlich den Vorstandsmitgliedern zugebilligt, welche die konkrete Ermächtigung erteilt haben³⁶.

Nach zutreffender Ansicht erfolgt der Widerruf einer Einzelermächtigung vielmehr durch jede vertretungsbefugte Zusammensetzung von Vorstandsmitgliedern³⁷. Denn auch der Widerruf ist als *actus contrarius* der Ermächtigungserklärung kein Akt der internen Geschäftsführung, sondern er betrifft ebenfalls das Außenverhältnis der Genossenschaft³⁸. Die Interessenlage ist dieselbe wie die bei Erteilung der Ermächtigung. Soweit jedoch, beispielsweise bei zwei gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitgliedern, die Genossenschaft eigentlich nur unter Mitwirkung des ermächtigten Vorstandsmitgliedes wirksam vertreten werden kann, ist dessen Mitwirkung beim Widerruf nicht erforderlich³⁹. Denn im Interesse der Genossenschaft muss es möglich sein, die Einzelermächtigung auch gegen den Willen des Ermächtigten zu widerrufen, um die vertretungsrechtliche Grundordnung des Statuts wiederherzustellen⁴⁰. Eine Differenzierung dahingehend, dass jedes Vorstandsmitglied, das an der Ermächtigung mitgewirkt hat allein, die anderen Vorstandsmitglieder indes nur in vertretungsberechtigter Zahl zum Widerruf berechnigt sind, lässt sich nicht begründen⁴¹.

Im Übrigen gelten für den Widerruf, insbesondere was dessen Außenwirkung betrifft, die allgemeinen Vollmachtregeln der §§ 170 ff. BGB entsprechend. Gerade die Interessenlage beim Widerruf einer Einzelermächtigung macht die Vergleichbarkeit mit der Vollmacht und die deshalb gebotene Analogie besonders deutlich⁴².

²⁹ Hierzu kritisch *Morhard*, MittBayNot 1987, 17 ff. Berechnigte Kritik an dessen Standpunkt allerdings bei *J. Mayer*, MittBayNot 1989, 289, Fn. 2.

³⁰ A.A. für die Einzelermächtigung durch gesamtvertretungsberechtigte oHG-Gesellschafter *Schlegelberger-K. Schmidt*, (Fn. 1), § 125, Rdnr. 44: nach dem Willen der Beteiligten werde die Ermächtigung vom Gesamtvertreter selbst erteilt.

³¹ Oben Fn. 21

³² Ebenso, wenngleich sich im Ergebnis ohne nähere Begründung jeweils auf Teilaspekte beschränkend: BAG NJW 1981, 2374; *Palandt-Heinrichs*, (Fn. 18), § 167, Rdnr. 13 (§ 174 BGB entsprechend); *Hettrich/Pöhlmann*, (Fn. 16), § 25, Rdnr. 12, *Staub-Habersack*, (Fn. 9), § 125, Rdnr. 47 (Erteilung); *Gefbler-Hefermehl*, (Fn. 25), § 78, 56, *Hüffer*, (Fn. 10), § 78, Rdnr. 22; KölnKomm-Mertens, AktG, 2. Aufl. 1988, § 78, Rdnr. 61 (Widerruf); *Heymann-Emmerich*, (Fn. 10), § 125, Rdnr. 33; MünchKomm-Schramm, (Fn. 1), § 164, Rdnr. 82 (§§ 177 ff. BGB); KölnKomm-Mertens, a.a.O., § 78, Rdnr. 57; *Schaffland* in *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, (Fn. 10), § 25, Rdnr. 15 (Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht).

³³ Vgl. nur *Hettrich/Pöhlmann*, (Fn. 16), § 25, Rdnr. 10; *Heymann-Emmerich*, (Fn. 10), § 125, Rdnr. 26; *Hüffer*, (Fn. 10), § 78, Rdnr. 19; KölnKomm-Mertens, (Fn. 32), § 78, Rdnr. 53; *Morhard*, MittBayNot 1987, 17; *Wiedemann*, (Fn. 10), S. 382. Zur unabhängig vom dogmatischen Ansatz kontrovers diskutierten Frage, ob der Einzelermächtigungserklärung § 181 BGB entgegensteht, wenn der Ermächtigte für die Genossenschaft ein Rechtsgeschäft mit einem ermächtigenden Vorstandsmitglied vornehmen soll DNNoti-Report 2000, 49 (51) mit zahlreichen Nachweisen.

³⁴ *Hettrich/Pöhlmann*, (Fn. 16), § 25, Rdnr.; *Müller*, (Fn. 8), § 25, Rdnr. 19.

³⁵ Vgl. die Nachweise bei *Gefbler-Hefermehl*, (Fn. 25), § 78 Rdnr. 55, der selbst anderer Ansicht ist.

³⁶ *Wiedemann*, (Fn. 10), S. 382.

³⁷ Ebenso *Heymann-Emmerich*, (Fn. 10), § 125, Rdnr. 30; *Gefbler-Hefermehl*, (Fn. 25), § 78, Rdnr. 55; *Müller*, (Fn. 8), § 25, Rdnr. 20.

³⁸ *Gefbler-Hefermehl*, (Fn. 25), § 78, Rdnr. 54.

³⁹ *Müller*, (Fn. 8), § 25, Rdnr. 20; *Schubert/Steder*, (Fn. 10), § 25, Rdnr. 8.

⁴⁰ *Gefbler-Hefermehl*, (Fn. 25), § 78, Rdnr. 54.

⁴¹ So allerdings (ohne Begründung) *Hüffer*, (Fn. 10), § 78, Rdnr. 33, KölnKomm-Mertens, (Fn. 32), § 78, Rdnr. 60; *Staub-Habersack*, (Fn. 9), § 125, Rdnr. 53.

⁴² Für eine Analogie insoweit u.a. auch *Heymann-Emmerich*, (Fn. 10), § 125, Rdnr. 29; *Gefbler-Hefermehl*, § 78, 56, *Hüffer*, (Fn. 10), § 78, Rdnr. 22; KölnKomm-Mertens, (Fn. 32), § 78, Rdnr. 61

3. Änderungen in der personellen Zusammensetzung des Vorstandes

- a) Scheidet das ermächtigte Vorstandsmitglied aus dem Vorstand aus, so verliert die Ermächtigung automatisch ihre Wirkung. Wie ausgeführt, erschöpft sich die Wirkung der Einzelermächtigungserklärung darin, bereits bestehende organschaftliche Gesamtvertretungsmacht zur organschaftlichen Einzelvertretungsmacht zu wandeln. Die Ermächtigung setzt mithin eine bereits bestehende organschaftliche Vertretungsmacht beim Ermächtigten voraus und baut auf dieser gewissermaßen auf. Entfällt diese organschaftliche Vertretungsmacht, verliert die Einzelermächtigung ihr Fundament⁴³.
- b) Ein anderes Ergebnis zeitigt indessen ein personeller Wechsel im Vorstand, soweit er eines der ermächtigenden Vorstandsmitglieder betrifft. Auch hier bietet sich ein Vergleich mit den Regeln für die rechtsgeschäftliche Vollmacht an.

Allerdings fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung hinsichtlich des Schicksals einer von einem organschaftlichen Vertreter erteilten Vollmacht für den Fall, dass dieser Vertreter seine Vertretungsmacht verliert und ein anderer an seine Stelle tritt. Auszugehen ist für diesen Fall von dem Grundsatz, dass Veränderungen in der Person des Vollmachtgebers auf eine erteilte Vollmacht ohne Auswirkung bleiben. Das gilt bei natürlichen Personen insbesondere für deren Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit⁴⁴. Vollmachten juristischer Personen verlieren grundsätzlich nur mit dem Verlust von deren Rechtspersönlichkeit ohne Weiteres ihre Wirksamkeit⁴⁵; allein ein personeller Wechsel innerhalb eines (Kollektiv)Organs lässt demnach eine durch diesen organschaftlichen Vertreter erteilte Vollmacht in ihrem Bestand zunächst unberührt⁴⁶. Selbstverständlich kann nunmehr der neue organschaftliche Vertreter bzw. das Kollektivorgan in seiner neuen Zusammensetzung die Vollmacht gegebenenfalls widerrufen.

Geht man wie hier von einer Vergleichbarkeit einer Einzelermächtigung mit einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht und einer daher gebotenen Analogie aus, so lässt sich in Übertragung der eben skizzierten Grundsätze sagen, dass Veränderungen in der personellen Zusammensetzung des Vorstandes, der die Ermächtigung erteilt hat, regelmäßig ohne Auswirkung auf eine bereits erteilte Einzelermächtigung bleiben. Scheidet ein Mitglied des Genossenschaftsvorstandes aus, welches an der Ermächtigungserteilung mitgewirkt hat, bleibt die Einzelermächtigung grundsätzlich bestehen. Dem Vorstand bleibt es unbenommen, in neuer Zusammensetzung entsprechend den oben aufgezeigten Anforderungen die Ermächtigung jederzeit zu widerrufen⁴⁷.

Beispiel: Setzt sich der Vorstand der Genossenschaftsbank R aus A, B, und C zusammen und erfolgt die Vertretung der Genossenschaft nach deren Statut durch zwei Vorstandsmitglieder, können A und B den C zur Abgabe grundstücksrechtlicher Erklärungen ermächtigen. A scheidet nunmehr aus dem Vorstand aus und wird durch D ersetzt. Die Einzelermächtigung

zugunsten des C bleibt bestehen. B und D können sie widerrufen. Würde A ersatzlos ausscheiden könnte B alleine widerrufen, da die Mitwirkung des ermächtigten C nicht erforderlich ist⁴⁸.

Dieses Ergebnis steht auch in Einklang mit der Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Durch die Einführung der Einzelermächtigung im Genossenschaftsrecht sollte die Leitung der Genossenschaft dadurch erleichtert werden, dass im Rahmen des § 25 Abs. 3 GenG der Vorstand bestimmte Entscheidungen schneller und unkomplizierter treffen kann⁴⁹. Dieses Ziel rechtfertigt es, der Einzelermächtigung auch für den Fall eines personellen Wechsels auf der Seite des Ermächtigenden eine gewisse Stabilität zuzubilligen und die Handhabung dadurch praktikabler zu gestalten.

IV. Fazit

1. Die Einzelermächtigung eines genossenschaftlichen Vorstandsmitglieds nach § 25 Abs. 3 S. 1 GenG ist ein einseitiges Rechtsgeschäft der Genossenschaft, das die organschaftliche Gesamtvertretungsmacht dieses Vorstandes zu organschaftlicher Einzelvertretungsmacht erstarken lässt. Auf dieses Rechtsgeschäft sind grundsätzlich die allgemeinen Vollmachtsregeln entsprechend anzuwenden. Das gilt auch für die zeitlichen Grenzen einer Einzelermächtigung, die grundsätzlich über Befristung oder Widerruf der Ermächtigung gesetzt werden. Darüber hinaus lässt das Ausscheiden des Ermächtigten aus dem Vorstand die Einzelermächtigung ipso iure entfallen, nicht dagegen das Ausscheiden eines der ermächtigenden Vorstandsmitglieder.

2. Für die notarielle Praxis bedeutet dies, dass bereits vor längerer Zeit erklärte Einzelermächtigungen von Genossenschaftsbanken auch bei zwischenzeitlichen Änderungen in der Zusammensetzung des Vorstandes keiner Bestätigung durch den Vorstand in seiner gegenwärtigen Zusammensetzung bedürfen.

3. Angesichts der unsicheren Rechtslage empfiehlt es sich, die Einzelermächtigungserklärungen gewissermaßen zweispurig zu halten. Im Kern könnte formuliert werden:

Ermächtigung

(...Heute am ...sind...)
gleichzeitig anwesend
Herr A, Vorstand
Herr B, Vorstand
beide handelnd für die X-eG,
sowie in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Vorstandes der X-eG,
(...)
Die X-eG sowie die unterzeichneten Vorstandsmitglieder
ermächtigten

Herrn C, Vorstand
ausdrücklich unbefristet
als Einzelvertreter für die X-eG
(...folgende Erklärungen abzugeben...).

⁴³ Ebenso mit anderer Begründung DNotI-Report 2000, 49 (51).

⁴⁴ Palandt-Heinrichs, (Fn. 18), § 168, Rdnr. 3; MünchKomm-Schramm, (Fn. 1), § 168, Rdnr. 6, 12.

⁴⁵ MünchKomm-Schramm, (Fn. 1), § 168, Rdnr. 26.

⁴⁶ OLG München, HRR 1940 Nr. 213; LG Stuttgart, DB 1982, 638; Palandt-Heinrichs, (Fn. 18), § 168, Rdnr. 4; Müller, (Fn. 8), § 25, Rdnr. 19; MünchKomm-Schramm, (Fn. 1), § 168, Rdnr. 27.

⁴⁷ Im Ergebnis ebenso Hettrich/Pöhlmann, (Fn. 16), § 25, Rdnr. 12; Morhard, MittBayNot 1987, 17; Müller, (Fn. 8), § 25, Rdnr. 19; a. A. Wiedemann, (Fn. 10), S. 381 und DNotI-Report 2000, 49 (51).

⁴⁸ Vgl. oben III. 2.

⁴⁹ BT-Drs. 7/97, S. 1; Stellungnahme des Rechtsausschusses, BT-Drs. 7/659, S. 4; J. Mayer, MittBayNot 1989, 289 (291).

Die Drittwirkung ehebedingter Zuwendungen im Rahmen der §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB – Problemlösung durch Rückgriff auf Wertungen des Güterrechts?*

Von Richter am AG Dr. Peter Hayler, Rosenheim

Die vom BGH in seiner Entscheidung vom 27.11.1991¹ vertretene generelle Gleichstellung von Schenkung und ehebedingter Zuwendung im Rahmen der drittschützenden Vorschriften der §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB rief seinerzeit erhebliche Kritik hervor². Dennoch scheint die von der Rechtsprechung vorgegebene Weichenstellung, die insbesondere im Pflichtteilsrecht von höchster praktischer Relevanz ist, inzwischen nicht mehr auf beachtlichen Widerspruch zu stoßen³. Diesem bedauernswerten Stillstand in der Diskussion um die (erbrechtliche) Drittwirkung ehebedingter Zuwendungen will der Verfasser im Folgenden entgegenwirken. Hierfür soll insbesondere anhand zweier Fälle einer Erbeinsetzung durch so genanntes Berliner Testament aufgezeigt werden, dass die konsequente Anwendung der vom BGH aufgestellten Grundsätze nicht nur unbillige Ergebnisse hervorrufen⁴, sondern in bestimmten Konstellationen sogar zu grundlegenden Wertungswidersprüchen zwischen den einzelnen Güterständen führen kann. Um derartige Widersprüche zu vermeiden, bietet es sich an, die Frage der Drittwirkung ehebedingter Zuwendungen im Rahmen der §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB durch einen „Rückgriff auf Wertungen des Güterrechts“ zu beantworten. Entgegen der Ansicht des BGH dürften dann die genannten Vorschriften nicht generell, sondern nur in bestimmten Fällen auf unbenannte Zuwendungen angewendet

werden. Dieser Problembereich stellt zugleich einen Ausschnitt aus der Dissertation des Verfassers mit dem Titel „Rechtsfolgen ehebedingter Zuwendungen im Verhältnis zu Dritten“ dar, die im Herbert Utz Verlag München, ISBN 3-89675-600-1, erschienen ist.

I. Problemstellung

Die drittschützenden Normen der §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB haben insofern einen gemeinsamen Regelungszweck, als sie allesamt Konstellationen betreffen, in denen Gläubiger eines erbrechtlichen Anspruches (Vertragserben, -vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigte) vor unentgeltlichen Schmälerungen des (künftigen) Nachlasses durch den Erblasser geschützt werden sollen: Des Schutzes vor unentgeltlichen lebzeitigen Verfügungen des Erblassers bedürfen Vertragserben und -vermächtnisnehmer deshalb, weil der Erblasser trotz der Beschränkung seiner Testierfreiheit durch den Erbvertrag (vgl. § 2289 I 2 BGB)⁵ gemäß § 2286 BGB weiterhin zu beliebigen⁶ lebzeitigen Rechtsgeschäften unter Lebenden in der Lage ist. In ähnlicher Weise besteht für einen Pflichtteilsberechtigten die Gefahr, dass der Erblasser durch lebzeitige Schenkungen den Pflichtteilsanspruch, dessen Höhe nach § 2311 BGB vom Wert des Nachlasses abhängt, mindert oder gar völlig vereitelt. Vor diesem Hintergrund ist der in §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB angeordnete Schutz von Vertragserben, -vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten zu verstehen:

So kann gemäß § 2287 I BGB der Vertragserbe nach Anfall der Erbschaft solche Geschenke von dem Beschenkten zurückfordern, die der Erblasser in der Absicht gemacht hat, ihn in seiner erbrechtlichen Stellung zu beeinträchtigen. Nach § 2288 II 2 BGB steht dem (erb-)vertragsmäßig bedachten Vermächtnisnehmer bei beeinträchtigenden Schenkungen des Erblassers derselbe Anspruch zu, sofern er nicht vom Erben Ersatz erlangen kann⁷. Gemäß § 2325 BGB schließlich kann der Pflichtteilsberechtigte von dem Erben als Ergänzung seines Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich sein Pflichtteil erhöht, wenn der vom Erblasser verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Soweit der Erbe zur Ergänzung nicht verpflichtet ist, haftet nach § 2329 BGB subsidiär der Beschenkte, der das Geschenk zum Zwecke der Be-

* Erstmals veröffentlicht im FuR 2000, 4 ff.

¹ BGH, NJW 1992, 564 ff. (= MittBayNot 1992, 150 ff.).

² Vgl. insbesondere *Kues*, FamRZ 1992, 924 ff., der den IV. Zivilsenat des BGH als „Schutzpatron“ der Pflichtteilsberechtigten bezeichnete; zurückhaltender *Klingelhöffer*, NJW 1993, 1097 ff., 1100, der von unbefriedigenden Ergebnissen sprach; *Langenfeld*, NJW 1994, 2133 ff., 2134, der darauf hinwies, dass nicht jede unbenannte Zuwendung einen Schleichweg am Nachlass vorbei darstellt und die Ehegatten ein Recht auf Eheverwirklichung frei von störenden Ansprüchen der Abkömmlinge haben.

³ Der Stillstand in der Diskussion um die (erbrechtliche) Drittwirkung ehebedingter Zuwendungen spiegelt sich nicht zuletzt in der Kommentierung zu § 2325 BGB bei *Palandt/Edenhofer*, BGB, 59. Auflage, Rdnr. 15 wieder: So wurde zwar noch in der 55. Auflage aus dem Jahre 1995 (dort § 2325 Rdnr. 15) hinsichtlich der vom BGH vertretenen Gleichstellung von Schenkung und unbenannter Zuwendung im Erbrecht kritisch angemerkt, dass es notwendig sei, die Fälle legitimer Teilhabe des Ehegatten am ehelichen Vermögenserwerb, wie etwa der Beteiligung am Familienheim, von Missbrauchsfällen (in denen drittschützende Normen Anwendung finden sollten) exakt abzugrenzen. Eine solche, von der Meinung des BGH abweichende, Stellungnahme findet sich jedoch bereits seit der 56. Auflage nicht mehr. (Weiterhin kritisch gegenüber der Rechtsprechung des BGH aber: *MüKo/Musielak*, BGB, 3. Aufl., § 2287 Rdnr. 4., der von einer nicht unberechtigten Kritik am BGH spricht und eine weitere Differenzierung [zwischen bestandskräftigen und nicht bestandskräftigen unbenannten Zuwendungen im Bereich des Erbrechts] für nötig hält.)

⁴ Hierauf wiesen in der Vergangenheit schon *Kues* (a.a.O.), *Klingelhöffer* (a.a.O.) und vor allem *Langenfeld*, (a.a.O. sowie ZEV 1994, 129 ff., 132 f.) hin.

⁵ Nach Ansicht des BGH (BGHZ 26, 204 ff., 207 f.) ergibt sich die Bindung des Erblassers allerdings nicht erst aus § 2289 BGB, sondern bereits aus der vertraglichen Natur des Rechtsgeschäfts. § 2289 spricht insofern nur die Folgen der Bindung aus.

⁶ Die Grenze für ein wirksames lebzeitiges Rechtsgeschäft bildet lediglich die Sittenwidrigkeit i.S.d. §§ 138, 826 BGB, vgl. *Palandt/Edenhofer* BGB, 59. Auflage, § 2286 Rdnr. 1.

⁷ Sowohl § 2287 als auch § 2288 finden auf ein bindend gewordenes gemeinschaftliches Testament (§§ 2270, 2271 BGB) entsprechende Anwendung: Vgl. BGHZ 82, 274 ff., 276 f. (= MittBayNot 1984, 198 ff.); *MüKo/Musielak*, a.a.O., § 2271 Rdnr. 45.

friedigung der noch offenen Summe⁸ nach §§ 818 ff. BGB an den Pflichtteilsberechtigten herauszugeben hat.⁹

Die Frage nach der hier interessierenden Drittwirkung unbenannter Zuwendungen im Rahmen der genannten Vorschriften stellt sich dann, wenn der Erblasser seinen Nachlass lebzeitig nicht durch den Vollzug von Schenkungen, sondern von ehebedingten Zuwendungen geschmälert hat. Denn unter dem Begriff der Schenkung im Sinne der §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB ist nach h.M.¹⁰ der des § 516 I BGB zu verstehen, sodass diese Normen bei strenger Wortlautauslegung auf unbenannte Zuwendungen eigentlich nicht anwendbar wären. Auf Grund der Tatsache, dass die unbenannte Zuwendung einen von der Schenkung verschiedenen eigenständigen Vertragstyp bildet¹¹, bestünde somit die Möglichkeit, ihr (wegen Nichtanwendung der §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB) gegenüber Vertragserben (-vermächtnisnehmern) bzw. Pflichtteilsberechtigten Bestandskraft/Drittwirkung zukommen zu lassen.

Dieser Überlegung erteilte der BGH aber in seinem Urteil vom 27.11.1991¹² eine klare Absage: Dort entschied er nämlich, dass die unbenannte Zuwendung im Erbrecht (§§ 2287, 2288, 2325 BGB) grundsätzlich wie eine Schenkung zu behandeln ist und begründete dies u.a. damit, dass in der Praxis seit langem Versuche zu beobachten seien, die Grenzen, die der Testierfreiheit durch das Pflichtteilsrecht oder einen Erbvertrag gesetzt sind, zu verschieben. Derartigen Tendenzen, einen Weg am „Nachlass vorbei“ zu schaffen, wolle er entgegenreten.¹³

II. Wertungswidersprüche, zu denen die BGH-Rechtsprechung führt, am Beispiel des Berliner Testaments

Dass die vom BGH befürwortete generelle Gleichstellung von Schenkung und ehebedingter Zuwendung im Erbrecht nicht nur zu unbilligen Ergebnissen – wie sie bereits von *Kues*¹⁴ und *Klingelhöffer*¹⁵ angesprochen wurden – führt, sondern im

Rahmen der Pflichtteilergänzung sogar gravierende Widersprüche zu den gesetzlichen Wertungen des Güterrechts hervorgerufen kann, soll nunmehr erläutert werden:

Häufig wollen die Ehegatten für den Fall, dass einer von ihnen stirbt, zunächst den überlebenden Partner und erst nach dessen Ableben die Kinder durch das gemeinsam erwirtschaftete Vermögen versorgt wissen. Aus diesem Grund setzten sie sich oftmals in einem so genannten Berliner Testament (vgl. § 2269 BGB)¹⁶ gegenseitig zu alleinigen (Voll)Erben des Vorversterbenden ein und bestimmen zugleich, dass ihre Kinder Schlusserben des Überlebenden sein sollen. Diese – in der Praxis überaus häufig anzutreffende Konstellation¹⁷ dient als Ausgangspunkt für folgenden Beispielfall:

(Grundfall:) Ein Ehepaar, das im gesetzlichen Güterstand lebt und nur ein Kind hat, errichtet ein Berliner Testament. Beide Ehegatten haben kein Vermögen mit in die Ehe gebracht. Der alleinverdienende Mann erwirtschaftet im Laufe der Zeit einen Zugewinn von 500.000 DM, während die Frau durch Haushaltsführung und Kindeserziehung an dem Erwerb eigenen Vermögens gehindert ist. Die gesamten 500.000 DM fließen in die Anschaffung eines Familienheimes (Finanzierung durch Kredite, die erst im Laufe der Zeit getilgt wurden), an dem die Ehefrau hälftiges Miteigentum erhält. Kurz nachdem das inzwischen volljährige Kind eine Berufstätigkeit aufgenommen und den elterlichen Hausstand verlassen hat, verstirbt der Ehemann.

Abgesehen von der misslichen Situation, dass in diesem Fall das Kind gemäß § 2303 I 1 BGB von der Mutter seinen Pflichtteil verlangen kann,¹⁸ obwohl es nach deren Tod ohnehin den gesamten Nachlass (die Immobilie) erhält, wird durch die Rechtsprechung des BGH die rechtliche Position des Kindes auf Kosten der Mutter noch zusätzlich gestärkt. Denn ungeachtet der Tatsache, dass die Einräumung hälftigen Miteigentums an dem Familienheim letztlich genau einem Zugewinnausgleichsanspruch der Frau aus § 1378 I BGB entsprochen hätte, würde diese als ehebedingte Zuwendung unter § 2325 BGB fallen. Damit müsste als Bemessungsgrundlage für den Pflichtteilsanspruch des Kindes nicht nur die vom Ehemann ererbte „Haushälfte“ im Werte von 250.000 DM, sondern sogar – das der Frau schon zuvor zustehende – Miteigentum und damit die gesamten 500.000 DM herangezogen werden.

Der Pflichtteilsanspruch beliefe sich somit einschließlich der Ergänzung nach § 2325 BGB gemäß § 2303 I 2 i.V.m. §§ 1931 I 1, III, 1371 I, 1924 I BGB auf $\frac{1}{4}$ von 500.000, also 125.000 DM (statt auf 62.500 DM (= $\frac{1}{4}$ von 250.000 DM) ohne Ergänzung).

Zur Begleichung dieses sofort fälligen Baranspruches müsste sie bei Fehlen anderer Einnahmequellen sogar das Familienheim veräußern,¹⁹ obwohl das Kind nach ihrem Tod gemäß dem Berliner Testament ohnehin den Nachlass erhält und insofern nicht übergangen wird. Dass das Kind nach der (pauschalen) gesetzlichen Regelung des § 2303 I BGB in diesem Fall überhaupt den Pflichtteil fordern kann,²⁰ ist für sich allein

⁸ Gemeint ist die Differenz zwischen dem Betrag, der nach § 2325 BGB als Pflichtteilergänzung gefordert werden kann und demjenigen, zu dessen Leistung der Erbe im Sinne des § 2329 BGB verpflichtet ist: vgl. *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., § 2329 Rdnr. 4.

⁹ Das Problem der Anwendbarkeit des § 2329 BGB auf unbenannte Zuwendungen ist insbesondere in der Konstellation denkbar, in der die Ehefrau, der lebzeitig von ihrem Mann ein Vermögenswert unentgeltlich übertragen wurde, nach dessen Tod die ihr anfallende Erbschaft ausschlägt, um nach § 1371 III BGB den güterrechtlichen Zugewinnausgleich herbeizuführen.

¹⁰ Vgl. BGH, NJW 1981, 1965 f.; RGZ 128, 187 ff., 188; MüKo/Musielak, a.a.O. § 2287 Rdnr. 3., MüKo/Frank, BGB, 3. Aufl., § 2325 Rdnr. 11; *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 12. Aufl., § 2287 Rdnr. 3; *Staudinger/Ferid*, Cieslar, BGB, 12. Aufl., § 2325 Rdnr. 2.; *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., § 2287 Rdnr. 5; *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., § 2325 Rdnr. 7.

¹¹ Vgl. hierzu *Heinrich*, FamRZ 1975, 533 ff., 537; *Jaeger*, DNotZ 1991, 431 ff., 444 f.; *Langenfeld*, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, 3. Aufl., Rdnr. 51; *Meincke*, NJW 1995, 2769 ff., 2770; BGH, FamRZ 1987, 43 ff., 45 („Schuldgrund eigener Art“); BGH, FamRZ 1990, 855 ff., 856 („ehebezogenes Rechtsgeschäft“); BGH, NJW 1992, 564 ff., 564 (= MittBayNot 1992, 150 ff.); BGH, NJW 1995, 1889 ff., 1890 (= MittBayNot 1995, 392 ff.); BGH, NJW 1997, 2747 f., 2747 (= MittBayNot 1997, 295 ff.); zuletzt BGH, NJW 1999, 2962 ff., 2965.

¹² BGH, NJW 1992, 564 ff.

¹³ BGH, a.a.O., 565.

¹⁴ *Kues*, a.a.O., 924 ff.

¹⁵ *Klingelhöffer*, a.a.O., 1100.

¹⁶ Vgl. *Langenfeld*, NJW 1994, 2133 ff., 2134 f.

¹⁷ Vgl. *Langenfeld*, ZEV 1994, 129 ff., 132, nach dem der Gedanke des Berliner Testaments „heute moderner denn je“ ist.

¹⁸ MüKo/Musielak, a.a.O., § 2269 Rdnr. 64.

¹⁹ Vgl. *Kues*, a.a.O., 925.

²⁰ MüKo/Musielak, a.a.O., § 2269 Rdnr. 64.

genommen schon unerfreulich genug.²¹ Umso weniger verständlich erscheint es, warum dann auch noch im Rahmen gesetzlicher Regelungslücken, wie etwa der Behandlung ehebedingter Zuwendungen im Erbrecht, die Stellung des Pflichtteilsberechtigten künstlich gestärkt werden sollte. Denn gerade in den häufig vorkommenden Fällen des Berliner Testamentes dienen die beim Tod des Vorversterbenden entstehenden Pflichtteilsansprüche keineswegs dem „Schutz von Ehe und Familie“, wie es der BGH darstellt.²² Vielmehr weist Kues²³ zutreffend darauf hin, dass kein Anspruch im Erbrecht besser geeignet ist, langjähriges Eheglück und Familienfrieden radikaler, effizienter und nachhaltiger zu zerstören. Anders kann man einen Vorgang, bei dem – wie im Beispielsfall – das eigene Kind die Mutter zur Veräußerung/Zwangsversteigerung des Familienheims zwingen kann, kaum beurteilen.

Dass das eben – auf Grundlage der BGH-Rechtsprechung – gewonnene Ergebnis nicht nur äußerst unbefriedigend ist, sondern im Widerspruch zu Wertungen des Güterrechts steht, lässt sich am besten veranschaulichen, indem man den erwähnten Beispielsfall wie folgt abwandelt:

(Abwandlung:) Der Ehemann erwirbt das von ihm finanzierte Familienheim (Wert 500.000 DM) zunächst zu Alleineigentum. Unmittelbar vor dem (unvorhergesehenen) Tod des Mannes wechseln die Ehegatten vom gesetzlichen in den Güterstand der Gütertrennung, weil die Frau nach Auszug des Kindes eine Berufstätigkeit aufnehmen will und im Hinblick auf ihr zu erwartendes eigenes Einkommen eine Beteiligung an dem vom Mann erwirtschafteten Vermögen mittels Zugewinnausgleich von nun an als unpassend empfunden wird. Im Rahmen des durch den Güterstandswechsel bedingten Zugewinnausgleichs einigen sich die Ehegatten darauf, dass der Mann seine Verpflichtung aus § 1378 I BGB gemäß § 364 I BGB durch Einräumung hälftigen Miteigentums am Familienheim (Wert 250.000 DM) erfüllen kann, da sonstiges (Bar-)Vermögen nicht vorhanden ist. Unmittelbar nach der Umschreibung im Grundbuch verstirbt der Ehemann.

In dieser Fallvariante würde sich hinsichtlich der erbrechtlichen Stellung der Frau Folgendes ergeben: Mit dem Wechsel zur Gütertrennung kam es zur Beendigung der Zugewinnngemeinschaft (§ 1378 III 1 BGB)²⁴ und damit zur Entstehung des Anspruches aus § 1378 I BGB. Da beide Ehegatten kein Vermögen mit in die Ehe gebracht hatten und der alleinverdienende Ehemann einen Zugewinn von 500.000 DM erwirtschaftete, belief sich der Zugewinnausgleichsanspruch der Frau gemäß § 1378 I BGB auf 250.000 DM. Die Übertragung der „Haushälfte“ in Erfüllung dieses Anspruchs erfolgte mithin objektiv entgeltlich und würde deshalb auch nach der Rechtsprechung des BGH keinen Pflichtteilsergänzungsanspruch (§ 2325 BGB) auslösen. Somit könnte als Berechnungsgrundlage für den Pflichtteilsanspruch des Kindes nur die tatsächlich vererbte „Haushälfte“ des Mannes (Wert 250.000 DM = Nachlasswert) herangezogen werden. Entsprechend dem gesetzlichen Erbrecht des (alleinigen) Kindes bei Gütertrennung in Höhe von $\frac{1}{2}$ gemäß § 1931 IV BGB würde sich dessen Pflichtteilsanspruch auf $\frac{1}{4}$ (§ 2303 I 2 BGB) des

Nachlasswertes und damit auf 62.500 DM (= $\frac{1}{4}$ von 250.000) belaufen. Im Grundfall, in dem die Zugewinnngemeinschaft bis zum Tode des Mannes fortbestand, hätte die Ehefrau hingegen wegen der vom BGH vertretenen Anwendung des § 2325 BGB (= Einbeziehung auch ihrer „Haushälfte“ in die Berechnung des Pflichtteils) ihrem Kind doppelt so viel, nämlich 125.000 DM, geschuldet.

Damit partizipiert sie unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH bei fortbestehender Zugewinnngemeinschaft in deutlich geringerem Umfang von dem in der Ehe erworbenen Vermögen, als es bei einem Wechsel zur Gütertrennung der Fall ist. Hierin liegt ein nicht hinnehmbarer Wertungswiderspruch.

Denn nach der gesetzgeberischen Konzeption soll gerade durch die Zugewinnngemeinschaft eine angemessene Beteiligung jedes Ehegatten an dem während der Ehe erworbenen Vermögen erreicht werden,²⁵ zu der es bei einer Gütertrennung nicht (automatisch) kommt. Diese Konzeption wird aber in ihr Gegenteil verkehrt, wenn – wie im Beispielsfall – die Ehefrau deshalb weniger von dem in der Ehe erwirtschafteten Vermögen erhält, weil sie mit ihrem Mann bis zu dessen Tode in Zugewinnngemeinschaft lebte, statt zur Gütertrennung zu wechseln. Dass der nichtverdienende Partner insofern durch Vereinbarung einer Gütertrennung besser abgesichert ist als beim Verbleib im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, widerspricht ferner auch der landläufigen Vorstellung vom Wesen der unterschiedlichen Güterstände und bewirkt damit erhebliche Rechtsunsicherheit. Die Vorstellung, dass nicht nur bei lebzeitiger Beendigung des Güterstandes, sondern auch beim Tode eines Ehegatten der Überlebende durch die Zugewinnngemeinschaft in keinem Fall schlechter, sondern eher besser steht, als dies bei einer Gütertrennung der Fall sein würde, entspricht auch dem gesetzlichen Regelungssystem:

So hat im Falle der Zugewinnngemeinschaft der Ehegatte nach §§ 1931 I 1, III, 1371 I BGB neben den Kindern (Erben der ersten Ordnung i.S.d. § 1924 I BGB) stets ein gesetzliches Erbrecht von $\frac{1}{2}$ unabhängig von der Anzahl der vorhandenen Kinder. Hingegen beträgt sein gesetzliches Erbrecht bei Gütertrennung neben vorhandenen Kindern gemäß § 1931 IV BGB nur „maximat“ $\frac{1}{2}$, nämlich dann, wenn nur ein Kind vorhanden ist. Ansonsten beträgt es bei zwei Kindern nur $\frac{1}{3}$ (§ 1931 IV BGB) und bei mehr als zwei Kindern nur noch $\frac{1}{4}$, also halb so viel wie im gesetzlichen Güterstand. Da nach §§ 2303 I 2 BGB, 2328 BGB das Pflichtteilsrecht und der Pflichtteilsergänzungsanspruch an eben diese gesetzlichen Erbquoten gekoppelt sind, müsste der überlebende (und zum Alleinerben eingesetzte) Ehegatte im gesetzlichen Güterstand den pflichtteilsberechtigten Kindern in keinem Fall mehr, sondern eher weniger schulden als dies bei einer Gütertrennung der Fall ist.²⁶

Die uneingeschränkte Anwendung des § 2325 BGB auf unbekannte Zuwendungen führt somit, insbesondere in den Fällen des Berliner Testamentes, nicht nur zu unbilligen Ergebnissen, sondern widerspricht auch gesetzlichen Wertungen im Bereich des Güter- und Erbrechts.

²¹ Wie unerwünscht dieses Ergebnis ist, zeigen nicht zuletzt die zahlreichen Testamentsgestaltungen, die sich mittelbar gegen die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen richten, wie z.B. die so genannte Strafklausel oder die Jastrow'sche Formel (vgl. Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2269 Rdnr. 13 und 15).

²² Vgl. BGH, NJW 1992, 564 ff., 565.

²³ Kues, a.a.O., 925.

²⁴ Vgl. Palandt/Diederichsen, a.a.O., § 1372 Rdnr. 13.

²⁵ Vgl. BGH, NJW 1976, 328 f., 328, Schwab, Familienrecht, 8. Auflage, Rdnr. 183.

²⁶ Für die nach § 2303 II 1 BGB ebenfalls pflichtteilsberechtigten Eltern gilt nichts anderes. Auch im Vergleich zu ihnen hat der überlebende Ehegatte im gesetzlichen Güterstand ein größeres gesetzliches Erbrecht als im Falle der Gütertrennung. Dies folgt aus der pauschalen Erhöhung des hälftigen Erbteils (§ 1931 I 1 BGB) um ein Viertel nach § 1931 III i.V.m. § 1371 I BGB.

III. Problemlösung durch Rückgriff auf Wertungen des Güterrechts

Ausgehend von dieser Erkenntnis, muss für das Problem der erbrechtlichen Drittwirkung ehebedingter Zuwendungen ein Lösungsansatz gefunden werden, durch den sich die eben aufgezeigten Widersprüche vermeiden lassen.

Dies scheint nur durch eine vermittelnde Lösung möglich, die weder einseitig nur Pflichtteilsberechtigte und Vertragserben schützt noch den Ehegatten jegliche unentgeltliche Vermögensverschiebung in Gestalt einer ehebedingten Zuwendung erlaubt. Hierbei bietet es sich an, auf die gesetzlichen Wertungen des Güterrechts zurückzugreifen:

Sofern nach dessen Vorschriften ein bestandskräftiger Ausgleich des bisher erwirtschafteten „Zugewinns“ noch vor Auflösung der Lebensgemeinschaft möglich ist, könnte in diesem Umfang auch unbenannten Zuwendungen (erbrechtliche) Drittwirkung zugestanden werden.

Nach den güterrechtlichen Normen gilt diesbezüglich Folgendes:

Zwar existiert ausweislich des § 1378 III 1 BGB vor Beendigung des gesetzlichen Güterstandes kein Ausgleichsanspruch, der Vermögensübertragungen der Ehegatten einen entgeltlichen (und damit bestandskräftigen) Charakter verleihen könnte. Dies bedeutet aber keineswegs, dass es den Partnern unmöglich ist, während bestehender Ehe ein Ende des gesetzlichen Güterstandes und dadurch ein Ausgleichsverfahren nach §§ 1372 ff. BGB herbeizuführen. Denn sie können durch ehevertragliche Vereinbarung eines anderen Güterstandes²⁷ zunächst die Zugewinnsgemeinschaft i.S.d. § 1378 III 1 BGB beenden²⁸ und im unmittelbaren Anschluss hieran in einem zweiten Ehevertrag wieder zum gesetzlichen Güterstand zurückkehren.²⁹ Durch den ersten Güterstandswechsel ist dann nach § 1378 III 1 BGB der Anspruch auf Zugewinnausgleich i.S.d. § 1378 I BGB zur Entstehung gelangt, in Erfüllung (§ 362 bzw. § 364 I BGB) dessen sie bestandskräftige Zuwendungen vornehmen können.

Eine solche Vorgehensweise stellt – anderes als die vom Reichsgericht verworfene kurzfristige Vereinbarung einer Gütergemeinschaft unter sofortiger Rückkehr zur Gütertrennung – keinen Rechtsmissbrauch dar,³⁰ weil eine größere Vermögensübertragung im Rahmen eines Zugewinnausgleichs regelmäßig erst nach langer Ehedauer (innerhalb derer sich ein Zugewinn angesammelt hat) möglich ist, während durch Vereinbarung und Aufhebung einer Gütergemeinschaft ad hoc, unabhängig von jeglicher zeitlicher Komponente, gemäß

§ 1476 I BGB die Hälfte des gesamten Vermögens verschoben werden kann.³¹

Der Umstand, dass es die Ehegatten somit in der Hand haben, zu jedem Zeitpunkt ihrer Ehe einen tatsächlichen Zugewinnausgleich nach §§ 1372 ff. BGB herbeizuführen, bildet den entscheidenden Ansatzpunkt für die Lösung der Drittwirkungsfrage im Rahmen der §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB:

Erbanwärtner gegenüber, deren Ansprüche während des Bestehens der Ehe noch gar nicht existieren³², sondern erst mit dem Tode des Erblassers entstehen³³, kann es keinen Unterschied machen, ob der Erblasser (auf Grund zufälliger juristischer Kenntnisse/Beratung) die Konstruktion eines ehevertraglichen Güterstandswechsels unter sofortiger Rückkehr zur Zugewinnsgemeinschaft wählt oder den bisher erwirtschafteten Zugewinn ohne Abschluss eines Ehevertrages auf „abgekürztem Wege“ durch Vornahme einer ehebedingten Zuwendung ausgleicht.³⁴

Denn in Anbetracht der Tatsache, dass es dem Erblasser frei steht, lebzeitig über sein Vermögen zu verfügen (vgl. insbesondere § 2286 BGB), es also auch gänzlich aufzubauchen oder zu überschulden, wäre es übertrieben, bloßen Erbanwärtner gegenüber die Bestandskraft eines vorzeitigen Zugewinnausgleichs vom Abschluss notarieller Eheverträge abhängig zu machen. Für die Frage der Drittwirkung ehebedingter Zuwendungen im Rahmen der §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB ergibt sich damit Folgendes:

Ehebedingte Zuwendungen fallen bis zur Höhe eines fiktiven³⁵ Zugewinnausgleichsanspruches während Bestehens des ge-

³¹ Bzgl. weiterer Gründe dafür, dass eine ehevertragliche Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft unter sofortiger Neuvereinbarung derselben keinen Rechtsmissbrauch darstellt: vgl. *Hayler*, Rechtsfolgen ehebedingter Zuwendungen im Verhältnis zu Dritten, Herbert Utz Verlag München, ISBN 3-89675-600-1, S. 132 ff.

³² Die von *Ludwig* (FuR 1992, 1 ff., 11) geäußerte Ansicht, der schwachen Rechtsposition von Pflichtteilsberechtigten habe der Gesetzgeber schon dadurch abschließend Rechnung getragen, dass in §§ 2325 ff. BGB keine dingliche Unwirksamkeit der Schenkung vorgesehen sei (wie etwa im Rahmen des § 2113 II BGB), weshalb sich eine weitere Schwächung ihrer Stellung durch Anerkennung bestandskräftiger ehebedingter Zuwendungen verbiete, halte ich für nicht durchgreifend. Denn dem Normgeber der §§ 2325 BGB war weder das Institut der ehebedingten Zuwendung noch der – erst seit 1958 bestehende – gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft bekannt, dessen Wertungen durch eine uneingeschränkte Anwendung der §§ 2325 ff. BGB verletzt werden, wie die obigen Beispielfälle belegen (vgl. hierzu eingehend *Hayler*, a.a.O., S. 259 ff.).

³³ Vgl. bzgl. des Vertragserben: § 1922 I BGB: „mit dem Tode“; bzgl. des Vertragsvermächtnisnehmers: § 2176 BGB: „mit dem Erb-falle“; bzgl. des Pflichtteilsberechtigten: § 2317 I BGB. Im Gegensatz hierzu haben die durch § 32 Nr. 2 KO, § 134 I InsO, § 3 I Nr. 4 AnfG a.F., § 4 I AnfG n.F. geschützten Gläubiger regelmäßig bereits im Zeitpunkt der unentgeltlichen Zuwendung einen Anspruch, der hinsichtlich Bestand und Umfang definitiv feststeht, sodass dort eine uneingeschränkte Anwendung der § 32 Nr. 2 KO, § 134 I InsO, § 3 I Nr. 4 AnfG a.F., § 4 I AnfG n.F. auf sämtliche ehebedingten Zuwendungen angemessen ist.

³⁴ Mögliche rechnerische Unterschiede zwischen beiden Verfahren, die *Schotten* (a.a.O.) angedeutet hat, kommen im Rahmen der §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB (Eheauflösung durch Tod des Zuwendenden) gar nicht zum Tragen, wie der Verfasser an anderer Stelle eingehend dargestellt hat (vgl. *Hayler*, a.a.O., S. 261 ff.).

³⁵ Von einem „fiktiven“ Zugewinnausgleichsanspruch muss deshalb gesprochen werden, weil es tatsächlich nicht zur Beendigung des Güterstandes i.S.d. § 1378 III 1 BGB kommt, was Voraussetzung für die Entstehung des Ausgleichsanspruches wäre.

²⁷ Unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten empfiehlt sich allerdings allein ein Wechsel zur Gütertrennung, da die Vereinbarung der Gütergemeinschaft gemäß § 7 I Nr. 4 ErbStG den Anfall von Schenkungsteuer auslöst.

²⁸ Vgl. *Palandt/Diederichsen*, a.a.O., § 1363 Rdnr. 2.

²⁹ Ein solches Vorgehen wurde in jüngerer Zeit insbesondere von *Brambring*, ZEV 1996, 248 ff., 252 ff. vorgeschlagen. Die Rückkehr zur Zugewinnsgemeinschaft ist insbesondere im Rahmen der §§ 2325, 2329 BGB von Bedeutung, da sich der Ehegattenerbeil gegenüber § 1931 I BGB nach §§ 1931 III, 1371 I BGB um ein Viertel erhöht und damit etwaige Pflichtteilsansprüche (meist der Kinder) verringert (vgl. hierzu *Brambring*, a.a.O., 253).

³⁰ Im Ergebnis so auch *Brambring*, a.a.O.; *Schotten*, NJW 1990, 2841 ff., 2846; *Wegmann*, ZEV 1996, 201 ff., 206 f. MüKo/Frank, BGB, 3. Aufl., § 2325 Rdnr. 13.

setzlichen Güterstandes (entsprechend § 1378 I BGB) nicht unter die §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB.³⁶

– Hinsichtlich der Berechnung dieses fiktiven Anspruches ist darauf abzustellen, dass die Ehegatten zu jedem beliebigen Zeitpunkt ihrer Ehe durch Wechsel des Güterstandes – gegebenenfalls unter sofortiger Rückkehr zur Zugewinngemeinschaft – die Ausgleichsforderung i.S.d. § 1378 I BGB hätten entstehen lassen können und die Erbanwärter während der gesamten Ehedauer noch keinerlei Forderung gegen den Erblasser besitzen (vgl. oben). Vor diesem Hintergrund ist für die Berechnung des (fiktiven) Anspruches aus § 1378 I BGB zugunsten der Ehegatten *derjenige Zeitpunkt heranzuziehen, in dem der auszugleichende Zugewinn am größten war*. Denn in diesem Umfang war tatsächlich einmal ausgleichspflichtiges Vermögen vorhanden, das dem Zugriff der Erbanwärter ohne weiters hätte entzogen werden können.

– Den Beweis dafür, dass der behauptete (maximale) Zugewinnausgleichsanspruch in dieser Höhe (bei einem Güterstandswechsel) tatsächlich einmal bestanden hätte, trägt der im Rahmen der §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB Verpflichtete (Beschenkte oder Erbe, also regelmäßig der überlebende Ehegatte). Die Erbringung dieses Beweises ist auch praktisch durchführbar, da sich der jeweilige eheliche Vermögensstand sowohl anhand von Konto- und Depotauszügen als auch mit Hilfe von Jahressteuererklärungen nachweisen lässt. Die Kurse von Wertpapieren sind zudem täglich in den Wirtschaftsteilen größerer Tageszeitungen abgedruckt, sodass insofern eine nahezu lückenlose Dokumentation möglich ist. Hinsichtlich des Wertes von Immobilien kann ein Sachverständigengutachten eingeholt werden. Sollte dennoch einmal die Beweislage zweifelhaft sein, so geht dies zu Lasten des anspruchspflichtigen Erben bzw. Beschenkten. Durch diese Beweislastverteilung wird ein angemessener Schutz der Erbanwärter vor der Geltendmachung eines übertriebenen Zugewinnausgleichsanspruches erreicht.

– Entgegen der These *Morhards*³⁷ und *Langenfelds*³⁸ fallen nach der hier vertretenen Ansicht³⁹ ehebedingte Zuwendungen, die im Güterstand der Gütertrennung oder Güterge-

meinschaft vorgenommen werden,⁴⁰ ausnahmslos unter die §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB, ohne dass es auf ihre konkrete Höhe ankommt. Denn die erforderliche Parallelwertung zum Güterrecht führt bei einer Gütertrennungsehe zwangsläufig zu dem Ergebnis, dass eine unbenannte Zuwendung im Rahmen der §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB keine Bestandskraft haben kann: In diesem Güterstand existiert nämlich keinerlei Ausgleichsanspruch, in Erfüllung dessen eine bestandskräftige Vermögensübertragung möglich gewesen wäre. Und im Falle einer zwischen den Ehegatten bestehenden Gütergemeinschaft tritt eine bestandskräftige⁴¹ Beteiligung jedes Partners am ehelichen Vermögenserwerb schon nach § 1416 I BGB ein. Ein Bedürfnis für einen weiteren Vermögensausgleich mittels ehebedingter (Einzel-)Zuwendungen besteht deshalb von vornherein nicht.

Mit Hilfe dieser Lösung können nunmehr die Wertungswidersprüche vermieden werden, die zu Beginn anhand der Beispielfälle zum Berliner Testament aufgezeigt wurden:

So wäre die Ehefrau im Grundfall (fortbestehende Zugewinngemeinschaft bis zum Tode des Ehemannes) keinem Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2325 BGB ausgesetzt. Denn der Wert des ihr eingeräumten Miteigentums am Familienheim in Höhe von 250.000 DM entsprach exakt ihrem fiktivem Anspruch auf Zugewinnausgleich, der gemäß § 1378 I BGB mit der Hälfte der in der Ehe erwirtschafteten 500.000 DM anzusetzen ist. Sowohl im Grundfall (fortbestehende Zugewinngemeinschaft bis zum Tode des Ehemannes) als auch in der Abwandlung (Wechsel zur Gütertrennung) müsste somit bei Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches durch das Kind nur die ererbte „Haushälfte“ des Mannes im Werte von 250.000 DM als Bemessungsgrundlage herangezogen werden (Höhe des Pflichtteilsanspruches gemäß § 2303 I 2 i.V.m. §§ 1931 I 1, III, 1371 I, 1924 I BGB: $\frac{1}{4}$ von 250.000 = 62.500 DM).

Zu der misslichen Situation, dass die Ehefrau bei einem Wechsel zur Gütertrennung in größerem Umfang vom ehelichen Vermögenserwerb partizipiert, als dies bei fortbestehender Gütergemeinschaft der Fall ist, würde es von vornherein nicht kommen.⁴²

Der Rückgriff auf Wertungen des Güterrechts ermöglicht insofern eine befriedigende Lösung der Drittwirkungsproblematik im Bereich der Pflichtteilergänzung⁴³.

³⁶ Soweit diese Höhe überschritten wird, rechtfertigt sich die Anwendung der §§ 2287, 2288 II 2, 2325, 2329 BGB auf ehebedingte Zuwendungen aus einer Analogie: vgl. hierzu *Hayler*, a.a.O., S. 247 ff.

³⁷ *Morhard*, NJW 1987, 1734 ff., 1739, nach dem auch bei einer Gütertrennung die Kriterien des Zugewinnausgleiches heranzuziehen sind.

³⁸ *Langenfeld*, NSW 1994, 2133 ff., 2135, nach dem der dem Zugewinnausgleich zugrunde liegende Teilhabegedanke güterstandsabhängig sei. Hierzu sei in der gebotenen Kürze Folgendes angemerkt: Die Anerkennung des Teilhabegedankens durch den BGH in seinem Urteil vom 7.1.1972 (NJW 1972, 580) für den Bereich der Gütertrennung erfolgte allein im Hinblick auf das Innenverhältnis der Ehegatten. Aus diesem Urteil lässt sich deshalb kein überzeugendes Argument für das hier in Frage stehende Außenverhältnis herleiten. In dieser Weise interpretiert sogar der BGH selbst in einem späteren Urteil seine Entscheidung vom 7.1.1972: vgl. BGH, NJW 1978, 1326 f., 1327.

³⁹ Bzgl. weiterer Unterschiede zu den Lösungsmodellen von *Morhard* (a.a.O.) und *Langenfeld* (a.a.O.) vgl. *Hayler*, a.a.O., S. 250 ff.

⁴⁰ Das Rechtsinstitut der ehebedingten Zuwendung ist unabhängig von dem Bestehen einer Zugewinngemeinschaft: vgl. *Langenfeld*, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht, a.a.O., Rdnr. 51.

⁴¹ Vgl. hierzu BGH, NJW 1992, 558 f. (= MittBayNot 1992, 127 ff.).

⁴² Dass insofern dasselbe rechnerische Ergebnis wie bei einer Gütertrennung erzielt wird, steht im Einklang mit dem gesetzlichen Ehegattenerbteil, der bei Vorhandensein eines Kindes sowohl in der Gütertrennung (§ 1931 IV BGB) als auch in der Zugewinngemeinschaft (§§ 1931 I 1, III, 1371 I BGB) $\frac{1}{2}$ beträgt, also gleich hoch ist.

⁴³ Dieses Lösungsmodell bewährt sich zudem nicht nur in der hier angesprochenen Konstellation der Alleinerbschaft eines Ehegatten kraft Berliner Testamentes, sondern führt auch dann zu sachgerechten Ergebnissen, wenn der bedachte Ehegatte die Erbschaft ausschlägt (vgl. § 1371 III BGB) oder testamentarisch auf seinen gesetzlichen Erbteil eingesetzt wird (vgl. § 1371 I BGB) und jeweils das pflichtteilsberechtigte Kind (etwa zugunsten eines Dritten) erbt: Vgl. hierzu eingehend *Hayler*, a.a.O., S. 254 ff.

Geldwäsche – Auswirkungen des neuen Richtlinienentwurfs*

Von Notarassessor *Michael Volmer*, Deutsches Notarinstitut, Würzburg

1) Geldwäsche als internationales Problem¹

Die Bekämpfung der Geldwäsche steht derzeit – und insoweit grundsätzlich zu Recht – ganz oben auf der Tagesordnung der internationalen Politik. Deren Ansätze zur Bekämpfung der Geldwäsche waren und sind vielfältig. Die Gründung der Financial Action Task Force on Money Laundering durch die G 7 auf ihrem Gipfeltreffen in Paris 1989 ist hier ebenso zu nennen wie das nur wenig ältere Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtstoffen und psychotropen Stoffen vom 20.12.1988. Hinzu gesellen sich nicht zuletzt Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft, zunächst durch die Richtlinie zur Bekämpfung der Geldwäsche aus dem Jahre 1991³. Diese wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität⁴ sowie durch das Geldwäschegesetz⁵ in das Deutsche Recht umgesetzt.

2) Auswirkungen der Geldwäscherichtlinie 1991 auf Notare

Die Geldwäscherichtlinie 1991⁶ richtete sich vorrangig an Kredit- und Finanzinstitute, denen weitgehende Informationspflichten auferlegt wurden. Bei einem Anfangsverdacht auf Geldwäsche haben sie diesen Verdacht den zuständigen Behörden zu melden⁷.

Demgegenüber zählten andere Berufe und Tätigkeiten außerhalb des Finanzsektors nicht zu den Hauptadressaten dieser Richtlinie. Zu deren Einbeziehung heißt es lediglich in ihrem Art. 12:

„Die Mitgliedsstaaten sorgen dafür, dass die Bestimmungen dieser Richtlinie ganz oder teilweise auf Berufe und Unternehmenskategorien ausgedehnt werden, die zwar keine Kredit- und Finanzinstitute im Sinne von Art. 1 sind, jedoch Tätigkeiten ausüben, die besonders geeignet sind, für Zwecke der Geldwäsche genutzt zu werden.“

* Gedanken anlässlich einer Tagung gleichen Titels der Europäischen Rechtsakademie, Trier, am 13. März 2000. Der Beitrag gibt die persönlichen Eindrücke des Verfassers von dieser Tagung wieder.

¹ Siehe den Überblick bei *Fülbier/Aepfelbach*, GwG – Kommentar zum Geldwäschegesetz, 4. Aufl. 1999, Einl. Rdnr. 36 ff.

² In Deutschland ratifiziert durch Gesetz vom 22. Juli 1993, BGBl II, S. 1136; alsdann umgesetzt durch Gesetz vom 2. 8. 1993, BGBl I, 1407.

³ Richtlinie des Rats vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche (91/308 EWG; Abl Nr. L 166/77 vom 28. Juni 1991); abgedruckt bei *Fülbier/Aepfelbach* (Fn. 1), Anhang II.1.

⁴ Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG) vom 15. Juli 1992, BGBl I, 1302.

⁵ Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG) vom 25. Oktober 1993, BGBl I, 1770.

⁶ Dogmatisch genau ergeben sich die Pflichten aus dem GwG, da die Richtlinie unmittelbar nur an die Mitgliedstaaten adressiert ist, Art. 249 EG (in der Fassung des Amsterdamer Vertrages; zur Zitierweise siehe NJW 2000, 52).

⁷ Zu geldwäscherdächtigen Finanztransaktionen hat sich das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen im Rundschreiben 19/98 vom 2. 10. 1998 – Geldwäsche-Typologiepapier – geäußert (abgedruckt in ZBB 1999, 63).

Dieser Anordnung kam der deutsche Gesetzgeber durch § 3 GwG nach, wonach Gewerbetreibende und Vermögensverwalter zur förmlichen Identifikation des Kunden verpflichtet sind, wenn diese Bargeldbeträge von mindestens 30.000 DM einreichen.

Speziell auf die notarielle Tätigkeit wirkt sich das GwG bzw. mittelbar die Geldwäscherichtlinie 1991 nur in sehr geringem Umfang aus. Natürlich trifft die Notare seitdem die Pflicht, bei nicht ausgeräumten Geldwäscherdacht gem. §§ 4 BeurkG, 15 BNotO die verlangte Amtshandlung abzulehnen, widrigenfalls sie sich womöglich gem. § 261 StGB wegen Beteiligung an Geldwäsche strafbar machen⁸. Besondere Informationspflichten ergeben sich indes nur in zwei Fällen. Zum einen, wenn Beteiligte bei der Einreichung von Bargeld nach § 3 GwG zu identifizieren sind, zum anderen, wenn der Notar nach § 2 Abs. 1 i. V. m. § 8 GwG bei der Eröffnung eines Anderkontos den wirtschaftlich Berechtigten gegenüber dem Kreditinstitut nennen muss⁹. Bei einer Amtsführung, die schon aus anderen Gründen den Umgang mit größeren Bargeldbeträgen vermeidet¹⁰ und von der Anderkontoabwicklung als Regelmodell abrät¹¹, spielt daher das GwG keine oder nur eine geringe Rolle. Eine Pflicht zu Verdachtsanzeigen an die Strafverfolgungsbehörden besteht nicht¹². Ich gestehe, dass bis zur Vorbereitung auf diese Tagung mich Fragen des GwG nicht näher beschäftigt hatten.

3) Geplante Neuerungen durch die Geldwäscherichtlinie 2000

Um eines gleich vorwegzunehmen: Diese relative Ruhe und Beschaulichkeit wird sich voraussichtlich drastisch ändern.

Entsprechend der internen Vorgabe der Geldwäscherichtlinie 1991 hat die Kommission mehrfach zur Umsetzung der Richtlinie und zu den Veränderungen auf dem Finanzsektor Stellung genommen, die neue Maßnahme gegen die Geldwäsche erforderlich machten, zuletzt im Jahre 1998¹³. Diesen Bericht hat das Europäische Parlament zum Anlass genommen, von der Kommission die Ausarbeitung einer Änderungsrichtlinie mit dem Ziel zu verlangen, den persönlichen Anwendungsbereich der Informations- und Anzeigepflichten über den Finanzsektor hinaus deutlich auszudehnen, insbesondere auf die rechts- und steuerberatenden Berufe. Für diese Forderung gaben empirische Erfahrungen in anderen Ländern den Aus-

⁸ Wobei gem. § 261 Abs. 5 StGB auch die leichtfertige Beteiligung strafbar ist.

⁹ Auf einer anderen Ebene liegt die Mitwirkung des unterschriftsglaubigenden Notars, den die (Hypotheken-)Bank einschaltet, um die ihr obliegende Identifizierung des Kunden durchzuführen; dazu Sammelrundschriften 3/98 der Landesnotarkammer Bayern vom 1.6.1998.

¹⁰ Insbes. wegen der Haftungsgefahren und des Vortäuschens vorhandener Sicherheiten, vgl. etwa Rundschreiben der Rheinischen Notarkammer 3/1981 vom 10. 12. 1981.

¹¹ § 54a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG und die dazu veröffentlichten Stellungnahmen.

¹² Rundschreiben der BNotK vom 26. November 1993, Ziff. II; abgedruckt bei *Körner/Dach*, Geldwäsche (1994), Anhang 3; *Fülbier*, DSr 1994, 827, 828.

¹³ Dokument KOM (98) 0401 – C4-0396/98.

schlag, bei denen die Strafverfolgungsbehörden nach Aushebung von Geldwäscherbanden festgestellt haben, dass die Geldwäscher in sehr vielen Fällen die Unterstützung durch professionelle Berater erhalten hatten¹⁴. Daher wird nun

„die Einbeziehung von Berufen, bei denen die Gefahr der Mitwirkung an der Geldwäsche oder des Mißbrauchs durch Geldwäsche besteht, z. B. Immobilienmakler, Kunsthändler, Auktionatoren, Spielbanken, Wechselstuben, Geldtransportunternehmen, Notare, Buchsachverständige, Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in den Geltungsbereich der Richtlinie“

erwogen¹⁵.

Einen entsprechenden Vorschlag für eine Änderungsrichtlinie hat die Kommission bereits ausgearbeitet¹⁶ und dem Europäischen Parlament im Verfahren des Art. 251 EG zur weiteren Stellungnahme zugeleitet.

Die Änderungsrichtlinie sieht im Kern die umfassende Anwendung der Geldwäscherichtlinie 1991 auch auf diese soeben zitierten und insbesondere rechtsberatenden Berufe vor. Inhaltlich, also an den Identifikations- und Anzeigepflichten, ändert der Richtlinienentwurf nichts, so dass aus Sicht der bereits identifizierungspflichtigen Banken der Änderungsvorschlag nur unwesentliche Neuerungen in Randbereichen enthält. Für die rechtsberatenden Berufe geht es aber darum, dass ihnen dieselben umfassenden Identifizierungspflichten auferlegt werden sollen, die ohnehin schon für die Banken bestehen. Gleichfalls soll ihnen eine Anzeigepflicht bei einem Anfangsverdacht für Geldwäsche auferlegt werden. Demgegenüber mussten bisher lediglich die Unterlagen über eine Identifikation nach § 3 GwG aufbewahrt und gewissermaßen für eine Beschlagnahme durch die Staatsanwaltschaft bereitgehalten werden.

Eine solche Anzeigepflicht wurde offenbar bereits in Großbritannien für die rechtsberatenden Berufe eingeführt. In der Tagungsdiskussion zeigte sich, dass diese Anzeigepflicht zu größeren Erfolgen bisher noch nicht geführt hat, ja sogar noch nicht eine einzige Verdachtsanzeige erstattet worden ist. Anwesende Beamte der Kommission gaben sich dem Trost hin, dass man nur irgendwann einmal einen Rechtsanwalt wegen des Unterlassens einer solchen Verdachtsanzeige strafrechtlich würde belangen müssen. Der daraufhin einsetzende allgemeine Schrecken werde die Berufskollegen für die Tragweite der Verdachtsanzeigen sensibilisieren. Dass möglicherweise die Geldwäscher so klug sind, in Beratungsgesprächen mit den Anwälten jeden Anhaltspunkt für einen Verdacht auf Geldwäsche zu vermeiden, dass möglicherweise die Rechtsanwälte ihrerseits genaue Fragen vermeiden, weil sie kein besonderes Interesse daran haben, über die Vermeidung der eigenen Mitwirkung an kriminellen Handlungen hinaus noch den Mandanten ans Messer zu liefern, diese Gründe scheint die Kommission bisher noch nicht ernsthaft in Betracht zu ziehen. Dabei dürfte sicher sein, dass die wirklich kriminellen Elemente aus den Reihen der Rechtsberater, die bereits der

Strafandrohung des § 261 StGB zum Trotz die Geldwäscherbanden bewusst unterstützen, durch die weiteren Informations- und Anzeigepflichten nicht erreicht werden.

4) Rechtsgrundlage

Die Kommission findet ihre Kompetenz für die Änderungsrichtlinie in der sogenannten ersten Säule des „Säulenmodells“¹⁷ der Europäischen Union. Rechtsgrundlage ist somit nicht etwa die dritte Säule, also eine Handlung aufgrund der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres. Rechtsgrundlage ist vielmehr der EG-Vertrag. Die Präambel des Richtlinienentwurfs nennt als einzelne Kompetenzgrundlagen die Art. 47 und 95 EG, d. h. Kompetenznormen zur Vereinheitlichung des Berufsrechts der freien Berufe (Art. 47 EG) bzw. Maßnahmen zur Errichtung des Binnenmarktes (Art. 95 EG). Betont wird dies durch den Newman-Bericht¹⁸, welcher der Entschließung des Europäischen Parlaments¹⁹ vorausging. Dort heißt es in der Begründung des Berichts u. a.:

„Es sollte gleich zu Beginn darauf hingewiesen werden, dass es sich bei der Geldwäscherichtlinie um ein Instrument des ersten Pfeilers handelt. Als solches zielt sie darauf ab, den Unternehmen im Finanzsektor vernünftige und gleiche Bedingungen aufzuerlegen; damit wird unmittelbar und mittelbar ihre Wettbewerbsposition beeinflusst. Ein zweites, wenn auch indirektes Ziel der Richtlinie besteht darin, die kriminelle Aktivität der Geldwäscher und kriminelle Aktivitäten zu bekämpfen, bei denen „schmutziges“ Geld erwirtschaftet wird.“

Und weiter: „Abschließend ist festzuhalten, dass im zweiten Bericht der Kommission die *wettbewerbsbezogenen Aspekte*²⁰ im Finanzsektor vernachlässigt werden.“

In Kategorien des deutschen Verfassungsrechts gesprochen, müsste eigentlich nach dieser Feststellung bereits die Änderungsrichtlinie als verfassungswidrig verworfen werden, sofern die zitierten Kompetenznormen auch nur halbwegs ordnungsgemäß angewandt werden. Weder in der ursprünglichen Entschließung des Parlaments noch in den Erwägungsgründen für einen Entwurf einer Änderungsrichtlinie ist nämlich auch nur an irgendeiner Stelle von irgendwelchen Wettbewerbsnachteilen der Freiberufler etc. die Rede, die beseitigt werden müssten. Solche Wettbewerbsnachteile sind weder empirisch festgestellt noch auch nur behauptet. Im Mittelpunkt, was auch bei der genannten Tagung ganz klar zum Ausdruck kam, steht vielmehr einzig und allein die Kriminalitätsbekämpfung, also das, was der eben zitierte Newman-Bericht als lediglich „indirektes Ziel“ erwähnt. Bei dem Bestreben, gleiche Wettbewerbszustände in den verschiedenen Mitgliedsstaaten herzustellen²¹, handelt es sich ersichtlich um eine Scheinbegründung, die nach Maßstäben des deutschen Verfassungsrechts deswegen nicht geeignet ist, einen Eingriff

¹⁴ Kritisch zu dieser empirischen Aussage indes RD M. Findeisen (Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen) im Rahmen seines Beitrags zur Umsetzung der Geldwäscherichtlinie 1991 im Finanzsektor. BMI und BMJ haben mittlerweile eine Untersuchung in Auftrag gegeben, um aussagekräftige Daten zu gewinnen.

¹⁵ Europäisches Parlament, Entschließung zum Zweiten Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Geldwäscherichtlinie, Protokoll vom 9. März 1999.

¹⁶ Dokument KOM (1999) 352 Endg. – COD 99/0152 vom 14. Juli 1999.

¹⁷ Streinz, Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rdnr. 69; Schweitzer/Hummer, Europarecht, 5. Aufl. 1996, Rdnr. 58.

¹⁸ Bericht des Ausschusses für Recht und Bürgerrechte vom 26. Februar 1999 über den Zweiten Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Geldwäscherichtlinie, Berichterstatter Edward Newman.

¹⁹ Fn. 15.

²⁰ Hervorhebung im Original.

²¹ Was ohnehin schon aussichtslos wäre, da der Wettbewerbsdruck, wenn überhaupt, von den Nicht-Mitgliedsstaaten ausgeht, die aus wirtschaftlichen Gründen heraus überhaupt kein Interesse daran haben, die Geldwäsche ernsthaft zu bekämpfen.

des Staates zu rechtfertigen. Ich hege jedoch die Vermutung, dass man mit derart spitzfindigen Überlegungen der Kommission derzeit *nicht kommen kann*²². Die Rechtsgrundlage wird uns gleichwohl noch an anderer Stelle beschäftigen.

5) Zur Verschwiegenheitspflicht

Bei der Einbeziehung juristischer Berufe, insbesondere hier der Rechtsanwälte und Notare, stellt sich damit das Problem einer Kollision mit ihrer beruflichen Verschwiegenheitspflicht, sofern diesen Berufen eine Pflicht zur Erstattung von Verdachtsanzeigen auferlegt werden soll. Die Berufsverschwiegenheit, neudeutsch „legal privilege“, erkennen alle Mitgliedsstaaten in der ein oder anderen Weise an²³. Es zählt, wie der EuGH in einer älteren Entscheidung festgestellt hat²⁴, zu den allgemeinen Rechts Traditionen der Mitgliedsstaaten, die auch von der Europäischen Gemeinschaft geachtet werden. Auch das Parlament und – zumindest vorgeblich²⁵ – auch die Kommission haben die Kollision der Anzeigepflicht mit der Verschwiegenheitspflicht erkannt und sich um eine praktische Konkordanz beider Pflichten bemüht.

a.

Herausgekommen ist zum einen der Versuch, mittels eines genau abgegrenzten Kreises von potenziell verdächtigen Transaktionen den Kreis der betroffenen Mandanten zu konkretisieren. Dieser Katalog ist in Art. 2a Nr. 5 Buchst. a-e des Entwurfs enthalten, der folgende Tätigkeiten umfasst:

- „a) Kauf und Verkauf von Immobilien oder Gewerbebetrieben;
- b) Verwaltung von Geld, Wertpapieren oder sonstigen Vermögensgegenständen;
- c) Verwaltung von Bank-, Spar- und Wertpapierkonten;
- d) Gründung, Betrieb oder Verwaltung von Gesellschaften, Treuhandgesellschaften oder ähnlichen Strukturen;
- e) Ausführung von Finanzgeschäften.“

Der Versuch, durch eine solche Konkretisierung eine erste Eingrenzung der Anzeigepflicht zu erreichen, mag gut gemeint gewesen sein. Betrachtet man den Katalog jedoch eingehend, dürfte bei Notaren allenfalls die Beurkundung von Ehe- und Erbverträgen freigestellt sein, ein Bereich, in dem ich ohnehin keine bedeutende Geldwäscheaktivität vermutet hätte. Gerade die sehr weit gefassten Bereiche „Kauf von Immobilien und Gewerbebetrieben“ sowie die Einbeziehung sämtlicher Aktivitäten im Bereich des Gesellschaftsrechts dürften für Notare und für die Masse der Wirtschaftsberaten-

²² Das Europäische Parlament hat jedenfalls diese Aufforderung des Newman-Berichts nicht in die abschließende Entschließung übernommen. Naheliegenderweise hat sich deswegen auch die Kommission in ihrem Richtlinienvorschlag nicht zu Wettbewerbsverzerrungen geäußert. Und wie könnte es anders sein: Selbst der Newman-Bericht geht auf wettbewerbsbezogene Aspekte nicht weiter ein – weil diese Aspekte völlig irrelevant sind.

²³ Präambel zum Vorschlag (Fn. 16): „Da diese Berufe in allen Mitgliedsstaaten der Schweigepflicht ... unterliegen“.

²⁴ EuGH NJW 1983, 503 (Rs. 155/79 – AM&S Europe./Kommission); weiter *GA Warner* in seinem Schlussantrag in dieser Sache (in NJW 1983, 503 nicht abgedruckt; zitiert nach *Dolmans/Eichler/Müller-Ibold*, AnwBl 1999, 493, Fn. 3): Recht des Mandanten auf Vertraulichkeit, „das im Recht der zivilisierten Staaten allgemein anerkannt ist“.

²⁵ Siehe bereits *Dolmans/Eichler/Müller-Ibold*, AnwBl 1999, 493, zu den Problemen, die die Kommission in anderen Bereichen mit der Anerkennung der Verschwiegenheitspflicht hat.

den Kanzleien eine nahezu vollständige Einbeziehung ihrer Beratungsleistung mit sich bringen.

b.

Ob darüber hinaus jedwede rechtsberatende Tätigkeit von der Anzeigepflicht freigestellt wird, ist derzeit noch Gegenstand von Beratungen in Parlament und Ministerrat.

Sicher dürfte wohl sein, dass die gesamte forensische Anwaltstätigkeit, insbesondere die Tätigkeit als Strafverteidiger, von dem Bereich der anzeigepflichtigen Tätigkeiten ausgenommen wird²⁶.

Fraglich ist aber, ob auch eine sonstige allgemeine Rechtsberatung außerhalb einer unmittelbaren Prozesstätigkeit von der Anzeigepflicht ausgenommen werden wird. Der ursprüngliche Entwurf der Kommission hat eine solche Ausnahme nicht vorgesehen und sich auf eine Ausnahme für die forensische Tätigkeit beschränkt²⁷. Der Ausschuss für Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten hat aber einen ersten Entwurf für eine Stellungnahme²⁸ erarbeitet und dabei eine Nachbesserung der Änderungsrichtlinie von der Kommission verlangt, worin ausdrücklich auch die gesamte unabhängige Rechtsberatung von der Anzeigepflicht ausgenommen wird²⁹. Sollte sich dieser Vorschlag durchsetzen, dürfte der Einbruch in die Verschwiegenheitspflicht für Anwälte und Notare allenfalls Randbereiche betreffen, insbesondere also eine Geschäftsbesorgungstätigkeit außerhalb jeder Rechtsberatung. Dabei stellt sich aber sogleich die Frage, was dann eigentlich von der ursprünglichen Intention sowohl des Europäischen Parlaments wie auch der Kommission noch übrig bleibt, denn es dürfte der Praxis nicht schwerfallen, finanzielle Geschäftsbesorgungen mit dem Mantel einer Rechtsberatung zu verhüllen.

6) Ausgestaltung der Anzeigepflicht

Als weitere Konzilianz gegenüber der Pflicht zur Berufsverschwiegenheit will die Kommission den Mitgliedsstaaten die Option einräumen, dass die Rechtsanwälte die verlangte Verdachtsanzeige nicht unmittelbar bei den Rechtsverfolgungsbehörden einreichen, sondern bei ihrer Kammer oder anderen Selbstverwaltungseinrichtungen. Ein solches Verfahren, so die Kommission, sei bereits in einem Mitgliedsstaat gängige Praxis und solle daher auch in anderen Mitgliedsstaaten wahlweise bei der Umsetzung der Richtlinie zur Verfügung gestellt werden.

Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob eine solche Anzeigepflicht gegenüber der Selbstverwaltungseinrichtung auch auf Notare anwendbar wäre. Die weitergehende Frage, ob die mitgliedstaatlichen Kammern eine solche, ihnen gegenüber einzureichende Anzeige überhaupt gutheißen würden und deswegen die Ausnutzung dieses Optionsrechts unterstützen

²⁶ Vorschlag zur Änderungsrichtlinie (Fn. 16), Erwägungsgrund 24; Art. 6 Abs. 3 UA 2 des Vorschlags.

²⁷ Fn. 26.

²⁸ Sog. Lehne-Bericht, vorbereitendes Dokument 1999/0152(COD) – F1.

²⁹ So in der Neufassung des Erwägungsgrundes 24 (kursive Passagen sind neu): „Vertritt z. B. ein unabhängiger Rechtsanwalt oder eine Anwaltskanzlei einen Kunden in einem förmlichen *Gerichtsverfahren* oder ist er *ausschließlich im Rahmen unabhängiger Rechtsberatung tätig*, so wäre es nach der Richtlinie allerdings nicht angebracht, den Rechtsanwalt zur Meldung des Verdachts auf Geldwäsche zu verpflichten.“ Zum Fortgang der Verhandlungen s. BNotK-Intern 3/2000, S. 4.

würden, sei dahingestellt³⁰. Dies wäre eine zweite, gleichfalls zu beantwortende Frage. Das BMJ ging bisher offenbar davon aus, dass die Mitgliedsstaaten auch zugunsten von Notaren eine solche Möglichkeit einführen könnten³¹. Dies entspricht auch nach meiner Einschätzung dem bisher vorhandenen Normwortlaut. In der Diskussion anlässlich der Tagung wurde jedoch das Optionsrecht auch zugunsten von Notaren/Notarkammern von einem Beamten der Kommission deutlich in Frage gestellt. Man habe lediglich eine Anwendung auf Rechtsanwälte und deren berufsständische Organisationen vorgesehen³².

Noch etwas anderes ist bei dieser Option aber – gelinde ausgedrückt – erstaunlich: Die Kommission hat sich bisher offenbar keine Gedanken gemacht, was denn mit den Anzeigen, die möglicherweise bei der Selbstverwaltungseinrichtung eingehen, weiter geschehen soll. Der Richtlinienvorschlag spricht davon, dass dies der freien Ausgestaltung der Mitgliedsstaaten unterliegen solle. Als Begründung wird angegeben, dass es sich bei der Weiterleitungspflicht der berufsständischen Selbstverwaltungsorganisationen an die Strafverfolgungsbehörden um die Auferlegung einer Pflicht handele, die nach dem Säulenmodell³³ den Bereich der dritten Säule, also die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres betreffe. Daher habe die Kommission im Rahmen der vorgeschlagenen Änderungsrichtlinie keine Kompetenz, den Mitgliedsstaaten hier irgendwelche Vorgaben zu machen.

Diese Argumentation trifft natürlich bei einer Binnenbetrachtung rein aus der ersten Säule heraus sicher zu, und es sollte anerkannt werden, dass die Kommission bemüht ist, die Kompetenzgrundlagen nicht zu überschreiten – wenn man vielleicht einmal darüber hinwegsieht, dass die Art. 47, 95 EG ohnehin keine geeigneten Kompetenzgrundlagen für die angestrebte Änderungsrichtlinie hergeben und allenfalls als vorgeschobene Begründung angesehen werden können. Bei einer Globalbetrachtung ist es aber doch äußerst fragwürdig, den Mitgliedsstaaten eine Hülse als Optionsrecht vorzustellen, ohne auch nur irgendeine Vorstellung davon zu haben, wie denn wohl die Hülse aufgefüllt werden kann. Bestenfalls – aus Sicht desjenigen, der an einer Aufrechterhaltung der Verschwiegenheitspflicht interessiert ist – leitet die Kammer die eingehenden Anzeigen überhaupt nicht oder nur so stark anonymisiert weiter, dass sie für die Strafverfolgungsbehörden ohne jede Aussagekraft sind. Nach der von der Richtlinie vorgesehenen Mindest-Aufbewahrungsfrist von sieben Jahren würden dann die Anzeigen ungelesen geschreddert. Der Sinn dieses Verfahrens leuchtete mir nicht ein, würde aber der Aufrechterhaltung der Verschwiegenheitspflicht ohne weiteres dienlich sein. Verpflichtet hingegen der Mitgliedsstaat die betreffende Kammer zur Weitergabe in nutzbringender Form, frage ich mich, wie dann der Verschwiegenheitspflicht gedient sein soll.

Angesichts dieser Unklarheiten ist immerhin tröstlich, dass die Kommission verspricht, sie werde bei Mitgliedsstaaten, die sich für das Optionsmodell entscheiden, die Wirksamkeit dieses Verfahrens „streng überwachen“³⁴.

³⁰ Die BNotK steht dem Optionsrecht offenbar aufgeschlossen gegenüber. Zur Tätigkeit der BNotK siehe i.ü. BNotK-Intern 2/2000, S. 2; notar zwei 2000, S. 59.

³¹ Schotten, ZNotP 1999, 464.

³² Für diese Argumentation spricht Erwägungsgrund 25 des Vorschlags, der nur von Rechtsanwälten handelt.

³³ S. o. Fn. 17.

³⁴ Präambel zum Vorschlag (Fn. 16).

7) Straf- und Zivilrechtliche Indemnität

Das geringste Problem besteht noch in der Auflösung der Gesetzeskollision zwischen (strafbewehrter, § 203 StGB) Verschwiegenheitspflicht einerseits und Pflicht zur Verdachtsanzeige andererseits³⁵. Hier verlangt Art. 12 der Geldwäscherichtlinie umfassende Indemnität in straf- und zivilrechtlicher Hinsicht, sofern nicht die Anzeige grob fahrlässig zu Unrecht erstattet wird. Die deutsche Umsetzungsnorm, § 12 GwG, muss entsprechend als *lex specialis* zu allen Haftungsnormen des Straf- und Zivilrechts angesehen werden, die an den Bruch der Verschwiegenheitspflicht anknüpfen³⁶. Der politische Verlust wird natürlich nicht kompensiert.

8) Einschätzung der Vorhaben

In welchem Umfang die Berufsverschwiegenheit gebrochen wird, ist, wie eben ausgeführt, gegenwärtig noch in der Schwebe. Der Ausgang bleibt abzuwarten. Sicher dürfte aber sein, dass die Berufsverschwiegenheit in der Kommission, jedenfalls in denjenigen Teilen der Kommission, die für die Bekämpfung der Geldwäsche zuständig sind, keinen besonderen Stellenwert genießt. Hierüber darf man sich keiner Illusion hingeben. Die Diskussion anlässlich der Tagung zeigte deutlich, dass die Verschwiegenheitspflicht der rechtsberatenden Berufe nicht bedeutsamer eingeschätzt wird als das Bankgeheimnis. Und ebenso wie die Kommission mit der Geldwäscherichtlinie 1991 das Bankgeheimnis gebrochen hat, ist sie willens, die Verschwiegenheitspflicht der rechtsberatenden Berufe zu brechen. Sie hat hierbei Rückhalt auch aus Teilen der – zugegebenermaßen nicht deutschen – Strafrechtswissenschaft³⁷. Anwesende Beamte der Kommission gingen sogar so weit, es bereits jetzt als allgemeine Bürgerpflicht des Anwalts zu bezeichnen, einen sich ihm aufräugenden Verdacht auf Geldwäscherichtlinien seines Mandanten den Strafverfolgungsbehörden zu melden. Wer gegen diese Bestrebungen auf die Bedeutung der Verschwiegenheitspflicht hinweist, mag sich mit GA Warner³⁸ als zivilisierter Mensch fühlen, muss sich gleichwohl jedoch vorhalten lassen, er habe den Ernst der Lage noch nicht richtig begriffen.

Die Wirtschaftsprüfer scheinen sich mit den erweiterten Pflichten abgefunden zu haben. So wies Frau *Saskia Slomp*³⁹ im Rahmen ihres Vortrag auf die begrenzten Erkenntnismöglichkeiten der Wirtschaftsprüfer hin. Grundsätzliche Einwände gegen die neuen Pflichten trug sie nicht vor. Für die Anwaltschaft äußerte sich *John Fish*⁴⁰ verhaltene Kritik, indem er in seinem Vortrag⁴¹ auf die Bedeutung der Verschwiegenheitspflicht hinwies.

³⁵ Besorger indes die Landesnotarkammer Bayern in ihrem Tätigkeitsbericht 1999 vom 24./25. Februar 1999, S. 18.

³⁶ Zu denken wäre z. B. auch an eine Amtshaftung aus § 19 BNotO, wenn weitere Vollzugshandlungen verzögert werden, um erst eine Entschließung der Strafverfolgungsorgane abzuwarten. Zur Reichweite des § 12 GwG bisher siehe *Fülber/Aepfelbach* (Fn. 1), § 12 GwG Rdnr. 6.

³⁷ Auf der Tagung *Prof. William C. Gillmore*, University of Edinburgh.

Allerdings enthält auch der Europäische Kodex des notariellen Ständerechts die Möglichkeit der Anzeigepflicht, siehe BNotK-Intern 2/2000, S. 8.

³⁸ S. o. bei Fn. 24.

³⁹ Direktorin des Eur. WP-Verbandes.

⁴⁰ Irland; Vorsitzender der CCBE (Eur. Anwaltsverband) Task Force on Money Laundering.

⁴¹ „The problems of money laundering and confidentiality of the profession“.

Wie das Europäische Parlament zu dieser Frage steht, ist nicht genau einzuschätzen. Einerseits deutet der zitierte Entwurf für einen Bericht des Ausschusses für Freiheiten etc.⁴² auf eine verstärkte und zu Recht vollständige Anerkennung der Verschwiegenheitspflicht hin. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass die Initiative zur Einbeziehung der rechtsberatenden Berufe auch vom Europäischen Parlament ausging und dabei drastische Einschränkungen der Verschwiegenheitspflicht hingenommen wurden⁴³. So heißt es in der ursprünglichen Entschließung des Europäischen Parlaments, dass die Kommission aufgefordert werde,

„die Einbeziehung von Berufen ... [des Notars/des Anwalts usw., s. o. bei Fn. 15]... in den Geltungsbereich der Richtlinie mit dem Ziel,

- auf sie die darin enthaltenen Vorschriften ganz oder teilweise anzuwenden oder *erforderlichenfalls*⁴⁴
- auf sie unter Berücksichtigung der besonderen Umstände dieser Berufe, insbesondere unter voller Wahrung ihrer berufsspezifischen Verschwiegenheitspflicht neue Vorschriften anzuwenden“.

Diese Aufforderung des Europäischen Parlaments deutet eher auf eine sehr weitgehende Aufhebung der Verschwiegenheitspflicht hin, jedenfalls wird sie als Möglichkeit durchaus in Betracht gezogen.

Das Problem des Einbruchs in die Verschwiegenheitspflicht stellt sich umso drängender, als dass eine Beschränkung des derart gewonnenen Wissens auf die unmittelbare Bekämpfung der Geldwäsche nicht sichergestellt ist und vermutlich auch nicht sichergestellt werden kann. So heißt es in der

⁴² Oben bei Fn. 29.

⁴³ Diese Initiative fiel bei der Kommission auf äußerst fruchtbaren Boden!

⁴⁴ Hervorhebung von mir.

Richtlinie schon bisher und wird es auch in der Änderungsrichtlinie weiter heißen⁴⁵:

„Informationen, die den Behörden gem. Abs. 1 mitgeteilt werden, dürfen nur zur Bekämpfung der Geldwäsche benutzt werden. Die Mitgliedsstaaten können jedoch vorsehen, dass diese Information auch für andere Zwecke verwendet werden können.“

Dabei zeigt die Praxis der Grenzkontrollen an der deutsch/luxemburgischen Grenze, dass routinemäßige Überprüfungen der wiedereinreisenden Deutschen praktisch keinen Anlass für Geldwäscheverdacht geben, der Aufdeckung von Steuerstraftaten jedoch ein beachtlicher Erfolg wohl nicht abgesprochen werden kann⁴⁶.

9) Strafverfolgungsprobleme

Ach ja. Über die Probleme der Strafverfolgungsbehörden mit der zwischen ihnen angestrebten internationalen Zusammenarbeit wurde auch berichtet⁴⁷. Eine Vielzahl von Hemmnissen wurde schon beseitigt. Weitere Fortschritte wäre äußerst wünschenswert. Gleichwohl erschöpfen sich in der dritten Säule die Maßnahmen in, wie mir scheint, wohlklingenden Absichtserklärungen. Fragen wir besser nicht weiter nach den Gründen. Sonst stellt sich womöglich noch heraus, dass der politische Wille zu energischer Verfolgung und Bekämpfung der Geldwäsche doch nicht so groß ist und spätestens dort endet, wo der vermeintliche Kern hoheitlicher Tätigkeit beginnt. Symbolische Gesetzgebung jetzt auch auf EU-Ebene?

⁴⁵ Art. 6 S. 5 Geldwäscherichtlinie 1991 bzw. Art. 6 Abs. 4 in der Fassung des Änderungsvorschlags.

⁴⁶ RA *Hans-J. Gernert*, Trier, in einem Diskussionsbeitrag.

⁴⁷ OStA *Eckert*, Staatsanwaltschaft München; *Boudewijn Verhelst*, Brüssel, Vorsitzender der Egmont Gruppe, eines Arbeitskreises der national für die Verfolgung von Geldwäsche und Org. Kriminalität zuständigen Behörden.

Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) und seine Bedeutung für die Anwaltschaft

– 22. Tagung der Europäischen Anwaltsvereinigung DACH –

Von Notarassessor *Dr. Andreas Knapp*, Luxemburg

Vom 18.5. bis 20.5.2000 fand in Straßburg die 22. Tagung der Europäischen Anwaltsvereinigung DACH e.V. statt, die sich schwerpunktmäßig mit dem Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) beschäftigte. Über 130 Teilnehmer, vornehmlich Anwälte, aus dreizehn Staaten waren zusammengekommen, um sich über die Bedeutung des GATS für die deutschsprachigen Anwälte zu informieren.

In seiner Eröffnungsansprache führte der Vizepräsident der DACH *Dr. Max Oesch*, Zürich, die große Resonanz der Veranstaltung auf die steigende Mobilität der Anwaltschaft zurück. Angesichts der hohen Mobilität der Mandanten seien auch kleinere und mittlere Kanzleien darauf angewiesen, ein länderübergreifendes Netzwerk an Kontakten aufzubauen.

Im Hauptreferat stellte *Dr. Henri Gétaz*, Leiter des Ressorts Dienstleistungspolitik und -handel, Staatssekretariat für Wirtschaft, Bern, die wesentlichen Bestimmungen des GATS und deren Auswirkungen für den Anwaltsberuf vor. Das am 1.1.1995 in Kraft getretene GATS geht auf die Uruguay-Runde zurück und legt den Grundstein für eine zunehmende Marktöffnung, umfassenden völkerrechtlichen Schutz vor Diskriminierungen und verbesserte Rechtssicherheit in der internationalen Dienstleistungswirtschaft. Das GATS ist Teil des WTO-Übereinkommens, das von den Mitgliedern nur als Ganzes übernommen werden kann und neben dem WTO-Abkommen selbst, welches Bestimmungen der Organisation der WTO vorsieht, das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT), das Abkommen über handelsbezogene Aspekte des

geistigen Eigentums (TRIPS), ein Übereinkommen über den Streitschlichtungsmechanismus und ein Übereinkommen über die Überprüfung der Handelspolitik der Mitglieder enthält. Die WTO besteht zur Zeit aus über 130 Mitgliedern, wobei auch Zollhoheitsgebiete, wie die Europäische Gemeinschaft, Hongkong oder Taiwan, Mitglied sein können. Es kommen 30 Beitrittskandidaten, wie beispielsweise China und Russland, hinzu. Ziel des GATS ist die progressive Liberalisierung des Dienstleistungsmarktes. Diese schrittweise Liberalisierung ist, nach *Dr. Gétaz*, von einer Deregulierung der Märkte zu unterscheiden, da das GATS den Mitgliedern explizit das Recht zuspricht, die Dienstleistungsmärkte zu regulieren. Der Geltungsbereich des GATS erfasst alle Dienstleistungen in allen Sektoren. Ausgenommen sind nur weite Teile des Luftverkehrs und Dienstleistungen im Rahmen von behördlichen Tätigkeiten, die weder auf kommerzieller Basis, noch im Wettbewerb mit anderen Dienstleistungserbringern erbracht werden. *Dr. Gétaz* hob hervor, dass das Abkommen wie auch das EG-Recht den Begriff der Dienstleistung nicht definiert. Im EG-Recht werde unter Dienstleistung jede Erwerbstätigkeit verstanden, die nicht unter die Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit falle. Mangels Empfehlungen des WTO-Streitschlichtungspanels zu dieser Frage müsse von einem weiten Dienstleistungsbegriff ausgegangen werden. Der Dienstleistungshandel könne aus der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung, der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme einer Dienstleistung durch einen Konsumenten, der Errichtung einer geschäftlichen Niederlassung im Ausland und der Erbringung der Dienstleistung durch den vorübergehenden Aufenthalt in einem anderen Land bestehen.

Hinsichtlich der Verpflichtungen, die das GATS seinen Mitgliedern auferlegt, sind die allgemeinen, für alle Mitglieder geltenden von den spezifischen, nur für einzelne Mitglieder geltenden Verpflichtungen zu unterscheiden. Die allgemeinen Verpflichtungen unterteilen sich wiederum in die unbedingten und bedingten Verpflichtungen. Letztere, die beispielsweise den Kapitaltransfer im Zusammenhang mit Dienstleistungen betreffen, können, müssen aber nicht von den Mitgliedern übernommen werden. Zu den unbedingten, in jedem Fall für ein Mitglied geltenden Verpflichtungen zählt insbesondere die Meistbegünstigung, d.h. die Verpflichtung allen anderen WTO-Mitgliedern die gleichen Vorteile zu gewähren, die das Mitglied den gleichen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern eines anderen Landes einräumt. Wichtige Ausnahme der Meistbegünstigung ist die Schaffung von Freihandelszonen und Zollunionen zur Wirtschaftsintegration. Danach ist es den Mitgliedern unter bestimmten Bedingungen erlaubt, weitreichende Liberalisierungsmaßnahmen, die im Rahmen der Integrationszonen gewährt werden, nicht an andere Mitglieder weiterzugeben. Der Inhalt der spezifischen Verpflichtungen wird von jedem Mitglied frei ausgehandelt und kann den Marktzugang oder die Gleichbehandlung mit Inländern betreffen.

Die Auswirkungen des GATS auf den Anwaltsberuf stellte *Dr. Gétaz* im zweiten Teil seines Referats vor. *Dr. Gétaz* vertrat die Auffassung, dass es angesichts der in diesem Bereich herrschenden Regulierungsdichte fraglich sei, ob sich allein durch Marktzugangsregelungen und Inländergleichbehandlungsverpflichtungen effektiver Marktzugang erreichen lässt. Vielmehr müsse es auch zu einer gegenseitigen Anerkennung der Qualifikationen oder der Zulassung von Berufstätigen kommen. Deshalb sei auch schon 1994 in Marrakech die Einsetzung einer Arbeitsgruppe über die liberalen Berufe beschlossen worden, die 1997/98 Vorschläge für den Bereich

der Treuhänder vorgelegt hat. Die meisten WTO-Mitglieder, die (spezifische) Verpflichtungen für den Anwaltsberuf unter dem GATS übernommen haben, haben eine abgestufte Marktöffnung gewählt. Die Gerichtsvertretung und Rechtsberatung im Bereich des Gaststaatrechts ist in der Regel am wenigsten offen für ausländische Dienstleistungserbringer. Eher offen sind dagegen die Betätigung im Heimatstaatrecht und im Recht von Drittstaaten sowie im internationalen Recht. Als Hemmnisse für den Export von Anwaltsdienstleistungen seien vor allem Lizenzierungserfordernisse, wie Mitgliedschaftszwänge, Berufspflichtvorschriften oder Prüfungszulassungsvorschriften, aber auch Vorschriften bezüglich der Rechtsform von Anwaltsfirmen anzusehen. Nach *Dr. Gétaz* könnten solche Hemmnisse zwar durch die Ziele der Qualitätssicherung und des Verbraucherschutzes gerechtfertigt sein, müssten jedoch in einem adäquaten Verhältnis zum zugrunde liegenden regulatorischen Ziel stehen.

Vom Anwaltsberuf zu unterscheiden sei schließlich das Notariat. Das Notariat sei zwar in der Regel ebenfalls stark reguliert und die Zulassung werde auch meistens restriktiv gehandhabt, aber die notarielle Tätigkeit eigne sich wegen seiner Dimension als behördliche Tätigkeit eher schlecht für den internationalen Dienstleistungshandel.

In der sich an das Referat anschließenden Diskussion entgegnete *Dr. Gétaz* der grundsätzlichen Kritik am GATS als Instrument der Liberalisierung, dass es nicht das Freihandelsabkommen selbst sei, das zu einer Globalisierung geführt habe, sondern die technisch-wirtschaftliche Entwicklung das Aufbrechen der Märkte nach sich gezogen habe. Das GATS sei kein Automatismus der Liberalisierung, sondern basiere auf dem Grundsatz der Freiwilligkeit und könne die Liberalisierung in geordnete Bahnen lenken.

Die Reihe der sich an das Hauptreferat anschließenden Kurzreferate eröffnete Rechtsanwalt *Thomas Zerdick* (LL.M.), Leiter des Brüsseler Büros des Deutschen Anwaltvereins. Der Referent gab einen Überblick über die Auswirkungen des GATS für die deutschen Rechtsanwälte. In Deutschland ist das GATS durch §§ 206 und 207 BRAO umgesetzt worden. Ausländische Anwälte können sich zur Rechtsbesorgung im Herkunftsstaatrecht und im Völkerrecht unter der Berufsbezeichnung ihres Herkunftslandes in Deutschland niederlassen. Für EU-Anwälte wurde im Rahmen der Umsetzung der Niederlassungsrichtlinie 95/8/EG¹ mit dem am 14.3.2000 in Kraft getretenen Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG)² eine gesonderte Regelung geschaffen. Gleichzeitig wurde § 206 BRAO neu gefasst und – nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins insoweit klarstellend – die Übersetzung des GATS-Begriffs „international law“ mit „internationales Recht“ durch „Völkerrecht“ ersetzt, um eine Betätigung ausländischer Anwälte im deutschen Recht über den Umweg des Gemeinschaftsrechts auszuschließen. Zu einer kontroversen Diskussion führten die Ausführungen des Referenten, nach denen es ausländischen Rechtsanwälten nach der derzeitigen Rechtslage untersagt ist, inländische Mandanten ohne Errichtung einer

¹ Richtlinie 95/8/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. L 77 vom 14.03.1998 S. 36 ff.

² Gesetz zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Berufsrechts der Rechtsanwälte vom 9. März 2000, BGBl. 2000, Teil I Nr. 9, vom 13.3.2000, S. 182 ff.

Niederlassung im Wege des vorübergehenden Aufenthaltes im Inland zu beraten. Nach Ansicht des Referenten stelle eine solche Rechtsberatung eine Ordnungswidrigkeit dar, die gegebenenfalls sogar ausländerrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen könne. Vor allem schweizerische Anwälte widersprachen dieser Ansicht.

Im Anschluss an diese Diskussion referierte Rechtsanwalt Dr. Peter Wrabetz, Wien, über die Auswirkungen des GATS für die österreichischen Anwälte. Insbesondere hob er hervor, dass Österreich den Standpunkt des Deutschen Anwaltvereins hinsichtlich der einschränkenden Auslegung des Begriffs „international law“ als Völkerrecht teilen würde. Auch stimmte der Referent der Meinung zu, nach der aus Gründen des Konsumentenschutzes eine Betätigung ausländischer Anwälte außerhalb des Herkunftsstaats ohne Niederlassung in Österreich unzulässig ist. Ziel der österreichischen Standsvertretung sei die Erhaltung eines Lebensraumes für die österreichischen Rechtsanwälte auch außerhalb der forensischen Tätigkeit, da man davon überzeugt sei, dass der lokale Rechtsanwalt für höhere Qualität und ein besseres Vertrauensverhältnis zum Mandanten stehe.

Gegenüber dieser eher zurückhaltenden Auffassung der deutschen und österreichischen Anwaltschaft nahm der schweizerische Referent Rechtsanwalt Dr. Hans Nater, Zürich, einen offensiveren Standpunkt ein. Insbesondere begrüßte er den Abschluss des bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union über den Personenverkehr. Dieses Abkommen, das voraussichtlich am 1.1.2001 in Kraft treten wird³, ist insbesondere mit einer Umsetzung der drei EG-Richtlinien über den freien Dienstleistungsverkehr für Rechtsanwälte⁴ verbunden. Danach wird es EU-Anwälten

³ Am 21.5.2000 wurde das Abkommen von schweizerischer Seite in einer Volksabstimmung mit einer Mehrheit von 67,2 % der abgegebenen Stimmen angenommen (Süddeutsche Zeitung, 22.5.2000, S. 8). Nunmehr bedarf das Abkommen nur noch der Annahme durch die Parlamente der 15 EU-Mitgliedsstaaten.

⁴ Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, ABl. L 78 vom 26.03.1977 S.17 f.; Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. L 19 vom 24.01.1989 S. 16 ff.; Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. L 77 vom 14.03.1998 S. 36 ff.

möglich sein, unter der Berufsbezeichnung ihres Herkunftslandes vor schweizerischen Gerichten aufzutreten, ohne in ein kantonales Anwaltsregister aufgenommen zu sein. Diese Betätigung ist auf 90 Tage pro Jahr beschränkt. Die ständige Berufsausübung wird unter der Berufsbezeichnung des Herkunftslandes nach einer Meldung bei den kantonalen Aufsichtsbehörden möglich sein. Schließlich kann auch die ständige Berufsausübung unter einer kantonalen Berufsbezeichnung unter Eintrag in das Anwaltsregister erfolgen, wenn eine Eignungsprüfung abgelegt, in der Schweiz mindestens drei Jahre im schweizerischen Recht effektiv und regelmäßig praktiziert oder bei einer kürzeren Tätigkeit im schweizerischen Recht ein Qualifikationsgespräch vor der kantonalen Anwaltsprüfungskommission absolviert wurde. Im Zusammenhang mit der Regelung der internationalen Freizügigkeit soll durch dasselbe Bundesgesetz auch die Gewährleistung der interkantonalen Freizügigkeit erfolgen. Durch das in Krafttreten des sich zur Zeit in der Endphase der parlamentarischen Beratungen befindlichen Bundesgesetzes über die Freizügigkeit von Anwältinnen und Anwälten wird ein Überbau der kantonalen Anwaltsordnungen und somit eine Art schweizerisches Anwaltsrecht entstehen, das es einem in einem Kanton eingetragenen Rechtsanwalt ermöglicht, ohne Bewilligung auch vor Gerichten anderer Kantone aufzutreten. Der Referent begrüßte diese Reform ausdrücklich, zumal bereits die schweizerische Bundesverfassung aus dem Jahr 1874 in Art. 95 Abs. 2 einen entsprechenden Auftrag an den Gesetzgeber enthält. In der anschließenden Diskussion hoben insbesondere Genfer Anwälte hervor, dass es in der Praxis nicht möglich sein werde, die 90-Tage-Betätigungsfrist zu kontrollieren. Dies zeigten die Erfahrungen mit einer im Kanton Genf bereits bestehenden vergleichbaren Regelung.

Mit dem Vortrag von Dr. Nater endete der fachliche Teil der 22. DACH-Tagung. Der Vortrag von Rechtsanwalt Dr. Erik Nuener, Vaduz, zu den Auswirkungen des GATS für die Rechtsanwälte im Fürstentum Liechtenstein musste wegen Krankheit entfallen.

Die zweitägige Veranstaltung machte deutlich, dass die europäische Anwaltschaft – zumindest die an der DACH-Tagung teilnehmenden Rechtsanwälte – die Öffnung des Rechtsberatungsmarktes begrüßt, allerdings gleichzeitig bemüht ist, weiterhin das hohe Qualitätsniveau ihrer Dienstleistung zum Schutzes des Verbrauchers zu gewährleisten. Man darf schon auf die 23. DACH-Tagung vom 14.–16. September 2000 in Basel gespannt sein, die sich mit dem elektronischen Rechtsverkehr beschäftigen wird.

Bunzel, Arno / Coulmas, Diana / Schmidt-Eichstaedt, Gerd, Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 2. Aufl., Berlin 1999 (Difu-Beiträge zur Stadtforschung, Bd. 31), 325 S., DM 62,-.

Walker, Gotthilf, Handbuch Städtebauliche Verträge, Bd. 1: Materielle Darstellungen, 1. Aufl. 1999, XXIV u. 504 S., 128,- DM, Bd. 2: Vertragsmuster, 1. Aufl. 1999, XV u. 269 S., 168,- DM, hrsg. von der Bundesvereinigung der Landesentwicklungsgesellschaften und Heimstätten e.V., Nomos Verlagsgesellschaft, mit CD-ROM.

Das nunmehr in der 2. Auflage um ein Drittel erweiterte Handbuch von *Bunzel, Coulmas* und *Schmidt-Eichstaedt* basiert auf einer im Auftrag des Bauministeriums gefertigten Untersuchung. Der städtebauliche Vertrag wird, abgelöst von der Abgrenzung zwischen privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Vertrag als Verwaltungsvertrag definiert (S. 18). Allerdings werden aus dieser Feststellung kaum Konsequenzen gezogen. Für private Grundstücksgeschäfte der Gemeinden soll die volle Freiheit des Privatrechts gelten und für private städtebauliche Verträge das AGB-Gesetz anwendbar sein (S. 37), wohl nicht dagegen für öffentlich-rechtliche städtebauliche Verträge (S. 35). Dass diese dogmatischen Fragen nicht ohne Bedeutung sind, zeigen zahlreiche obergerichtliche Entscheidungen (zuletzt OVG Lüneburg, ZFIR 2000, 384 u. OLG München, ZfIR 2000, 389), Regelungsbeispiele aus der Praxis der Kommunen entsprechen den Anforderungen der Rechtsprechung manchmal nicht in vollem Umfang (S. 60 ff.). Mitunter sind es aber auch nur bekannte grundbuchrechtliche Probleme (S. 129 f.), die von den

Gemeinden übersehen werden. Gleichwohl bieten die Beispiele eine reiche Regelungspalette. Hinweise zu Steuerproblemen und den Leistungsstörungen ergänzen die Neuauflage.

Auch das zweibändige Werk von Walker stammt aus der Praxis. Es empfiehlt unterschiedliche Formen eines Bodenmanagements, wobei es hinsichtlich der Rechtstatsachen vielfach an das Werk von *Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt* anknüpft. Schwerpunkte der systematischen Darstellung bilden Umlegungsverfahren und Erschließungsverträge. Trotz des Umfangs des Handbuchs fehlen Hinweise auf die AGB-Probleme. Am Rand durch „Tip“ hervorgehobene Hinweise sollen helfen, Fehler zu vermeiden (so z. B. Rdnr. 518: „Für den vertragswidrigen Verkaufsfall sollte ... statt eines Vorkaufsrechts ein Ankaufsrecht vereinbart ... werden“. Aber auch ein vertragswidriger Verkauf löst ein Vorkaufsrecht aus. Probleme ergeben sich insoweit nur bei Umgehungsversuchen). Für die Vertragspraxis sind die zusätzlich auf CD-Rom verfügbaren Vertragsmuster von besonderem Interesse. Auch hier erfolgt vielfach ein Rückgriff auf die Muster der Difu-Beiträge von *Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt*. Dabei werden auch Musterformulierungen ungefragt übernommen, für die das vorerwähnte Werk eine Druckerlaubnis des Autors hatte (S. 268 f.); übersehen wird dabei zusätzlich, dass zwischenzeitlich eine Anpassung an die neuere Rechtsprechung erfolgte (vgl. *Grziwotz*, BayGT-Zeitung 1999, 345 f.) Dies kann für den Vertragspraktiker zu Haftungsansprüchen führen.

Beide Werke sind trotz der vorstehenden kritischen Bemerkungen zu einzelnen Punkten interessant. Das Handbuch von *Bunzel, Coulmas* und *Schmidt-Eichstaedt* ist trotz seines geringeren Umfangs gehaltvoller und spannender zu lesen.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Brambring, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, 4. Aufl. 2000, C. H. Beck, München, 164 Seiten mit Mustertexten auf Diskette, 34,- DM

Der bewährte Band 7 der „Beck’schen Musterverträge“ enthält – wie bereits die Vorlage – fünf Vertragsmuster, nämlich einen sog. „Dreisprung“, den Ehevertrag junger Eheleute, der Modifizierungen für den Fall der Geburt eines gemeinsamen Kindes enthält, den Ehevertrag des Unternehmers oder Freiberuflers, der einen gerechten Ausgleich zwischen der Erhaltung des Betriebes und den Interessen des nicht unternehmerisch tätigen Ehegatten zu erreichen sucht, einen Ehevertrag einer deutsch/ausländisch gemischten Ehe und Regelungen zu Ehegattenüberlassungen. In der vierten Auflage wurden die durch die Gesetzgebung (ausgenommen Rdnr. 90, wo noch auf die RVO statt § 65, 66 SGB VII verwiesen wird) und Rechtsprechung veranlassten Änderungen durchgehend berücksichtigt (z. B. Rdnr. 48 zu § 40 FGB-DDR). Auch die „Schmerzgrenzen“ für Unterhaltszahlungen wurden durch Anpassung der Geldbeträge (Rdnr. 72) an die wirtschaftliche Entwicklung angeglichen. Selbst die neue Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Ehegatteninnengesellschaft wurde

noch eingearbeitet (Rdnr. 149). Zu Recht betont *Brambring*, dass trotz der Zulässigkeit einer Vertretung eines Beteiligten beim Abschluss eines Ehevertrags der Notar beurkundungsrechtlich auf eine persönliche Anwesenheit hinwirken sollte (Rdnr. 36). Ob der Notar allerdings darauf bestehen soll, wenn beide Parteien beispielsweise durch Fachanwälte für Familienrecht vertreten sind, ist fraglich. Neu ist der Hinweis von *Brambring*, dass er den Zugewinnausgleich bei einem unterschiedlichen Ausgabeverhalten der Ehegatten für ungerecht hält (Rdnr. 43). Das Argument trifft freilich nur bei Doppelverdienern mit gleich hohem Einkommen zu, nicht jedoch bei einem ausgabefreudigen Alleinverdiener. Schwierig wird die Entscheidung bei einer kausfüchtigen Hausfrau. Auch das praxisrelevante Problem der Auswirkungen eines Pflichtteilsverzichts auf den nachehelichen Unterhalt, das die Rechtswissenschaft bisher wenig praxisnah löst, wird in der Neuauflage ausführlich dargestellt (Rdnr. 17a).

Auf die zunehmende Inhaltskontrolle von Eheverträgen durch die Instanzgerichte reagiert *Brambring* durch differenziertere Vorschläge für die Modifizierung des Zugewinnausgleichs. (Rdnr. 94a, b, 95, 101a ff.), einen auflösend bedingten Versorgungsausgleichsausschluss für den Fall der Geburt eines gemeinsamen Kindes (Rdnr. 175, vgl. auch Rdnr. 110 ff.) und

Modifikationen im Rahmen eines Verzichtes auf nahehehlichen Unterhalt (Rdnr. 116a ff.). Der Notar kann die Beteiligten insoweit aber nur beraten; er ist nicht Vormund der Beteiligten und hat deshalb ihre Entscheidung auch dann zu respektieren, wenn er sie persönlich nicht für sachgerecht hält (Rdnr. 14). Diese Zurückhaltung lassen Instanzgerichte häufig vermissen. Sie verstehen sich, was *Brambring* zu Recht kritisiert, in vielen Fällen als „späterer Vormund“ eines Ehegatten. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf (DNotZ 1997, 656), die den Notar für verpflichtet gehalten hat, den Ehemann vor einer Eheschließung wegen der damit für ihn verbundenen unterhaltsrechtlichen Nachteile zu warnen und so vor einer Eheschließung mit seiner von ihm zum zweiten Mal schwangeren Partnerin zu „bewahren“, bezeichnet *Brambring* zu Recht als skurril (Rdnr. 90. Nett ist es allerdings, wenn sich daran der Satz anschließt: „Die Begründung der Rechtsprechung ist überzeugend...“).

Ausführlich wird das Problem der in vielen Fällen „unbeachten“ Zuwendungen zwischen Ehegatten behandelt. *Brambring* lehnt insoweit eine Beschränkung des Rückforderungs-

rechtes auf den Fall der Scheidung der Ehe ab (Fußn. 246). Da gleichzeitig die Eintragung einer Rückauffassungsvormerkung im Grundbuch empfohlen wird, dürften allerdings die weiteren Konfliktfälle einer Gefährdung des übertragenen Vermögensgegenstandes weitgehend ausgeschlossen sein. In der Praxis zeigt sich, dass Rückforderungsklauseln im Scheidungsfall auch ohne Sicherung regelmäßig beachtet werden. Die diesbezügliche Formulierung (Rdnr. 37) ist erfrischend kurz, lässt aber Zuwendungen aus privilegiertem Vermögen des Zuwendungsempfängers unberücksichtigt.

Die Neuauflage des bewährten Standardwerkes von *Brambring* kann vor haftungsträchtigen Fehlern bei Ehevertragsgestaltungen schützen. Die beigelegte Diskette erleichtert zudem die Anwendung. Die Vielzahl der vorgeschlagenen Formulierungen enthält Antworten auf alle in der täglichen Notarpraxis auftretenden Probleme bei Vereinbarungen von Ehegatten. Allerdings zeigt das Buch auch, dass das gesetzliche „Modell“ immer weniger als gerecht empfunden wird.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Demharter, Johann: Grundbuchordnung, 23. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2000, 1336 Seiten, DM 128,-.

Drei Jahre seit der Voraufgabe liegt der in der Reihe der Beck'schen Kurzkommentare erscheinende Kommentar zur Grundbuchordnung nunmehr in der 23. Auflage vor, die unter der bewährten Federführung des Richters am BayObLG *Johann Demharter* erstellt wurde. Die Neuauflage ist auf dem Stand vom 01.10.1999 und berücksichtigt u.a. neben der zum 01.01.1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung die für den Grundbuchverkehr sich ergebenden Änderungen des Baugesetzbuchs (v.a. zur Teilungsgenehmigung) und des Rechtspflegergesetzes (Wegfall der Durchgriffserinnerung). Bedingt durch den Redaktionsschluss ist das Zweite Eigentumsfristengesetz vom 20.12.1999 (BGBl. I 2493), mit welchem für die neuen Bundesländer verschiedene Vorschriften über den eingeschränkten Gutgläubensschutz bis Ende 2000 verlängert wurden, nicht mehr eingearbeitet. Neben der umfangreichen Rechtsprechung und Literatur der letzten Jahre ist nun auch der 1999 erschienene neue Kommentar zur Grundbuchordnung von *Bauer/von Oefele* in der Kommentierung zitiert.

Rein äußerlich fällt zunächst auf, dass die bis zu 22. Auflage fett gedruckten Jahrgänge der Fundstellennachweise verschwunden sind, was zwar einerseits zu einem einheitlichen Schriftbild führt, aber auch die schnelle Orientierung im Text erschwert. Ansonsten wurde der bewährte Aufbau der Kommentierung, insbesondere die Anhänge zu § 3 (Wohnungseigentum), § 8 (Erbbaurecht), § 13 (Grundzüge des Eintragungsverfahrens); § 26 (Pfändung), § 44 (Einzelfragen zur Grundbucheintragung) und §§ 84-89 (Grundbuchbereinigung) beibehalten, in denen jeweils umfassende Darstellungen zu den dort behandelten Rechtsgebieten enthalten sind.

In der Neuauflage sind die aktuellen Rechtsfragen und Entwicklungen des Grundbuchrechts durchgehend behandelt; *Demharter* gibt dem Benutzer hierzu alle wichtigen Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur. Manchmal wäre

auch eine eigene Stellungnahme wünschenswert wie z. B. bei der umstrittenen Frage, welche Auswirkungen ein Schuldnerwechsel auf die eingetragene Auffassungsvormerkung hat (Anh. § 44 Rdnr. 89; dazu *Hoffmann* MittBayNot 1997, 10), unter welchen Voraussetzungen die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks eine Eintragungsgebühr auslöst (§ 22 Rdnr. 19; für eine Gebührenfreiheit unter Vergleich mit dem Rangvorbehalt neuerdings etwa AG Völklingen MittRhNotK 2000, 38) oder zur Umdeutung einer unzulässigen Löschungserleichterungsklausel in eine Löschungsvollmacht (§ 23 Rdnr. 11). Der Kommentar zeichnet sich in besonderer Weise dadurch aus, dass er an der Rechtsprechung der Obergerichte und der den Grundbuchbereich besonders prägenden Rechtsprechung des BayObLG ausgerichtet ist. Er ist daher für den Praktiker unentbehrlich, der sich an der aktuellen Rechtsprechung orientiert und sich auf sie verlässt. So ist z. B. die Rechtsprechung des BayObLG aus dem Jahr 1994 (MittBayNot 1994, 438), nach der ein Sondernutzungsrecht auch an einem Sondereigentum (insbesondere einem Duplex-Stellplatz) begründet werden kann und damit als sinnvolle Alternative zu einer Gebrauchsregelung nach § 1010 BGB zu Verfügung steht, insbesondere von *Schöner/Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl. Rdnr. 2836) angegriffen worden. *Demharter* hält diese Gestaltung dagegen mit der überwiegenden Meinung für zulässig (Anh. § 3 Rdnr. 22, *Bauer/von Oefele*, GBO AT V 91; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 7. Aufl. § 15 Rdnr. 16; *Frank* MittBayNot 1994, 513; *F. Schmidt* MittBayNot 1995, 115, neuerdings auch OLG Thüringen MittRhNotK 2000, 71). Es ist zu hoffen, dass der BGH oder das BayObLG bald Gelegenheit dazu finden, die Rechtsprechung zu bestätigen und der Praxis den Umweg über die klassische Miteigentümergeinschaft zu ersparen, die erst mit der Eigentumsumschreibung möglich ist. Ob sich die Auffassung durchsetzen wird, dass dies auch bei nach § 3 Abs. 6 GBO gebuchten Miteigentumsanteilen eines Eigentümers zulässig ist (LG Memmingen MittBayNot 1999, 77 mit. Anm. *Rehle*), bleibt abzuwarten. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen beim Tod eines BGB-Gesellschafters das Grundbuch berichtigt werden kann, verlangt *Demharter*

(§ 22 Rdnr. 41) mit der Rechtsprechung des BayObLG (DNotZ 1992, 157; 1993, 394; 1998, 811, ebenso OLG Zweibrücken RPflegler 1996, 192 und OLG Schleswig MittBayNot 1992, 139) auf jeden Fall die Vorlage des Gesellschaftsvertrages an das Grundbuchamt, welcher nicht der Form des § 29 GBO entsprechen muss. Dies ist jedoch im Fall einer Berichtigung auf Grund Unrichtigkeitsnachweis gefährlich und systemwidrig, bei einer Berichtigung auf Grund Bewilligung durch die übrigen Gesellschafter und die Erben des verstorbenen Gesellschafters entbehrlich (*Schöner* DNotZ 1998, 815 ff.; kritisch hierzu bereits *Ertl* MittBayNot 1992, 11 ff.). Das Argument der Rechtsprechung, dass auch eine „Rechtsnachfolge“ auf Grund einer Eintrittsklausel erfolgt sein könnte, aus der sich die Bewilligungsberechtigung ergibt, ist nicht haltbar, da bei einer Eintrittsklausel zunächst eine Anwachsung unter den übrigen Gesellschaftern eintritt, die den Anteil i.d.R. bis zur Entscheidung über die Ausübung des Eintritts-

rechts treuhänderisch halten. Die Mitgliedschaft des eintretenden Neugesellschafters wird erst nach dem Erbfall neu begründet (*Nieder*, in: Münchener Vertragshandbuch, 4. Aufl., Bürgerl. Recht, 2. Halbband, Form. XVI 10 Anm. 6). Dann liegt aber ein weiterer Fall der Unrichtigkeit vor, der – wie auch bei einem anderen Gesellschafterwechsel – im Weg der Bewilligung durch sämtliche Gesellschafter und den Eintretenden im Grundbuch berichtigt werden kann (*Schöner* DNotZ 1998, 819 f.).

Alles in allem ist die Neuauflage eine gelungene Fortführung des bewährten Grundbuchkommentars. Wer sich rasch anhand der Rechtsprechung zu Fragen des Grundbuchrechts orientieren will, kommt am „Palandt des Grundbuchrechts“ (*Herrmann* MittBayNot 1995, 193) nicht vorbei.

Notar Dr. Johann Frank, Amberg

Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht 7. Auflage 1999, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1373 Seiten, DM 268,-.

Das bewährte Werk ist in der 7. Auflage völlig neu bearbeitet worden von *Peter Wax, Dieter Bäumel, Dr. Hans van Els, Dr. Röse Häußermann, Jörg Hoffmann, Karl Kodal, Dr. Hartmut Linke, Dr. Rudi W. Märkle, Dr. Hans-Ulrich Maurer, Volker Stöckle, Friedrich Strohal, Harald Vogel*.

Die große Familienrechtsreform des Jahres 1998 machte es erforderlich, das Buch in weiten Teilen grundlegend zu überarbeiten. Das Werk gliedert sich in vier Teile:

- a) Materielles Recht
- b) Verfahrensrecht
- c) Internationales und interlokales Privat- und Verfahrensrecht,
- d) Steuerrecht.

Das überwiegend von Richtern geschriebene Buch ist an Vollständigkeit nicht zu überbieten. Allerdings kommt schon aus der Sicht des Verfasserkreises der notarielle Bereich zwangsläufig etwas zu kurz. Diesem Thema sind im Wesentlichen lediglich 54 Seiten gewidmet. Speziell im materiellen Teil findet jedoch die Notarin/der Notar alles, was das Unterhaltsrecht betrifft und auch im Notariat von Interesse ist. Auf Seite 510 wird angeführt, dass Unterhaltsvereinbarungen als solche formlos gültig sind. Dies entspricht dem Gesetz. Es kann aber sein, dass wegen des Zusammenhangs mit formbedürftigen Teilen (z. B. Regelungen über den Zugewinn, den Versorgungsausgleich) insgesamt doch eine notarielle Beurkundung erfolgen muss (so z. B. *Lenz*, Mitt-BayNot 99, 157; *Johannsen-Henrich*, Eherecht, Rdnr. 5 zu 1585 c; *Rau*, Mitt-RhNotK 88, 188). Auf diesen Gesichtspunkt wird nicht eingegangen.

In der Regel werden Unterhaltsvereinbarungen die gesetzlichen Bestimmungen nur modifizieren, im Übrigen aber daran nichts ändern. Den Unterhaltsanspruch auf eine hiervon losgelöste vertragliche Grundlage zu stellen, wird der Ausnahmefall sein. Es muss dann der gesamte Bereich geregelt werden, außerdem handelt es sich nicht mehr um Familien-

sachen (Seite 514; ebenso *Rau*, MittRhNotK 88, 189, 193; DNotI 96, 171; *Langenfeld*, MittRhNotK 88, 114).

Beim Kindesunterhalt geht es meist nur um Vereinbarungen unter den Eltern. *Hoffmann* (Seite 518) lässt auch Regelungen zwischen den Eltern und dem Kind zu. Hierbei darf aber auf keinen Fall der Unterhalt verringert werden (so auch Seite 550).

Nach der Entwicklung des materiell-rechtlichen Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt der in § 323 Abs. 4 enthaltene Verweisung auf § 323 Abs. 1 bis 3 ZPO und den darin formulierten prozessualen Voraussetzungen der Abänderung von Urteilen keine Bedeutung mehr zu (Seite 536 f.). Dies stimmt im materiellen Bereich, für den formellen sind jedoch die dort vorgesehenen Einschränkungen weiterhin zu beachten, um eine Änderung zu erreichen.

Hoffmann (Seite 557) vertritt die Ansicht, dass bei Abhängigmachen der Eheschließung von einem vorigen Unterhaltsverzicht keine Zwangslage in sittenwidriger Weise ausgenutzt wird, da jedermann bei seiner Entscheidung zu heiraten bis zuletzt frei ist. Insbesondere bei bestehender Schwangerschaft könnte meiner Meinung nach doch eine derartige Zwangslage bestehen. Dies bejaht dann *Hoffmann* auch auf Seite 560. Den Hinweis der Gegenmeinung (siehe Seite 560) darauf, dass ohne einen solchen Verzicht die Eheschließung nicht stattgefunden, die Unterhaltslast also ohnehin die öffentliche Hand getroffen habe, überzeugt nach Ansicht von *Hoffmann* (Seite 560) in diesem Zusammenhang ebenso wenig wie das Argument, dass die Eheschließung jedem freistehe und deshalb auch unter die Bedingung eines Unterhaltsverzichts gestellt werden könne. Seite 560: „Dies begründet allein, warum ein solcher Verzicht auf einen im Zeitpunkt der Vereinbarung noch nicht bestehenden Anspruch nicht mit dem Makel der Sittenwidrigkeit behaftet ist.“ Sicher wird sich „der Makel der Sittenwidrigkeit“ in den meisten Fällen erst später ergeben, doch stimmt dies beim Beispiel der Schwangerschaft gerade nicht. Dies sollen nur einige Anmerkungen zu den Unterhaltsvereinbarungen sein. Für die tägliche Praxis kann dieses Werk jeder Notarin, jedem Notar nur dringend empfohlen werden, es wird bei Fragen zum Unterhaltsrecht als solchem keine unbeantwortet lassen. Dies ist auch auf die umfangreiche Verweisung auf die einschlägigen Entscheidungen und die einschlägige Literatur zurückzuführen.

Notar Dr. Karl-Heinz Steinbauer, München

Jeep, Ehegattenzuwendungen im Zugewinnausgleich. Rehabilitation einer gesetzlichen Regelung Duncker & Humblot, Berlin 2000 (Schriften zum Bürgerlichen Recht; Band 231), 271 Seiten, DM 138,-.

Diese Universitäts-Dissertation untersucht den Bereich der Ehegattenzuwendungen. *Jeep* kommt zu dem Schluss, dass die gesetzlichen Bestimmungen § 1380 und § 1374 Abs. 2 BGB ausreichen, um zufrieden stellende Ergebnisse zu erzielen. Er lehnt die Rechtsprechung des BGH in diesem Zusammenhang ab.

Allerdings muss *Jeep* teilweise Fiktionen vornehmen und speziell den beiden genannten Vorschriften eine Bedeutung zu messen, die sich aus deren Wortlaut bestimmt nicht ergibt. So heißt es auf S. 260, dass „Voraussetzung für die Anrechnung ist, dass sich unter Berücksichtigung des § 1380 Abs. 2 BGB eine – fiktive – Ausgleichsforderung für den Zuwendungsempfänger ergibt.“ Was ist aber, wenn dies nicht der Fall ist, z. B. beim Kauf eines Einfamilienhauses durch die Ehegatten zum Eigentum je zur Hälfte? Dann müsste *Jeep* nach seiner Theorie zu § 1374 Abs. 2 BGB kommen (S. 260). Daraus lässt sich aber für dieses Beispiel nach dem Wortlaut dieser Bestimmung gerade kein Anspruch ableiten.

Jeep schreibt auf S. 260 bei der Zusammenfassung weiter:

„2 ... dass unter der Anrechnung ... der vollständige Abzug des Zuwendungswertes von der gemäß § 1380 Abs. 2 BGB errechneten fiktiven Ausgleichsforderung zu verstehen (ist). Ist der Zuwendungswert größer als diese Forderung, handelt es sich bei der Zuwendung um eine Zuvielleistung, die Anrechnung führt zu einem negativen Ergebnis. Dieses bewirkt eine Anspruchsumkehr. Nicht der Zuwendungsempfänger hat einen Anspruch gegen den Zuwender, sondern dem Zuwender steht in Höhe des negativen Betrages seinerseits eine eigene Ausgleichsforderung gegen den Ehegatten zu, dem er während der Ehe im Hinblick auf den späteren Zugewinnausgleich zu viel zugewendet hat. Die so entstandene Ausgleichspflicht des Empfängers wird lediglich gemäß 1378 Abs. 2 BGB durch die Höhe seines tatsächlich noch vorhandenen Endvermögens begrenzt“. Diese Ausführungen klingen sehr plausibel, nur steht dies beim besten Willen nicht in § 1380 Abs. 2 BGB. Außerdem was ist, wenn überhaupt keine Ausgleichsforderung besteht? Dann müsste sich ein völliger Ausgleichsanspruch in Höhe der Zuwendung ergeben.

Weiter heißt es auf Seite 260: „Auf diese Weise garantiert § 1380 BGB die paritätische Beteiligung der Ehegatten am während der Ehe originär und nicht durch Zuwendungen des Partners erzielten Zugewinn auch dann, wenn der Zuwender seinem Partner mehr hat zukommen lassen, als dieser im Zugewinnausgleich hätte fordern können. Der Zuwendungsemp-

fänger wird durch den Regelungsmechanismus des § 1380 BGB so behandelt, als hätte er noch einen Zugewinn in Höhe des Zuwendungswertes.“ Zum einen stehen diese Ausführungen im Gegensatz zu denen in Ziffer 2. Zum anderen was ist, wenn die Zuwendung aus dem Anfangsvermögen stammt?

Seite 261: „Soweit das Endvermögen des Zuwenders kleiner ist als sein Anfangsvermögen, handelt es sich rechnerisch um eine Zuwendung aus dem Anfangsvermögen. Diese wird jedoch im Zugewinnausgleich genauso behandelt wie eine Zuwendung aus dem Zugewinn. § 1380 Abs. 2 BGB bestimmt, dass der Wert der Zuwendung dem Zugewinn des Zuwenders hinzuzurechnen ist, nicht aber dem Endvermögen“. Dies muss jedoch nicht so sein. Außerdem wird dies problematisch, wenn der Zuwender überhaupt keinen Zugewinn bezahlen muss.

Ferner kann das geringere Endvermögen gegenüber dem Anfangsvermögen auch auf weitere andere Umstände zurückzuführen sein.

Auf S. 261 schreibt *Jeep*: „Wird der Güterstand durch den Tod des Zuwenders beendet und erhält der überlebende Ehegatte statt des erhöhten Erbteils neben dem Ausgleichsanspruch auch den Pflichtteil, kann eine Anrechnung der Zuwendung auf den Pflichtteil gemäß § 2315 BGB nur erfolgen, wenn die Zuwendung im Rahmen des zuvor gemäß §§ 1372 ff. BGB durchzuführenden Zugewinnausgleichs rückgängig gemacht wurde. Dies geschieht mittels der Rechenschritte des § 1380 Abs. 2 BGB ohne nachfolgende Anrechnung der Zuwendung. Es ergibt sich somit eine erhöhte Ausgleichsforderung, die den Nachlass und den daraus zu errechnenden Pflichtteil mindert. Bleibt bei der anschließenden Anrechnung auf den Pflichtteil ein Rest, kann dieser unmittelbar auf den erhöhten Ausgleichsanspruch angerechnet werden, indem er direkt von diesem abgezogen wird“. Dieser Lösungsversuch erscheint mir sehr konstruiert und auf Grund der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen nicht realistisch. Meiner Meinung nach geht auch die Zugewinnberechnung der Pflichtteilsberechnung vor. Warum soll beim Empfänger keine Anrechnung erfolgen (siehe § 1380 BGB)?

Auf S. 264 heißt es: „Auch die Auffassung des BGH, Zuwendungen aus dem Anfangsvermögen seien nicht anders zu beurteilen als Zuwendungen aus dem Zugewinn, wird auf diese Weise bestätigt“. Dabei wird aber übersehen, dass die §§ 1380, 1374 BGB in diesen Fällen schon vom Wortlaut her nicht passen, allenfalls könnte über § 1374 Abs. 2 BGB eine Lösung versucht werden.

Diese Dissertation ist sehr interessant zu lesen und zeigt auf, dass die BGH-Rechtsprechung in diesem Bereich nicht unbedingt zwingend ist. Nur bezweifle ich, ob dieses Buch daran etwas ändern wird.

Notar *Dr. Karl-Heinz Steinbauer*, München

Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Herne, 2000, 1500 Seiten, DM 248,-.

Die Zahl der Lehrbücher, Kommentare, Handbücher und Formularsammlungen zum Grundstücksrecht ist nahezu unüberschaubar. Angesichts dieser Situation ist es für den Erfolg eines neuen Werkes aus diesem Bereich entscheidend, potenzielle Käufer davon zu überzeugen, dass sich das Buch von

auf dem Markt befindlichen Werken unterscheidet, also etwas Neues bietet.

Demgemäß versuchen die Herausgeber des vorliegenden neuen Handbuchs der Grundstückspraxis, alle Bereiche des Grundstücksrechts sowohl im Hinblick auf das sachliche Recht als auch aus Sicht der notariellen und anwaltlichen Vertragsgestaltung darzustellen, umso eine Lücke zu schließen, die andere Werke offen gelassen haben. Dieser Zielsetzung

entspricht auch der Aufbau des Buches. Es ist in 15 Teile gegliedert, z.B. Grundbuchrecht, Vertragsgestaltung bei Grundstücksgeschäften, unentgeltliche Grundstücksübertragungen oder Verfügungshindernisse und Verfügungsbeschränkungen im Grundstücksverkehr. Fast alle Teile beginnen mit einer systematischen Darstellung des jeweiligen Themengebiets. Daran schließen sich entweder alphabetisch geordnete Rechtsprechungsübersichten (so genannte „Rechtsprechungslexika“), Musterverträge und Formulierungsbeispiele oder Checklisten an.

Was die Rechtsprechungsübersichten anbelangt, so muss angesichts der Vielzahl elektronischer Suchsysteme (von der Notar-CD über diverse Suchmöglichkeiten im Internet bis zur Juris-Recherche) die Frage erlaubt sein, ob derartige Übersichten noch zeitgemäß und erforderlich sind. Nach meiner Auffassung sind diese übersichtlichen Auflistungen gut geeignet, dem Praktiker einen raschen Überblick über die aktuelle Rechtsprechung zum jeweiligen Themengebiet zu verschaffen. Insoweit sind sie elektronischen Suchsystemen – jedenfalls derzeit – noch überlegen. Praktikerfreundlich sind auch die zahlreichen, optisch hervorgehobenen Gestaltungshinweise.

Die Musterteile sind sehr ausführlich und enthalten zum Teil mehr Formulierungsbeispiele als renommierte Formularbücher. So enthält das Werk etwa ein eigenes vollständiges Muster für den Verkauf eines Grundstücks bei Bestehen eines rechtsgeschäftlichen dinglichen Vorkaufsrechts (S. 296 ff.) oder verschiedene Varianten der Gestaltung der Kaufpreisfälligkeit bei Räumungsverpflichtung des Verkäufers (S. 284 f.).

Nützlich sind aus Sicht der notariellen Praxis auch der umfangreiche Abschnitt über die Verkehrswertbestimmung bei Grundstücken sowie die Teile „Insolvenz und Zwangsvollstreckung“ und „Vertragsstörungen bei Grundstücksgeschäften“. Gerade die letztgenannten Abschnitte ermöglichen den Blick über den Tellerrand der reinen Vertragsgestaltung hinaus und geben auch wertvolle Hinweise für die Vertragsgestaltung.

Es liegt allerdings in der Natur der Sache, dass nicht alle Gestaltungshinweise unangreifbar sind. So hält *Holland* (S. 274) beim Bauträgervertrag eine Vollstreckungsunterwerfungsklausel mit eingeschränktem Nachweisverzicht für zulässig. Es handelt sich um eine Bestimmung über die Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Käufers, wonach die Vollstreckungsklausel zu erteilen ist, wenn die allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen der MaBV eingetreten sind und der entsprechende Bautenstand durch die Bestätigung eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für Bau-

und/oder Grundstückssachen nachgewiesen wird. Der Autor betont allerdings auch, dass die Zulässigkeit dieser Klausel nicht unumstritten ist.

Weiter vertritt er die Auffassung, dass dann, wenn eine derartige Unterwerfungsklausel in den Bauträgervertrag aufgenommen wird, es auch erforderlich sei, dass sich der Bauträger wegen seiner Bauverpflichtung und der Verpflichtung zur Besitzübergabe der Zwangsvollstreckung unterwirft, da ansonsten die Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Käufers wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 AGBG unwirksam wäre. Unabhängig von der Frage, ob diese Schlussfolgerung zwingend ist, sollte m.E. angesichts der derzeitigen Unsicherheit über Zulässigkeit der Vollstreckungsunterwerfung mit eingeschränktem Nachweisverzicht eher erwogen werden, ob man in Bauträgerverträgen nicht besser auf jegliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung, also sowohl auf Seiten des Käufers wie auf Seiten des Bauträgers, verzichtet. Hierfür spricht, dass der Notar grundsätzlich eine in alle Punkten sichere wirksame Urkunde schuldet. Letztlich sollte diese Thematik bei der Beurkundung mit den Beteiligten erörtert und das Ergebnis, z.B. ein Verzicht auf jegliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung, in der Urkunde vermerkt werden. Bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung einer Vollstreckungsunterwerfung des Käufers mit eingeschränktem Nachweisverzicht, so ist m.E. ein Vermerk nach § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG ratsam, in dem der Notar seine Zweifel über die Wirksamkeit dieser Klausel und die Tatsache, dass die Beteiligten auf der Beurkundung bestanden haben, festhält.

Kleine Schönheitsfehler sind bei den Ausführungen zum Beurkundungsverfahren zu finden. Bei der Erörterung der Zulässigkeit von Sammelbeurkundungen (S. 251) wird noch auf eine Kommentierung zu den alten RLNot der Bundesnotarkammer anstelle der nunmehr einschlägigen Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer verwiesen. Nicht erwähnt werden die für bayerische und pfälzische Notare verbindlichen Regelungen der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Landesnotarkammer Bayern bzw. der Richtlinien zur näheren Bestimmung der Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Notarkammer Pfalz (jeweils Ziffern II 1 e), wonach in der Regel lediglich drei und nicht fünf Niederschriften bei verschiedenen Beteiligten gleichzeitig beurkundet werden sollen.

Insoweit handelt es sich aber nur um Kleinigkeiten, die den insgesamt sehr positiven Gesamteindruck letztlich nicht beeinträchtigen. Das Werk kann daher zur Anschaffung nur empfohlen werden.

Notar Dr. Hansjörg Heller, Hengersberg

Littig/Mayer, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, 1999, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 188 Seiten, DM 58,-

Das zu rezensierende Werk, erschienen im Deutschen Anwaltverlag 1999, setzt die „Schriftenreihe der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge“ als Band IV fort. Es nimmt sich in praxisorientierter Weise eines Themas an, das – wie im Rahmen einer anderen Rezension bereits treffend bemerkt wurde – vielleicht vor zehn Jahren noch als vergleichsweise randständig betrachtet worden wäre (*Fuchs*,

FamRZ 2000, 150). Notarkollege *Dr. Jörg Mayer*, Pottenstein, dessen Erläuterungen zum Übergabevertrag als Band I der genannten Schriftenreihe deren Richtung vorgaben, ein ausgewiesener Referent und Sachkenner der Materie, und Rechtsanwalt *Thomas Littig* haben sich der Mühe unterzogen, die für den zivilrechtlichen Praktiker spröde und unbehagliche Kollisionslage zwischen sozialhilferechtlichem Nachrangprinzip, einerseits, und Vermögensübertragung, andererseits, aus notarieller und anwaltlicher Sicht aufzuarbeiten. Berücksichtigt man Gewicht und Inhalt der Beiträge, sollte das Werk eher als „Mayer/Littig“ zitiert werden; die anwalt-

liche Sichtweise der nachträglichen streitigen Auseinandersetzung tritt zu Recht in den Hintergrund gegenüber der notariellen Aufgabe der vorsorgenden Information und Gestaltung. Im Verhältnis zwischen lebzeitiger Vermögensübertragung, einerseits, und testamentarischem Transfer, andererseits, wiederum wird allerdings letzterer Bereich eher stiefmütterlich behandelt, was angesichts der sonst eher erbrechtlichen Orientierung der Schriftenreihe etwas überrascht.

Sozialrechtlich geprägte Problemstellungen knüpfen bei lebzeitigen Übertragungen sowohl an die Person des Veräußerers als auch an die Person des Erwerbers an, und zwar gleichermaßen auf der Ebene des Vermögens wie auch auf der Ebene des Einkommens: Der *Veräußerer* befürchtet, dass ihm auf der „Vermögensebene“ die Tatsache der Weggabe ertragbringender Güter als solche bei einem später möglicherweise unumgänglichen Antrag auf Gewährung nachrangiger Sozialleistungen „vorgehalten“ werden könnte, der Anspruch also wegen der „selbstgeschaffenen Verarmung“ gekürzt oder gar ganz in Wegfall geraten könnte. Auf der Einkommensebene ist er bestrebt zu erfahren, in welchem Umfang die ihm bei der Übergabe typischerweise gewährten Versorgungsansprüche (mögen sie auf Duldung, Zahlung oder Dienstleistung gerichtet sein) als geldwerte Positionen angerechnet werden und damit zu einer Reduzierung seiner Bedürftigkeit, mithin des Anspruchs auf nachrangige Sozialleistungen, führen können. Das Hauptaugenmerk des *Erwerbers* wiederum ist auf der Vermögensebene darauf gerichtet, Sicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit des Übertragungsvorgangs selbst zu erlangen (Problem möglicher Sittenwidrigkeit, § 138 BGB), in noch stärkerem Maße aber zu erfahren, ob der Vermögenserwerb von Bestand ist, mithin also ob eine Rückforderung des Zugewendeten der Sache oder dem Wert nach bei späterer Verarmung des Veräußerers droht (§ 528 BGB!). Auf der Einkommensebene befürchtet der Erwerber, dass sich die vereinbarten Gegenleistungen als „Einfallstor“ für die Inanspruchnahme durch den Sozialleistungsträger erweisen und er hierdurch (z. B. infolge der „Umwandlung“ eines nicht mehr ausübaren Wohnungsrechts in einen Geldzahlungsanspruch, der nach Überleitung gemäß § 90 BSHG durch den überörtlichen Träger der Sozialhilfe geltend gemacht wird) in höherem Maße belastet wird. Hinzu kommen in den meisten Fällen schließlich noch vergleichbare Fragestellungen in der Person etwaiger *weichender Geschwister*: Auf der Betrachtungsebene des Vermögens begehren sie zu erfahren, in welchem Umfang auch bei ihnen eine Rückforderung etwa erhaltener Ausgleichszahlungen (Elterngutbeträge) gemäß § 528 BGB bei künftiger Sozialhilfebedürftigkeit des Veräußerers (etwa infolge stationärer Unterbringung in einem Pflegeheim) zu befürchten ist und ob bei Realisierung dieses Risikos ein gesetzlicher Ausgleichsmechanismus im Verhältnis zwischen mehreren gleichzeitig Beschenkten greift (gemäß BGH DNotZ 1992, 102, im Zweifel Gesamtschuldnerausgleich, allerdings nach Kopfteilen). Auf der Einkommensebene schließlich konzentriert sich das Interesse der weichenden Geschwister darauf zu ermitteln, in welchem Umfang sie angesichts ihrer eigenen Leistungsfähigkeit (oder möglicherweise auch des Einkommens ihres Ehepartners?) als gesetzlich Unterhaltspflichtige gemäß §§ 1601 ff. BGB – der Anspruch auf Aszendenten-Unterhalt entsteht bei Bezug von Sozialhilfe kraft Gesetzes gemäß § 91 BSHG in Inhaberschaft des Sozialleistungsträgers – herangezogen werden können und ob es sich empfiehlt, für den Fall ihrer zufälligen Inanspruchnahme vertragliche Ausgleichsansprüche gegen etwaige weitere leistungsfähige Geschwister zu schaffen (Teilschuldverhältnis gemäß § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB!).

Mit diesen sechs Grundfragestellungen, die jedem Leser aus täglicher Beratungspraxis bekannt sein dürften, beschäftigt sich das Werk von *Littig/Mayer* in vorbildlicher Weise. Zu Recht erfolgt eine Einengung der sozialrechtlichen Prüfungsmaßstäbe auf den Bereich des *Sozialhilferechts*, denn nur bei Leistungen der „Sozialfürsorge“ (Art. 74 Nr. 7 GG; hierzu zählen auch die Kriegsofopferfürsorge und die Arbeitslosenhilfe), also der steuerfinanzierten, gegenüber der Bedarfsdeckung durch eigene Kräfte und Mittel nachrangigen staatlichen Zuwendung, ergeben sich in großem Umfang Regress- und Kollisionsprobleme. Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass es auch bei den Leistungen der so genannten „Sozialversorgung“ (Art. 74 Nr. 10 GG, beispielweise dem BVG), also ebenfalls steuerfinanzierten Leistungen, die jedoch dem Ausgleich besonderer Opferleistungen des Individuums im Interesse der Allgemeinheit dienen, zu Wechselwirkungen zwischen vertraglichen Ansprüchen und sozialrechtlichen Zuwendungen kommen kann (zu erwähnen ist etwa die Anrechnung einzusetzenden Einkommens bei der Ausgleichsrente gemäß §§ 32, 33 BVG i. V. m. der hierzu ergangenen Durchführungsverordnung). Lediglich Ansprüche aus Normen des Systembereichs der Sozialversicherung (Art. 74 Nr. 12 GG; hierzu zählt neben den klassischen Zweigen der Kranken-, Renten-, Unfall- und Arbeitslosen- nunmehr auch die gesetzliche Pflegeversicherung des SGB XI), also durch eigene Beiträge erkaufte Leistungen, bleiben von anderweit vorhandenem bzw. nicht mehr vorhandenem Einkommen/Vermögen gänzlich unberührt. Am deutlichsten in Häufigkeit und Höhe der Inanspruchnahme verwirklicht sich demnach das Regressrisiko bei Bezug von „Hilfe zur Pflege“ als Unterfall der Hilfe in besonderen Lebenslagen gemäß §§ 68 ff. BSHG, insbesondere in Verbindung mit stationärer Dauerbetreuung. Die Übernahme der pflegebedingten Mehraufwendungen durch die Pflegekassen, also als anrechnungsfreie Sozialversicherungsleistung, hat angesichts des deutlichen Anstiegs der allgemeinen Unterbringungskosten („Hotelkosten“) bei im Übrigen stagnierenden Renten hieran nichts Grundsätzliches geändert.

Die Autoren nähern sich dem umfangreichen Themenkomplex in sehr praxisorientierter, zielführender Weise: Umfangreiche Auseinandersetzungen zwischen verschiedenen Lehrmeinungen bleiben dem Leser erspart; die Aufarbeitung der mit großer Vollständigkeit herangezogenen Literatur und Rechtsprechung findet in den Fußnoten statt. Gute Durchgliederung, übersichtliche Abschnitte mit Randziffern, drucktechnische Hervorhebung von Suchbegriffen, grau unterlegte Berechnungsbeispiele, vor allem aber tabellarische und graphische Übersichten zur Unterscheidung verschiedener Fallgruppen erleichtern den raschen Zugang und kommen insbesondere demjenigen Benutzer zugute, der das Werk nicht als Lehr- und Studienbuch, sondern als Informationsquelle bei konkretem Bedarf sporadisch heranzieht. Die häufige Verwendung von Spiegelstrichen und anderen Gliederungsmitteln verleiht dem Buch einen skriptenähnlichen Charakter, der sich aus der Herkunft der literarischen Aufarbeitung als Gegenstand notarieller Fortbildungsveranstaltungen erklärt. Dies kommt der Frische und Übersichtlichkeit der Erläuterungen uneingeschränkt zugute. Das Buch eignet sich also gleichermaßen zur „Lektüre am Stück“ wie auch zur einzelfragenbezogenen Recherche.

Im Hinblick auf eine Neuauflage, die angesichts der großen praktischen Relevanz des Themas sicherlich in Kürze ansteht, ist jedoch aus Sicht des Rezensenten zu erwägen, ob die Konzeption des Buchs nicht in viererlei Hinsicht noch weiter verbessert werden kann:

Zum einen würde es sicherlich manchem nicht mit der Materie vertrauten Leser den Zugang erleichtern, wenn in einem einleitenden Teil zunächst einige Grundbegriffe des materiellen Sozialhilferechts dargestellt würden (beispielsweise die grundlegende Unterscheidung zwischen Hilfe zum Lebensunterhalt, einerseits, Hilfe in besonderen Lebenslagen, andererseits, Inhalt und praktische Bedeutung der Einsatz- und Bedarfsgemeinschaft sowie der gesetzlichen Vorschriften zur Anrechnung des Einkommens und des Vermögens, §§ 76 ff., 88 ff. BSHG).

Zum zweiten erscheint die Zergliederung der Themenbereiche in die notarielle Sichtweise, einerseits, die (dahinter deutlich zurücktretende) anwaltliche Sichtweise, andererseits, manchmal etwas willkürlich. So werden beispielsweise die Rückforderung bei Verarmung, das Behinderten-Testament und die Zulässigkeit einschränkender Vereinbarungen – etwa bezüglich des Wegfalls ortsgebundener Versorgungspflichten bei Wegzug des Veräußerers – in beiden Teilen des Buchs behandelt, teilweise mit unterschiedlichem Ergebnis (Rdnr. 282 gegen Rdnr. 142).

Des weiteren ist zu erwägen, ob nicht dem Hauptanliegen des Buchs (in Gestalt der Kapitelüberschrift des ersten Teils: „Vermeidung des Sozialhilferegresses durch Gestaltung“) in noch höherem Maße dadurch Rechnung getragen werden kann, dass der Autor (z. B. anknüpfend an frühere Veröffentlichungen in ZEV 1995, 274) in größerem Umfang eigene Formulierungsvorschläge einstellt. Es ist zu begrüßen, dass anderweit veröffentlichte Gestaltungsvorschläge wiedergegeben werden (wobei der Rezensent nicht verhehlen möchte, dass er sich in Rdnr. 125, 126 zu Unrecht kritisiert fühlt: Die Formulierung „Dauerpflege ist nur zu erbringen, soweit sie ... eineinhalb Stunden täglich nicht übersteigt“ soll gerade sicherstellen, dass auch bei einem täglichen Dauerpflegebedarf von 91 Minuten oder mehr der „Sockelzeitraum“ der ersten 90 Minuten noch von der vertraglichen Verpflichtung erfasst ist; der Rezensent hoffte dies durch das Wörtchen „soweit“ anstelle von „solange“ auszudrücken).

Hinsichtlich der Gesamtgewichtung zwischen vorweggenommener Erbfolge, einerseits, erbrechtlicher Gestaltung, andererseits, freut sich der Benutzer schließlich auf eine umfangreichere Darstellung der erbrechtlichen Fragen in der Neuaufgabe, insbesondere auch zu den häufig diskutierten Vermächtnislösungen als Gegenmodell zur Einsetzung des behinderten Abkömmlings zum Mitvorerben bereits auf den ersten Sterbefall (vgl. etwa DNotI-Report 1999, 149 ff.). Es erscheint reizvoll, den Blickwinkel zu weiten und das „Behinderten-Testament“ als Anwendungsfall der allgemeinen kautelar-juristischen Aufgabenstellung zu sehen, letztwillige Zuwendungen zu ermöglichen, ohne den Eigengläubigern des Hinterbliebenen Zugriffsmöglichkeiten zu eröffnen (so der ursprüngliche Titel der jüngst vorgestellten Dissertation von *Engelmann*).

Vorstehende Anregungen sollen jedoch das Verdienst der Autoren in keiner Weise schmälern; sie haben mit ihrem uneingeschränkt empfehlenswerten Buch eine Lücke geschlossen, die bisher allenfalls durch Seminar-Skripten mehr schlecht als recht aufgearbeitet worden war.

Der Rezensent möchte abschließend zwei Fragestellungen herausgreifen, die er in der notariellen Befassung wie auch in seiner Referententätigkeit als bedeutsam empfindet und mit denen sich auch Kollege *Mayer* auseinandersetzt. Damit soll zugleich die Praxisnähe des Buchs unterstrichen und der Appetit des geneigten Lesers geweckt werden:

Ist der Aktivwert des Zugewendeten niedriger als die bereits akkumulierte Bedarfslücke, deren Deckung im Weg des § 528

BGB durch Rückforderung geltend gemacht wird, richtet sich der Anspruch originär auf Rückabwicklung der Vermögensleistung, also Naturalrestitution. § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB räumt für diesen Fall dem Beschenkten eine Ersetzungsbefugnis dahingehend ein, anstelle der Naturalrestitutionspflicht (Rückauflassung und Besitzherausgabe) eine originäre zivilrechtliche Rentenverpflichtung durch Schuldumschaffung (Novation) zu begründen, für die dann die in § 528 Abs. 1 Satz 3 BGB in Verweisung genommenen Vorschriften gelten. Bei Grundstücksübertragungen sehr viel häufiger ist allerdings der umgekehrte Sachverhalt, dass nämlich der Aktivwert des zugewendeten Gegenstands den Betrag der geltend gemachten und auszugleichenden bzw. künftig in jedem Zeitabschnitt neu auftretenden Unterhaltslücke übersteigt. Auf Grund der Unteilbarkeit des der Kondiktion nur teilweise unterliegenden Gegenstands und des Wortlauts des § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB („soweit“) schuldet der Erwerber in diesem Fall gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz in Geld, und zwar für jeden Monat der Unterhaltslücke erneut bis zur Erreichung des Betrags der unentgeltlichen Zuwendung. Diese Geldschuld, der er (anders als bei Unterhaltspflichten) den Einwand mangelnder Leistungsfähigkeit nicht entgegenhalten kann, belastet ihn und seine Familie als Einschränkung der Liquidität auf Jahre hinaus möglicherweise deutlich stärker als die Wiederherstellung des früheren Zustands selbst, also die Rückauflassung der Immobilie auf den Veräußerer. Eine solche *umgekehrte Ersetzungsbefugnis*, die aus der als Einkommensleistung geschuldeten Wertersatzzahlung wiederum eine als Vermögensleistung zu wertende Naturalherausgabepflicht schaffen würde, enthält jedoch das Gesetz nicht (vgl. BGH NJW 1994, 1655). Gleichwohl erscheint eine solche „umgekehrte Ersetzungsbefugnis“ häufig wünschenswert. Sie dürfte zivilrechtlich als Modifikation des § 528 BGB, der ja lediglich eine schuldrechtliche Ausprägung der Geschäftsgrundlagenlehre (*clausula rebus sic stantibus*) darstellt, zulässig sein (der BGH deutet dies in einem obiter dictum des genannten Urteils selbst an) und ist in vielen Fällen auch sozialhilferechtlich besonders reizvoll: Wäre der dann originär wieder als Vermögen zurückzugewährende Gegenstand, also die Immobilie, „bei rechtzeitiger Leistung“ in der Hand des Veräußerers, nämlich als angemessenes, durch ein Mitglied der Einsatz- und Bedarfsgemeinschaft selbst genutztes Hausgrundstück Schonvermögen im Sinn des § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG, würde eine sofortige Verwertung nicht drohen. Nach dem Wortlaut des § 90 Abs. 1 Satz 3 BSHG würde in diesem Fall sogar die Rückforderung des Geschenkten selbst nicht möglich sein, was allerdings der Wertung des § 92c BSHG (Zugriff des Sozialhilfeträgers auf das bis zum Tod noch geschonte Eigenvermögen des Hilfeempfängers) widerspräche, worauf auch *Mayer*, Rdnr. 82, hinweist. Es ist daher die Kostenersatzvorschrift des § 92c BSHG zu den in § 90 Abs. 1 Satz 3, 2. Halbsatz, BHG genannten Aufwendungsersatz- und Kostenbeitragsbestimmungen der §§ 11 Abs. 2, 29, 43 Abs. 1 BSHG im Weg der Gesamtanalogie zu ergänzen. Immerhin aber wird durch eine solchermaßen im ursprünglichen Übergabevertrag verankerte „umgekehrte Ersetzungsbefugnis“ als einzelvertragliche Modifikation des § 528 BGB – ihre zivilrechtliche und sozialhilferechtliche Unbekanntheit, die bisher höchstrichterlich nicht geklärt ist, unterstellt – erreicht, dass der Erwerber die Möglichkeit hätte, durch Wiederherstellung des ursprünglichen Vermögenszustands sich von der sonst möglicherweise jahrelang bestehenden Pflicht zur Leistung von Geld gerade dann zu befreien, wenn er nicht auf Grund der dann wieder greifenden zivilrechtlichen Unterhaltsvorschriften (§§ 1601 ff. BGB i. V. m. § 91 BSHG) zur

Leistung verpflichtet wäre. Die von *Mayer* (Rdnr. 82 am Ende) geäußerte Skepsis, ob der Erwerber sich nach Durchführung von Investitionen von dem Grundstück wieder trennen wolle, spornt an zur Untersuchung der Frage, in welchem Umfang Gegenleistungen des Erwerbers (im Unterschied zu bloßen Duldungsvorbehalten) oder baulichen Investitionen bei der durch vertragliche Modifikation eröffneten Rückübertragung Berücksichtigung finden können. Denkbar ist zum einen ein kondiktionsrechtlicher Ansatz (Saldo-Theorie bzw. Anerkennung eines eigenständigen Verwendungsersatzanspruchs des Beschenkten gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alternative, BGB: BGH ZNotP 1999, 203) oder aber ein schenkungsrechtlicher Ansatz (analog der Grundsätze zur Rückabwicklung teilunentgeltlicher Zuwendungen, etwa nach Widerruf wegen groben Undanks).

Das zweite Anschauungsbeispiel betrifft die Heranziehung eines Erwerbers für Sozialhilfeleistungen nicht an den Veräußerer, sondern an Geschwister des Erwerbers. Dieses früher durch § 419 BGB vermittelte Risiko ist mit Außerkrafttreten der genannten Bestimmung (Art. 33 Nr. 16 EGIInsO) zum 1.1.1999 nur scheinbar weggefallen: die „Lücke“ wird nunmehr in vielen Fällen durch eine in der Praxis wenig beachtete Neufassung des § 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG durch das Sozialhilfereformgesetz vom 23.7.1996 „geschlossen“: Während nach der bis zum 1.8.1996 geltenden Fassung des § 90 BSHG nur solche Ansprüche durch Verwaltungsakt übergeleitet werden konnten, deren Inhaber vor der Zession der Hilfeempfänger selbst oder ein weiteres Mitglied der Einsatz- und Bedarfsgemeinschaft nach § 28 BSHG war (also der nicht getrennt lebende Ehegatte bzw. der Lebensgefährte gemäß § 122 BSHG; lediglich bei Hilfeleistung an minderjährige Kinder auch die Eltern), benennt das Gesetz nunmehr als tauglichen bisherigen Anspruchsinhaber – allerdings nur bei der Gewährung von Hilfe in besonderen Lebenslagen – auch die Eltern des Hilfeempfängers selbst. Wurde also beispielsweise eine ertragbringende Wirtschaftseinheit an den Erwerber übertragen und sind dadurch dessen Eltern (als Veräußerer) außerstande, dem Verwandten, z. B. dem Bruder des Erwer-

bers, Unterhalt zu gewähren (auch diese Alternative erfüllt neben der so genannten „Eigenverarmung“ den Tatbestand des § 528 Abs. 1 BGB), kann der Sozialleistungsträger nunmehr durch Verwaltungsakt den gesetzlich bestehenden Rückgabeanpruch gegen den Erwerber auf sich überleiten und geltend machen. Dies gilt selbst dann, wenn die Zuwendung selbst bereits vor dem 1.8.1996 stattgefunden hat, sofern nur die Verarmung (Ausbleiben von Unterhaltsgewährung) als anspruchsauslösendes Merkmal erst nach dem In-Kraft-Treten der erweiterten Fassung des § 90 BSHG eintrat. Vor der Erweiterung der gesetzlichen Zugriffsmöglichkeiten hätte der Sozialleistungsträger den Rückforderungsanspruch des Vaters, der ja nicht selbst Hilfeempfänger ist, nicht geltend machen können. (Eine Pfändung und Überleitung auf Grund des dem Sozialhilfeträger gemäß § 91 BSHG zustehenden Unterhaltsanspruchs des Geschwisters gegenüber dem Vater wäre an der zivilrechtlichen Nichtabtretbarkeit des Rückforderungsanspruchs gemäß §§ 400 BGB, 852 Abs. 2 ZPO gescheitert, die in diesem Fall auch nicht durch § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG überwunden worden wäre.) Nach der neuen Rechtslage ist bei Vorhandensein behinderter Geschwister, deren Unterhalt nicht anderweit gesichert ist, demnach wieder kritisch abzuwägen zwischen den geschilderten Rückforderungsrisiken bei lebzeitiger Zuwendung, einerseits, und dem (durch Überleitung ohne Einschränkung geltend zu machenden) Pflichtteilsanspruch des Sozialhilfe empfangenden Geschwisters bei testamentarischer Zuwendung, andererseits. (Ein plakatives Beispiel könnte den Warncharakter des diesbezüglichen Hinweises in Rdnr. 185 noch erhöhen!)

Aus vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass den Autoren *Mayer* und *Littig* ein großer Wurf gelungen ist. Ihnen gebührt das Verdienst, die komplexe Gemengelage zwischen Sozialhilferecht und Vertragsgestaltung erstmals in publizierter Form umfassend dargestellt und dabei eine besonders praxisorientierte Form der Darstellung gefunden zu haben. Kein Kautelar-Jurist wird dieses Buch missen können.

Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, Hof/Saale

Umwandlungen. Verschmelzung – Spaltung – Formwechsel – Vermögensübertragung. Zivil-, Handels- und Steuerrecht – mit Musterformulierungen und Diskette. Von Bernd Sagasser, Thomas Bula, Thomas R. Brünge u. a., 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2000, 834 Seiten. Mit Diskette DM 178,-.

Das Umwandlungsrecht erfreut sich stets steigender Beliebtheit. Dies liegt nicht zuletzt an den zivilrechtlich verbesserten Möglichkeiten der Unternehmensumstrukturierung. Steuerrechtlich ist die Attraktivität von Umwandlungen mit der Abschaffung des halben Steuersatzes gemäß § 34 Abs. 1 EStG und der Einschränkung des Verlustabzuges im Rahmen von Umwandlungen hingegen partiell gesunken. Dennoch werden auf der nicht enden wollenden Suche nach der optimalen Rechtsform und Unternehmensstruktur Umwandlungen nach dem UmwG und UmwStG immer häufiger vorgenommen. Für den Praktiker steigt die Notwendigkeit, sich mit dem Umwandlungsrecht zu befassen. Das besprochene Buch erweist

sich dabei als herausragendes Mittel, sich in diese Materie einzuarbeiten.

Der neue *Sagasser/Bula/Brünge* vermag keinen Kommentar zum UmwG oder UmwStG zu ersetzen und beantwortet nicht erschöpfend alle Fragen, die sich bei der Vorbereitung einer Umwandlung ergeben können – wohl aber die Wesentlichen. Der große Verdienst des Buches liegt jedoch auf anderem Gebiet: Auf einzigartige Weise ist es den Autoren dieses Werkes gelungen, die Systematik des Umwandlungsrechts einschließlich des Umwandlungssteuerrechtes nicht zu lang, wohl aber ausführlich genug darzustellen. In strukturierter und ausgezeichnet verständlicher Weise werden nicht nur die Normen von UmwG und UmwStG erläutert, sondern mit viel didaktischem Gespür gerade das Ineinandergreifen der unterschiedlichen Materien dargestellt. Die Verfasser erläutern Gesellschafts-, Handels- und Steuerrecht nicht isoliert voneinander, sondern jeweils mit Bezug zueinander. Dies fördert das Verständnis der Gesamtmaterie erheblich. Besonders wichtig erscheinen mir dabei die auch für den Juristen sehr verständlich dargestellten Ausführungen zu den bilanziellen Auswirkungen

gen eines Umwandlungsvorganges, ohne damit ein Lehrbuch der Bilanzierung ersetzen zu wollen. Diese bilanztechnischen Folgen in der Handels- wie Steuerbilanz zu verstehen ist notwendige Voraussetzung dafür, in enger Abstimmung mit dem begleitenden Steuerberater eine Umwandlung kompetent durchführen zu können. Der Blick für die Zusammenhänge, den kein Kommentar vermitteln kann, ist die Stärke des besprochenen Werkes.

Seit der zweiten Auflage sind nunmehr auch die arbeits- und kartellrechtlichen Probleme des Umwandlungsrechtes in der gebotenen Kürze einbezogen. Schließlich gewinnt die Verständlichkeit des Buches durch den instruktiven Einsatz von Beispielen.

Das Besprechungswerk eignet sich auf Grund der systematischen Struktur hervorragend als Nachschlagewerk zur Klärung von Einzelfragen, ohne lange nach der Antwort suchen zu müssen. Wohl dosierte Nachweise weiterer Fundstellen ermöglichen eine Vertiefung problematischer Einzelfragen. Seine Aktualität in der Einarbeitung neuer Entscheidungen macht das Werk schließlich zu einer Fundgrube für neue Entwicklungen, deren sich auch der erfahrene Praktiker dankbar bedienen wird. So sind beispielsweise die aktuellen Entscheidungen zur Verschmelzung von Tochterpersonengesellschaften ohne Kapitalerhöhung wiedergegeben und mit einem eigenen Gestaltungsvorschlag kommentiert (Abschnitt J Rdnr. 158 ff.).

Verdienstvoll ist die dem Buch beigelegte Diskette, auf der sich alle in dem Buch vorgeschlagenen Muster befinden. Die Muster zeichnen sich durch eine große Vielfalt an behandel-

ten Umwandlungsvorgängen aus. Die Verwendung der digitalen Datensätze ist auf der Basis von „Word für Windows“ technisch unproblematisch und selbst unerfahrenen Computernutzern möglich. Dies spart Zeit und damit Geld. Bei der Verwendung der Muster ist allerdings, wie stets, Vorsicht geboten. Nicht alle Muster sind so vollständig, dass sie sich auf *jeden* Fall unverändert anwenden ließen. Sie sollten nicht unbesehen übernommen werden und können daher die gründliche Lektüre des Gesetzes nicht ersetzen. Teilweise sollten ergänzende Hinweise und weitere Regelungen aufgenommen werden. Beispielsweise sind in den Mustern meist nicht die erforderlichen Regelungen für den Fall vorgesehen, dass ein Umwandlungsvorgang kartellrechtliche Bedeutung hat (aufschiebende Bedingung) oder Sondervorteile von Gesellschaftern zu berücksichtigen sind. Die Regelungen zum neuen Firmenrecht (e.K.) oder zur Einführung des Euro bei den Kapitalgesellschaften sind weitgehend nicht in den Mustern berücksichtigt. Eine Anpassung auf den jeweiligen Einzelfall ist daher unerlässlich. Bei der Vorbereitung des Einzelfalles stellen die Muster jedoch eine ausgezeichnete Ausgangsbasis dar, auf die auch von unerfahrenen Praktikern problemlos aufgebaut werden kann.

So wird der *Sagasser/Bula/Brünger* zu einem unverzichtbaren Begleiter. Die Lektüre des neuen *Sagasser/Bula/Brünger* führt bei jedem Interessierten des Umwandlungsrechtes, der noch nicht den vollständigen Durchblick hat, zu einer wesentlichen Horizonsverweiterung.

Notarassessor Dr. Eckhard Wälzholz, Prien am Chiemsee

Strangmeier: Internetpräsenz für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer – Professioneller Auftritt, Recherche und Kommunikation, Berufsrechtliche Aspekte, Erich Schmidt Verlag, Bielefeld, 2000, 168 Seiten, 49,80 DM

Moderne Kommunikationsmittel machen auch vor den Türen des Notariats nicht halt. Die Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren des elektronisch geführten Grundbuchs stellt erst den Anfang dar. Das Internetzeitalter hat im Notariat mit dem Pilotprojekt der Bundesnotarkammer Notarnetz – Zertifizierung der Notare nach dem Signaturgesetz begonnen. Dadurch wird allen Notaren die Möglichkeit eröffnet, „drin“ zu sein. Für einen Teil der Notare wird sich die Frage nach der eigenen Internetpräsenz gleichsam als elektronische Visitenkarte stellen.

Das Buch von Dipl.-Volkswirt Dr. Reinhard Strangmeier will die Möglichkeiten aufzeigen, den Kanzleiwert via Internet zu mehren. Die Veröffentlichung richtet sich an alle, die in rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen tätig sind. Der Schwerpunkt liegt auf dem professionellen Internetauftritt unter Beachtung berufsrechtlicher Regelungen. Die Erörterungen gliedern sich in einen Allgemeinen und in einen Besonderen Teil. Der Allgemeine Teil bietet eine Einführung in das Internet samt dessen Chancen und Risiken. Auch der Weg zur eigenen Website wird aufgezeigt. Der Besondere Teil konzentriert sich auf die berufsrechtlichen Aspekte für die rechts-

und wirtschaftsberatenden Berufe. Unter www.ante.de/netbook sind erfreulicherweise weitere Informationen rund um das Thema des Buches sowie Ergänzungen und Aktualisierungen erhältlich.

Der Gliederungspunkt „Rechtsanwälte und Notare“ im Inhaltsverzeichnis des Besonderen Teils verspricht auf über zwanzig Seiten eine ausführliche Erörterung der Thematik der Präsenz der Rechtsanwälte und Notare im Internet. Die Erwartungen werden hinsichtlich der Rechtsanwaltschaft nicht enttäuscht. Leider beschränkt sich die Erörterung der Internetpräsenz der Notare lediglich auf eine, wenn auch ausführliche Fussnote. Der Hinweis, dass die angeführten Leitlinien für Rechtsanwälte auch für Notare eine brauchbare Orientierung bieten, erscheint zu knapp. Löblich zu erwähnen ist allerdings die ausführliche Linkliste einschließlich der Internetauftritte der Notarkammern sowie das umfangreiche Internet-Glossar.

Erlaubt sei hier der Hinweis auf den Beitrag des Notars Michael Becker; Dresden in NotBZ 6/1999 S. 239 ff. und 1/2000 S. 11 ff. „Die Präsenz des Notars im Internet“. Dessen Veröffentlichung stellt einen umfassende und informative Erörterung des Themas dar, nach welchen Grundsätzen sich die Teilnahme des Notars am Internet richtet. Sowohl eine Einführung in die Thematik als auch die berufsrechtlichen Aspekte kommen hier nicht zu kurz.

Notar a.D. Alexander Benesch, Würzburg

Bürgerliches Recht

1. §§ 55, 62 FGG (*Zum Erfordernis richterlicher Überprüfbarkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungsentscheidungen*)

1. **In Verfahren vor dem Rechtspfleger bestimmt sich die Pflicht zur Anhörung der in ihren Rechten Betroffenen nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz eines fairen Verfahrens und nicht nach Art. 103 Abs. 1 GG.**
2. **Die §§ 62 und 55 FGG sind mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar, soweit sie den in ihren Rechten Betroffenen jede Möglichkeit verwehren, Entscheidungen des Rechtspflegers der Prüfung durch den Richter zu unterziehen.**

Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 18.1.2000 – 1 BvR 321/96 –

A.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft Fragen des rechtlichen Gehörs, des fairen Verfahrens und des effektiven Rechtsschutzes bei nachlassgerichtlicher Genehmigung eines von dem Nachlasspfleger abgeschlossenen Grundstücksgeschäfts.

I.

Ist nach einem Erbfall die Person des Erben unbekannt, hat das Nachlassgericht gemäß § 1960 Abs. 1 BGB von Amts wegen für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen, wenn hierfür ein Bedürfnis besteht. Als Sicherungsmittel kommt unter anderem die Bestellung eines Nachlasspflegers in Betracht (§ 1960 Abs. 2 BGB). Bei der Nachlasspflegschaft handelt es sich um einen Unterfall der Personenpflegschaft, auf die sowohl in materiellrechtlicher (§ 1915 Abs. 1 BGB) als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht (§ 75 FGG) die Vorschriften über die Vormundschaft zur Anwendung kommen, und zwar mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlassgericht tritt (§ 1962 BGB).

Für bestimmte Geschäfte, insbesondere für Grundstücksgeschäfte, bedarf der Nachlasspfleger der Genehmigung des Nachlassgerichts (§ 1915 Abs. 1, §§ 1821, 1822 BGB). Zuständig für die Erteilung einer solchen Genehmigung ist gemäß § 3 Nr. 2 Buchstabe c RPflG grundsätzlich der Rechtspfleger.

Eine Verfügung, durch die die Genehmigung zu einem genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäft erteilt oder verweigert worden ist, kann nach der Regelung der §§ 75, 55 FGG von dem Nachlassgericht insoweit nicht mehr geändert werden, als die Genehmigung oder deren Verweigerung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist. Die Wirksamkeit der nachlassgerichtlichen Genehmigung eines von dem Nachlasspfleger bereits abgeschlossenen Geschäfts tritt ein, wenn dieser die Genehmigung dem Vertragspartner mitgeteilt hat (§ 1915 Abs. 1, § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Mitteilung kann durch einen Bevollmächtigten erfolgen und von einem Bevollmächtigten entgegengenommen werden. Auch eine so genannte Doppelbevollmächtigung derselben Person (etwa des Notars) zur Mitteilung der Genehmigung an den Vertragsgegner und zur gleichzeitigen Entgegennahme dieser Mitteilung wird all-

gemein für zulässig erachtet (vgl. *Engelhardt*, in: *Keidel/Kuntze/Winkler*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 14. Aufl. 1999, § 55 Rdnr. 15 m.w.N.).

§ 62 FGG bestimmt, dass auch das Beschwerdegericht nicht berechtigt ist, eine nach § 55 FGG unabänderbare Verfügung zu ändern. Gemäß § 63 FGG gilt dasselbe für das Gericht der weiteren Beschwerde.

Der Zweck des Änderungsverbots der §§ 62, 63, 55 FGG besteht nach der Rechtsprechung und dem Schrifttum darin, Rechtssicherheit zu schaffen und das Vertrauen Dritter zu schützen, die sich im Hinblick auf die ihnen mitgeteilte Genehmigung auf die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts verlassen haben (vgl. *BayObLGZ* 1996, 90 <93>). Die einmal hergestellte Rechtslage soll geschützt werden (vgl. *Engelhardt*, a.a.O., Rdnr. 10).

II.

Die Beschwerdeführerin ist eine von mehreren Erben der 1993 verstorbenen Frau W. Zur Ermittlung der Erben sowie zur Sicherung und Verwaltung des Nachlasses bestellte das Nachlassgericht einen Nachlasspfleger. Im Zuge der weiteren Ermittlungen konnten dreizehn Miterben, darunter die Beschwerdeführerin, ausfindig gemacht werden. Unbekannt blieben lediglich die Miterben hinsichtlich eines Anteils von $\frac{1}{20}$ des Nachlasses. Eine Aufhebung der Nachlasspflegschaft erfolgte jedoch nicht. Am 27.9.1994 erteilte das Amtsgericht einen gemeinschaftlichen Teilerbschein, in dem die Erbanteile der bekannten Erben ausgewiesen wurden. Der Anteil der Beschwerdeführerin beträgt danach $\frac{1}{8}$ des Nachlasses.

Die Erblasserin W. war ihrerseits – zusammen mit zwei weiteren Personen – Mitglied einer nicht auseinander gesetzten Erbengemeinschaft gewesen, der ein Wohn- und Geschäftshaus mit fünf Wohneinheiten und einem Ladengeschäft in zentraler Lage von Schwerin gehörte. Der Anteil der Erblasserin an dieser Erbengemeinschaft (im Folgenden: Schweriner Erbengemeinschaft), der mit ihrem Tod in ihren Nachlass fiel, betrug $\frac{1}{2}$, die Anteile der beiden anderen Miterbinnen beliefen sich jeweils auf $\frac{1}{4}$ des Nachlasses.

Seit 1993 betrieb eine der Schweriner Miterbinnen die Auflösung der dortigen Erbengemeinschaft. Sie wollte das Eigentum an dem Hausgrundstück übernehmen und die übrigen Miterben auszahlen. Zur Bemessung der Abfindung legte sie ein von ihr in Auftrag gegebenes Wertgutachten vor, in dem der Verkehrswert des Grundstücks auf etwa 176.000 DM veranschlagt wurde. Unter Berücksichtigung bestehender Verbindlichkeiten in Höhe von rund 60.000 DM, mit denen das Grundstück belastet war, machte diese Schweriner Miterbin dem für die Erben der Erblasserin W. handelnden Nachlasspfleger den Vorschlag, deren Anteil mit etwa 58.000 DM abzufinden. Der Nachlasspfleger ging auf dieses Angebot im Jahre 1995 ein, ohne vorher die bereits ermittelten Erben der Frau W. zu informieren. Die neben den Erben der Frau W. an der Schweriner Erbengemeinschaft beteiligten beiden anderen Miterbinnen schlossen am 3.2.1995 vor einem Schweriner Notar einen entsprechenden Erbauseinandersetzungsvertrag, wobei eine Miterbin außer für sich selbst auch in vollmachtloser Vertretung für den Nachlasspfleger handelte. Der beur-

kundende Notar wurde bevollmächtigt, die erforderlichen Genehmigungen einzuholen, den Vertragspartnern mitzuteilen und diese Mitteilung entgegenzunehmen. Der Nachlasspfleger genehmigte in notariell beglaubigter Form am 21.2.1995 die bei dem Auseinandersetzungsvertrag in seinem Namen abgegebenen Erklärungen.

Daraufhin beantragte der beurkundende Notar beim Amtsgericht die Erteilung der nachlassgerichtlichen Genehmigung des Vertrags vom 3.2.1995. Der für die Durchführung des Genehmigungsverfahrens zuständige Rechtspfleger erteilte mit – nicht begründetem – Beschluss vom 3.4.1995 die nachlassgerichtliche Genehmigung, ohne zuvor die Beschwerdeführerin und die sonstigen bekannten Erben der Frau W. zu beteiligen. Die Genehmigung wurde dem Schweriner Notar am 6.4.1995 vom Nachlassgericht zugesandt.

Die Beschwerdeführerin, die erst einige Wochen später von dem Grundstücksgeschäft erfuhr, legte beim Nachlassgericht „Einspruch“ ein. Der Rechtspfleger teilte ihr daraufhin mit, der Erbauseinandersetzungsvertrag sei noch durch den Nachlasspfleger abgeschlossen worden, um den Gesamtnachlass zügig abzuwickeln. Bei der Vielzahl der im Ausland wohnenden Miterben wären bei deren Beteiligung erhebliche Notar- und Übersetzungskosten entstanden. Die Beschwerdeführerin hielt nach Beauftragung eines Rechtsanwalts und gewährter Akteneinsicht ihren „Einspruch“ als Erinnerung und Beschwerde aufrecht und führte im Wesentlichen aus, dass die Erbauseinandersetzung nicht ohne ihre Zustimmung hätte erfolgen dürfen. Sowohl der Rechtspfleger als auch der Richter halfen dem Rechtsmittel – jeweils ohne Begründung – nicht ab. Im Beschwerdeverfahren machte die Beschwerdeführerin vor allem geltend, dass sie nicht vor Vertragsschluss gehört worden sei und dem Vertrag nicht zustimme. Im Verfahren der weiteren Beschwerde führte sie aus, dass der Nachlasspfleger seine Kompetenz überschritten habe und dass der tatsächliche Wert des Grundstücks weit über dem Schätzwert liege.

Das Landgericht verwarf die Beschwerde als unzulässig. Die durch Beschluss vom 3.4.1995 erteilte nachlassgerichtliche Genehmigung sei gemäß §§ 75, 55 FGG unanfechtbar. Die nach den §§ 1962, 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Wirksamkeit der Genehmigung erforderliche Mitteilung an den Vertragspartner sei mit der Übersendung des Beschlusses an den bevollmächtigten Notar erfolgt. Eine so genannte Doppelbevollmächtigung liege vor und sei zulässig.

Die hiergegen von der Beschwerdeführerin eingelegte weitere Beschwerde wies das Oberlandesgericht zurück. Das Landgericht habe zu Recht festgestellt, dass es als Beschwerdegericht gemäß § 62 FGG an die nach § 55 FGG unanfechtbar gewordene Genehmigung gebunden sei. Im vorliegenden Fall sei zwar nicht nachvollziehbar, warum bei dem Erbauseinandersetzungsvertrag vom 3.2.1995 ein Wert zugrunde gelegt worden sei, der für einen fast zwei Jahre zurückliegenden Stichtag von einem von der Erwerberin beauftragten Gutachter festgesetzt worden sei. Ebenso wenig sei nachvollziehbar, warum nicht vor dieser teilweisen Auseinandersetzung die dem Nachlassgericht bereits bekannten Erben befragt worden seien. Das Nachlassgericht habe möglicherweise sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Dies habe aber nur zur Folge, dass es sich um eine nicht richtige Entscheidung handle, nicht aber um eine Entscheidung, die jeder gesetzlichen Grundlage entbehre und inhaltlich dem Gesetz fremd sei, die also an einer greifbaren Gesetzeswidrigkeit leide.

B.

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet.

I.

Der angegriffene Beschluss des Amtsgerichts – Nachlassgericht – verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gewährleisteten Recht auf ein rechtsstaatliches, faires Verfahren.

1. Dieses Grundrecht, nicht Art. 103 Abs. 1 GG, bildet den Prüfungsmaßstab, an dem die von dem Rechtspfleger ohne Anhörung der Beschwerdeführerin getroffene Entscheidung zu messen ist.

Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG hat jeder, der an einem gerichtlichen Verfahren als Partei oder in ähnlicher Stellung beteiligt ist oder unmittelbar rechtlich von dem Verfahren betroffen wird (vgl. BVerfGE 65, 227 <233>). Für Verfahren, die nicht „vor Gericht“ durchgeführt werden, etwa für Verwaltungsverfahren, gilt die Verfassungsbestimmung ihrem eindeutigen Wortlaut nach nicht (vgl. BVerfGE 27, 88 <103>, 36, 321 <330>).

Art. 103 Abs. 1 GG ist darüber hinaus auch nicht auf Verfahren vor dem Rechtspfleger anwendbar. Das ergibt sich aus der systematischen Stellung dieser Verfassungsnorm innerhalb des Grundgesetzes. Art. 103 Abs. 1 GG befindet sich neben anderen Prozessgrundrechten im IX. Abschnitt, der die Überschrift „Die Rechtsprechung“ trägt. Die rechtsprechende Gewalt ist nach Art. 92 GG allein den Richtern anvertraut. Aus diesem systematischen Zusammenhang folgt, dass Art. 103 Abs. 1 GG Anspruch auf rechtliches Gehör nur in Verfahren vor dem Richter im Sinne des Art. 92 GG gewährt. Die Stellung der Richter ist durch ihre Unabhängigkeit gekennzeichnet (Art. 97 GG). Diese verbürgt die Verfassung den Rechtspflegern nicht. Ihnen dürfen auch keine Aufgaben übertragen werden, die nach Art. 92 GG den Richtern vorbehalten sind. Der Rechtspfleger entscheidet zwar innerhalb des ihm nach § 3 RPflG übertragenen Aufgabenkreises als „Gericht“. Er ist aber kein Richter, weder im Sinne des Verfassungsrechts noch im Sinne des Gerichtsverfassungsrechts (vgl. BVerfGE 56, 110 <127>). Aufgrund ihrer andersartigen Stellung sind die Rechtspfleger auch nicht zur Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG befugt (vgl. BVerfGE 61, 75 <77>; stRspr).

Die Einbeziehung der Verfahren vor dem Rechtspfleger in den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 1 GG ist auch nicht damit begründbar, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Art. 103 Abs. 1 GG Anwendung findet, wenn ein Richter in seinem Zuständigkeitsbereich Maßnahmen trifft, die aus dem Gebiet der spezifisch richterlichen Aufgaben herausfallen, ihm aber wegen seiner besonderen verfassungsrechtlichen Stellung anvertraut sind (vgl. BVerfGE 9, 89 <97 f.>). Dieser Grund trifft für Verfahren, die von dem Rechtspfleger durchgeführt werden, nicht zu.

2. Zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens zählt das Recht auf ein faires Verfahren (vgl. BVerfGE 38, 105 <111>). Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 103 Abs. 1 GG darf der Einzelne deshalb nicht zum bloßen Objekt staatlicher Entscheidung werden; ihm muss insbesondere die Möglichkeit gegeben werden, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können (vgl. BVerfGE 9, 89 <95>; 65, 171 <174 f.>). Dies setzt voraus, dass der Betroffene von dem Sachverhalt

und dem Verfahren, in dem dieser verwertet werden soll, überhaupt Kenntnis erhält.

3. Diesen rechtsstaatlichen Mindestanforderungen genügt die angegriffene Entscheidung des Nachlassgerichts nicht.

a) Als Mitglied der von dem Nachlasspfleger bei Abschluss des genehmigungsbedürftigen Grundstücksgeschäfts vertretenen Erbengemeinschaft ist die Beschwerdeführerin durch die Erteilung der nachlassgerichtlichen Genehmigung unmittelbar in ihren Rechten betroffen. Dies war für den zuständigen Rechtspfleger auch ohne weiteres erkennbar; der die Erbenstellung der Beschwerdeführerin ausweisende gemeinschaftliche Teilerbschein vom 27.9.1994 befand sich im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung bei den Nachlassakten des Gerichts. Gründe, die es gerechtfertigt hätten, vor Erlass der Entscheidung von einer Anhörung der Beschwerdeführerin und der sonstigen bereits ermittelten Erben der Erblasserin W. abzusehen, sind nicht ersichtlich. Eine vorherige Anhörung hätte weder den Zweck der Maßnahme vereitelt noch wäre die Entscheidung nach vorheriger Anhörung zu spät gekommen (vgl. BVerfGE 83, 24 <35 f.>).

b) Die unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens gebotene Anhörung der Beschwerdeführerin war auch nicht deshalb entbehrlich, weil der Nachlasspfleger, der gesetzlicher Vertreter der endgültigen Erben ist (vgl. BGHZ 49, 1 <5>, am Genehmigungsverfahren beteiligt war. Im Regelfall kann das rechtliche Gehör nicht durch denjenigen vermittelt werden, dessen Handeln, wie hier, im Genehmigungsverfahren überprüft werden soll (vgl. BVerfGE 83, 24 <36>).

Ob und inwieweit die Grundsätze des fairen Verfahrens eingehalten wären, wenn der Nachlasspfleger die ermittelten Erben über das Genehmigungsverfahren und den diesem Verfahren zugrunde liegenden Sachverhalt in Kenntnis gesetzt hätte, ist hier nicht zu entscheiden; denn der Nachlasspfleger hat dies unterlassen. Für das Nachlassgericht bestand nach den Umständen des Falles auch kein Anlass anzunehmen, dass der Nachlasspfleger die bekannten Erben unterrichtet hätte.

c) Die Entscheidung des Nachlassgerichts vom 3.2.1995 beruht auf dem Fehlen der Anhörung der Beschwerdeführerin. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Rechtspfleger bei Kenntnis der Einwände der Beschwerdeführerin, insbesondere der von ihr angemeldeten Zweifel an der Aktualität und Verwertbarkeit des der Preisbildung zugrunde liegenden Sachverständigengutachtens, die Genehmigung des Grundstücksgeschäfts versagt hätte.

4. Da die nachlassgerichtliche Entscheidung gegen Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstößt und bereits deshalb aufzuheben ist, bedarf es nicht mehr der Prüfung, ob hierdurch zugleich die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, auf die sich, jedenfalls vom Eintritt des Erbfalls an, auch der begünstigte Erbe berufen kann (vgl. BVerfGE 99, 341 <349>), verletzt ist.

II.

Die Regelung der §§ 62, 55 FGG, auf der die angegriffenen Beschlüsse des Landgerichts und des Oberlandesgerichts beruhen, ist mit Art. 19 Abs. 4 GG insoweit unvereinbar, als sie denjenigen, die von einer durch den Rechtspfleger getroffenen Entscheidung in ihren Rechten betroffen sind, jede Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung dieser Entscheidung verwehrt.

1. Das Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet einen möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen die Verlet-

zung der Rechtssphäre des Einzelnen durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt (vgl. BVerfGE 8, 274 <326>; 67, 43 <58>; stRspr). Der Bürger hat einen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 –, Umdruck S. 24; stRspr).

Akte des Rechtspflegers gehören zur öffentlichen Gewalt im Sinne dieser Regelung. Soweit sie in Rechte des Bürgers eingreifen, müssen auch diese Akte vollständig, das heißt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (vgl. BVerfGE 35, 263 <274>), der richterlichen Prüfung unterstellt werden können.

Die Möglichkeit, gegen Entscheidungen des Rechtspflegers den Richter anzurufen, ist zwar regelmäßig durch § 11 RPfG eröffnet. Im Anwendungsbereich des § 55 FGG ist diese Möglichkeit aber ab dem Zeitpunkt, in dem die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist, abgeschnitten. Das kann zur Folge haben, dass eine richterliche Überprüfung der Rechtspflegerentscheidung faktisch nicht möglich ist. Dies wird im Fall einer Doppelbevollmächtigung des Notars, wie vorliegend, besonders deutlich. Hier kommt es nicht einmal zu einem nennenswerten „Schwebezustand“, während dessen die Genehmigung zwar erteilt, aber noch nicht wirksam ist.

Die Rechtsschutzgewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG erfordert zwar keine voraussetzungslose und zeitlich unbegrenzte Zugänglichkeit des Rechtswegs. Die Ausgestaltung der Voraussetzungen und Bedingungen des Zugangs zum Gericht bleibt vielmehr den jeweils geltenden Prozessordnungen überlassen (vgl. BVerfGE 40, 237 <256>; 54, 94 <97>). Dabei kann der Gesetzgeber auch Regelungen treffen, die für ein Rechtsschutzbegehren besondere formelle Voraussetzungen aufstellen und sich dadurch für den Rechtssuchenden einschränkend auswirken. Der Anspruch des Einzelnen auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle darf aber nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (vgl. BVerfGE 88, 118 <123 f.>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27.10.1999 – 1 BvR 385/90 –, Umdruck S. 27; stRspr).

In einer Konstellation wie der vorliegenden ist der Rechtsweg gegen die Entscheidung des Rechtspflegers von Anfang an versperrt. Es handelt sich der Sache nach nicht nur um eine Rechtswegerschwerung, sondern um einen Rechtswegausschluss. Wo aber eine Zugangsbeschränkung – jedenfalls faktisch – zu einem Ausschluss des Rechtsweges führt, ist die Grenze der Ausgestaltungsmöglichkeiten durch den Gesetzgeber überschritten. Art. 19 Abs. 4 GG steht zwar – unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zugangserschwernissen nicht entgegen, verbietet aber in jedem Fall den vollständigen Rechtswegausschluss. Auch Belange der Rechtssicherheit können diesen nicht rechtfertigen.

2. In dem Umfang, in dem die Regelung der §§ 62, 55 FGG einen solchen faktischen Rechtswegausschluss zur Konsequenz hat, verstößt sie somit gegen Art. 19 Abs. 4 GG. Angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts kann den dargelegten Einwänden auch nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung Rechnung getragen werden. Dass nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung die Unanfechtbarkeit der Entscheidung des Rechtspflegers in Fällen „greifbarer Gesetzeswidrigkeit“ durchbrochen werden kann, reicht zur Gewährleistung des von Art. 19 Abs. 4 GG geforderten effektiven Rechtsschutzes nicht aus. Denn Art. 19 Abs. 4 GG garantiert den Rechtsweg prinzipiell bei jeder Verletzung eigener Rechte des Betroffenen durch die öffentliche Gewalt, nicht nur bei groben Rechtsverstößen.

3. Die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Beschlüsse des Landgerichts und des Oberlandesgerichts ergibt sich aus der Verfassungswidrigkeit der Regelung der §§ 62; 55 FGG, die diesen Beschlüssen zugrunde liegt. Die Beschlüsse sind demgemäß aufzuheben.

III.

Die Verfassungswidrigkeit der §§ 62, 55 FGG führt nicht zur partiellen Nichtigkeit der Bestimmungen. Diese sind vielmehr lediglich für unvereinbar mit Art. 19 Abs. 4 GG zu erklären.

1. Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, so ist sie grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG). Etwas anderes gilt jedoch, wenn der verfassungswidrige Teil der Norm nicht klar abgrenzbar ist, wenn die Verfassungswidrigkeit darin besteht, dass eine Personen- oder Fallgruppe nicht einbezogen worden ist, oder wenn der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen (vgl. BVerfGE 92, 158 <186>).

Im vorliegenden Fall scheidet eine Nichtigerklärung aus, weil dem Gesetzgeber unterschiedliche Möglichkeiten zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit offen stehen. So kann er etwa vom Rechtspfleger getroffene Entscheidungen aus dem Anwendungsbereich der §§ 62, 55 FGG herausnehmen und auf diese Weise eine richterliche Kontrolle der Entscheidung in der Beschwerdeinstanz ermöglichen. Er kann auch durch geeignete Regelungen dafür sorgen, dass in Fällen wie dem vorliegenden die zum faktischen Rechtswegausschluss führenden Rechtsfolgen der §§ 62, 55 FGG nicht eintreten, bevor den Betroffenen Gelegenheit gegeben worden ist, eine Überprüfung durch den Richter herbeizuführen. Dies könnte durch die Einführung eines Rechtsinstituts geschehen, das dem in der Rechtsprechung der Fachgerichte im Erbscheinsverfahren und im Verfahren zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses seit langem anerkannten so genannten Vorbescheid entspricht (vgl. BGHZ 20, 255 ff.; BayObLGZ 1965, 86 ff.; OLG Hamm, OLGZ 1970, 117 ff.). Hierbei handelt es sich um eine Zwischenentscheidung, mit der der Erlass der beabsichtigten Entscheidung – im Erbscheinsverfahren die Erteilung eines bestimmten Erbscheins – angekündigt wird, wenn nicht innerhalb einer gesetzten Frist ein Rechtsmittel eingelegt wird. Ein solcher Vorbescheid wird im vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahren bislang allgemein zwar für unzulässig erachtet (vgl. BayObLGZ 1958, 171 ff.; BayObLG, FamRZ 1983, S. 92 ff.; Jansen, FGG, 2. Bd., 2. Aufl. 1970, § 55 Rdnr. 5; Engelhardt, a.a.O., Rdnr. 9 m.w.N.). Sofern er gesetzlich eingeführt würde, wäre jedoch auch er ein geeignetes Mittel, um in Fällen der vorliegenden Art die bestehende verfassungswidrige Lücke im Rechtsschutzsystem zu schließen.

2. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG Rechnung tragende Regelung zu schaffen. Bis zu einer Neuregelung ist in Verfahren der vorliegenden Art der zuständige Rechtspfleger von Verfassungen wegen verpflichtet, vor Erlass einer in den Anwendungsbereich der §§ 62, 55 FGG fallenden Verfügung diese durch einen beschwerdefähigen Vorbescheid anzukündigen, wenn erkennbar ist, dass die beabsichtigte Entscheidung Rechte Dritter berührt, denen sonst der Rechtsweg gegen die Entscheidung selbst – jedenfalls faktisch – versperrt wäre.

2. BGB §§ 139, 313 Satz 2 (*Heilung bei formnichtigem Kaufvertrag über mehrere Grundstücke*)

Werden mehrere Grundstückskaufverträge als einheitliches Geschäft abgeschlossen, ohne dass die Verknüpfung der einzelnen Verträge beurkundet wird, tritt die Heilung des Formmangels erst ein, wenn der Erwerber hinsichtlich aller Verkaufsflächen als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden ist.

BGH, Urteil vom 7.4.2000 – V ZR 83/99 – mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

3. BGB, §§ 139, 313 Satz 1 (*Formbedürftigkeit einer Verrechnungsabrede*)

a) Eine Vereinbarung, dass der Grundstückskaufpreis durch „Verrechnung“ mit bestimmten Forderungen des Käufers erbracht werden soll, ist urkundungsbedürftig.

b) Die Formnichtigkeit einer Kaufpreisverrechnungsabrede lässt die Wirksamkeit des übrigen Kaufvertrages unberührt, wenn der Käufer die Belegung des Kaufpreises zu beweisen vermag.

BGH, Urt. v. 17.3.2000 – V ZR 362/98 – mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

4. BGB §§ 151, 398 (*Annahme eines Angebotes auf Forderungsabtretung*)

a) Für die Annahme eines lediglich vorteilhaften Angebots reicht es nach § 151 Satz 1 BGB gewöhnlich aus, dass dieses zugeht und nicht durch eine nach außen erkennbare Willensäußerung des Begünstigten abgelehnt wird.

b) Zur Bestimmbarkeit der Vorausabtretung nachrangiger Teile einer Forderung ohne namentliche Benennung der vorrangigen Gläubiger und ohne betragsmäßige Bezeichnung der an sie abgetretenen Forderungsteile in der Abtretungsurkunde.

BGH, Urteil vom 12.10.1999 – XI ZR 24/99 – mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Kläger gewährten nach ihren Angaben unabhängig voneinander dem Arzt Dr. M. mehrere Darlehen. In vier fast gleichlautenden notariellen Urkunden vom 29.11.1995 erkannte dieser ohne Angabe eines Rechtsgrundes an, den Klägern bestimmte unterschiedliche Beträge zu schulden. Gleichzeitig unterwarf er sich der sofortigen Zwangsvollstreckung, ließ den Klägern durch den Notar jeweils eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen und trat zur Sicherung einen dem Schuldanerkenntnis entsprechenden Teil der Kaufpreisforderung aus dem geplanten Verkauf seiner Kassenarzt-Praxis an die Kläger ab. Die Abtretung der Forderungsteile erfolgte dabei jeweils zu einem unterschiedlichen Rang ohne namentliche Bezeichnung der vorrangigen Gläubiger und der an sie abgetretenen Forderungsbeträge. Nach Abschluss des Kaufvertrages wurde die Kaufpreisforderung von der beklagten Sparkasse gepfändet.

Mit der Klage nehmen die Kläger die Beklagte auf Freigabe des vom Käufer hinterlegten Kaufpreisbetrages in Höhe von insgesamt 119.500 DM zuzüglich Zinsen in Anspruch. Die Beklagte begehrt im

Wege der Widerklage von den Klägern die Freigabe des gesamten Kaufpreises.

Die Beklagte, die sich im ersten Rechtszug hauptsächlich auf die Unwirksamkeit der Abtretungsverträge insbesondere wegen fehlender Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderungsteile berufen hat, hat im Berufungsverfahren vorgetragen, die Abtretungsangebote seien jedenfalls nicht vor der Pfändung der Kaufpreisforderung angenommen worden.

Das Landgericht hat der Klage Zug um Zug gegen Freigabe des restlichen hinterlegten Kaufpreisbetrages an die Beklagte stattgegeben und deren Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die von den Klägern eingelegte Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

a) Nach der Vorschrift des § 151 Satz 1 BGB kommt ein Vertrag durch die Annahme des Antrages zustande, ohne dass die Annahme gegenüber dem Antragenden erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet hat. Eine derartige Verkehrssitte besteht – nach dem Vorbild des § 516 Abs. 2 BGB – im allgemeinen bei unentgeltlichen Zuwendungen und für den Antragsempfänger lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäften. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist daher etwa für die Annahme eines selbständigen Garantieverprechens (BGHZ 104, 82, 85 m.w.N.), eines Schuldbeitritts (BGH, Urteil vom 28.10.1993 – VII ZR 192/92, WM 1994, 303, 305 f.) oder einer Bürgschaft (BGH, Urteil vom 6.5.1997 – IX ZR 136/96, WM 1997, 1242) eine ausdrückliche oder konkludente Erklärung gegenüber dem Antragenden nicht erforderlich. Für das mit einem abstrakten Schuldanerkenntnis verbundene Angebot zur Abtretung einer Forderung kann nichts anderes gelten.

b) Allerdings bedarf es für das Zustandekommen des Vertrages auch in den Fällen des § 151 Satz 1 BGB der Annahme, d.h. eines als Willensbetätigung zu wertenden, nach außen hervortretenden Verhaltens des Angebotsempfängers, aus dem sich dessen Annahmewille unzweideutig ergibt (BGHZ 74, 352, 356; 111, 97, 101; BGH, Urteil vom 6.5.1997, a.a.O. m.w.N.). In welchen Handlungen eine ausreichende Betätigung des Annahmewillens zu finden ist, kann grundsätzlich nur in Würdigung des konkreten Einzelfalles entschieden werden. Dabei ist mangels Empfangsbedürftigkeit der Willensbetätigung nicht auf den Empfängerhorizont (§ 157 BGB), sondern darauf abzustellen, ob das Verhalten des Angebotsadressaten vom Standpunkt eines unbeteiligten objektiven Dritten aufgrund aller äußeren Indizien auf einen „wirklichen Annahmewillen“ (§ 133 BGB) schließen lässt (BGHZ 111, 97, 101). Ein solcher Schluss ist entsprechend den Regelungen des § 516 Abs. 2 BGB gewöhnlich gerechtfertigt, wenn der Erklärungsempfänger das für ihn lediglich vorteilhafte Angebot nicht durch eine nach außen erkennbare Willensäußerung abgelehnt hat. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in dem zitierten Urteil vom 6. Mai 1997 (IX ZR 136/96, a.a.O.) entschieden, dass es als Betätigung des endgültigen Annahmewillens in aller Regel ausreicht, wenn dem abwesenden Gläubiger die Bürgschaftsurkunde zugeschickt wird und er sie behält. Nichts spricht dafür, die Rechtslage bei einem den Sicherungsinteressen des Gläubigers dienenden Angebot des Schuldners zur Abtretung einer offenbar werthaltigen Forderung anders zu beurteilen.

c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist hier von einer erkennbaren Betätigung des Annahmewillens der

Kläger auszugehen. Der beurkundende Notar hat ihnen, wie den vorgelegten Urkundenablichtungen zu entnehmen ist, bereits einen Tag nach der Beurkundung der abstrakten Schuldanerkenntnisse und der Abtretungsangebote auf Veranlassung von Dr. M. vollstreckbare Ausfertigungen der Urkunden erteilt. Dass diese nicht zugegangen wären oder die Kläger ihnen widersprochen hätten, hat auch die Beklagte nicht behauptet. In dem Behalten der vollstreckbaren Ausfertigungen durch die Kläger liegt danach die Betätigung ihres Annahmewillens auch hinsichtlich der Abtretungsangebote.

III.

Das angefochtene Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Mit dem Einwand, die Vorausabtretungen seien nicht hinreichend bestimmbar und daher nichtig, vermag die Beklagte nicht durchzudringen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGHZ 7, 365, 368 f.; BGH, Urteil vom 16. März 1995 – IX ZR 72/94, WM 1995, 995, 996) ist eine Vorausabtretung künftiger Forderungen wirksam, wenn die einzelne Forderung spätestens im Zeitpunkt ihrer Entstehung nach Gegenstand und Umfang genügend bestimmbar ist. Zur Ausräumung von Zweifeln darf bei der Ermittlung der abgetretenen Forderungen oder Forderungsteile grundsätzlich auch auf Umstände außerhalb der gegebenenfalls auslegungsbedürftigen Abtretungsvereinbarungen zurückgegriffen werden. Gemessen an diesen Grundsätzen legen die Abtretungsvereinbarungen zwischen Dr. M. und den Klägern hinreichend fest, welche Forderungsteile an dem künftigen Verkaufserlös abgetreten sein sollten.

Allerdings handelt es sich bei den notariellen Abtretungserklärungen sämtlich um nachrangige Teilabtretungen einer bestimmten künftigen Kaufpreisforderung, bei denen die Zessionare der vorrangigen Teilabtretungen nicht namentlich genannt und die ihnen abgetretenen Forderungsteile nicht betragsmäßig bezeichnet sind. Dies steht aber, wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, einer hinreichenden Bestimmbarkeit nicht entgegen, weil die vorrangigen Abtretungserklärungen im Rahmen der Auslegung der nachrangigen berücksichtigt werden dürfen. Hierfür spricht insbesondere, dass die nachrangigen Abtretungserklärungen des Zedenten Dr. M. in allen Urkunden mit dem Satzteil „nach Zahlung von ... (zwei, drei, vier oder fünf) vorrangigen Beträgen an weitere Gläubiger“ auf die vorrangigen verweisen und damit ein unmittelbarer Bezug zwischen den Vorausabtretungen hergestellt ist. Hinzu kommt, dass alle Abtretungserklärungen von Dr. M. am selben Tag vor demselben Notar unmittelbar nacheinander (fortlaufende Urk.-Nummern) abgegeben wurden. Zwar sind bei der Wirksamkeitsprüfung grundsätzlich auch die schutzwürdigen Interessen des Schuldners in angemessener Weise zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 22.9.1965 – VIII ZR 265/63, WM 1965, 1049; OLG Dresden NJW-RR 1997, 1070, 1071 m.w.N.). Dass sich der Schuldner alle notariellen Urkunden vorlegen lassen muss, um zuverlässig feststellen zu können, wem er welche Beträge schuldet, ist aber für ihn mit keinem großen Aufwand verbunden und kann daher nicht als eine unzumutbare Belastung angesehen werden. Dass ein Teil der Forderungen der Kläger, wegen der die Abtretungen erfolgt sind, zu verzinsen ist, stellt ebenfalls kein Wirksamkeitshindernis dar, weil die Urkunden sowohl den Beginn der Zinszahlungsverpflichtung als auch deren Höhe genau bestimmen und der Schuldner daher im maßgeblichen Zeitpunkt der Entstehung seiner Verpflichtung in der Lage ist, die Höhe der Zinsforderungen sowie die abgetretenen Teilforderungen zu ermitteln.

5. BGB §§ 157, 436 (*Ergänzende Vertragsauslegung bei Grundstückskauf*)

Haben die Parteien eines Grundstückskaufs über die Kosten, die eine nicht vorhergesehene Privaterschließung nach sich zieht, keine Regelung getroffen, kann eine ergänzende Vertragsauslegung dazu führen, dass die gegenüber einer öffentlichen Erschließung entstehenden Mehrkosten von beiden Teilen gleichmäßig zu tragen sind (im Anschluss an Senatsurt. v. 16.1.1987, V ZR 242/85, NJW-RR 1987, 458).

BGH, Versäumnisurteil vom 18.2.2000 – V ZR 334/98 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 25.9.1989 kauften die Kläger von der Beklagten das Wohnungseigentum an einer Doppelhaushälfte in München. Zu den Erschließungskosten wurde vereinbart:

„Alle Kosten, die aufgrund von Maßnahmen der Erschließung anfallen, die bis zum Tag des Besitzübergangs ausgeführt werden, trägt der Verkäufer, außer die Kosten der Straßenerschließung von Norden her.

Alle Kosten für Maßnahmen der Erschließung, die ab dem Tag des Besitzübergangs ausgeführt werden, trägt der Käufer, außerdem die Kosten der Straßenerschließung von Norden her.

Hierbei ist es gleichgültig, wann und welchem Vertragsteil der Beitragsbescheid zugestellt wird.“

Der Teilungsvertrag über die Begründung von Wohnungseigentum vom 29.12.1988 beschränkte die verschiedenen Wohnungseigentümern zugewiesenen Sondernutzungsrechte am Grundstück dahin, dass anderen Miteigentümern über eine Wegefläche der Zugang zu ihrem Sondereigentum gestattet wurde, „solange nicht der Zugang von der Nordseite des Grundstücks möglich ist“. Das galt auch für das von den Klägern gekaufte Wohnungseigentum und sollte eine Zufahrt von Süden her ermöglichen. Mit Vertrag vom 26.9./2.10.1996 übertrug die Stadt München verschiedenen Anliegern, darunter den Klägern, die Straßenauslast für die Anbindung von Norden.

Die Kläger haben vorgetragen, die Beklagte habe ihnen vorgetäuscht, die Zufahrt von Süden sei endgültig. Die Privaterschließung von Norden her werde sie mit anteiligen Kosten von 60.000 DM bis 80.000 DM belasten, bei einer Erschließung durch die Stadt wären Anliegerbeiträge von höchstens 15.000 DM angefallen. Die Kläger haben die bereits entstandenen Kosten der Privaterschließung geltend gemacht, die sie in erster Instanz mit 2.542,86 DM, in zweiter Instanz mit 26.111,61 DM beziffert haben. Außerdem haben sie die Feststellung verlangt, dass ihnen die Beklagte weiteren Schaden zu ersetzen habe.

Die Klage ist in den Tatsacheninstanzen erfolglos geblieben. Die Revision hatte zum Teil Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

II.

(...)

3. Das Berufungsgericht verkennt jedoch, dass der Kaufvertrag der Parteien die Frage, wer die Mehrkosten einer privaten Erschließung zu tragen hat, nicht regelt. Nach den im Berufungsurteil getroffenen Feststellungen ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um ein den Parteien nicht bekanntes und für sie auch nicht vorhersehbares Risiko handelte. Auf eine Vertragsauslegung, nach der auch nicht erkennbare, die Grundlagen des Geschäfts berührende, Kostenrisiken der Erschließung zu Lasten der Kläger gingen, stützt sich das Berufungsurteil nicht. Sie würde von den getroffenen Feststellungen auch nicht getragen. Ihr stünde zudem entgegen, dass die Parteien sich gerade veranlasst sahen, die Frage, ob die Zustimmung des Beitragsbescheides an die eine oder die andere Seite Bedeutung haben soll, (negativ) zu regeln. Der Senat ist bei einer vergleichbaren Sachlage von einer Regelungslücke

ausgegangen, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auszufüllen ist (Urt. v. 16.1.1987, V ZR 242/85, a.a.O.). Daran ist auch für den hier zu entscheidenden Fall festzuhalten.

Die ergänzende Auslegung kann der Senat selbst vornehmen, da weitere tatsächliche Feststellungen zur Auslegungsgrundlage nicht zu erwarten und Erfahrungswissen oder Verkehrsregeln nicht zu ermitteln sind (Senat, Urteil vom 12.12.1997, V ZR 250/96, BGHR BGB § 157, ergänzende Auslegung 22). Sie führt hier zu dem Ergebnis, dass die Parteien nach Treu und Glauben das seinerzeit fernliegende, in seinen Konsequenzen nicht absehbare Risiko als redliche Partner zu gleichen Teilen auf sich genommen hätten. Denn nach der für Austauschverträge geltenden Rentabilitätsvermutung (vgl. BGHZ 114, 113) ist davon auszugehen, dass Leistung und Gegenleistung der Parteien in einem ausgewogenen Verhältnis standen. Dem hierin zum Ausdruck kommenden Parteiwillen hat die ergänzende Auslegung Rechnung zu tragen. Dies führt zur Halbteilung. Die Kläger haben daher einen Anspruch darauf, dass die Beklagte die Mehrkosten der Privaterschließung zur Hälfte auf sich nimmt. Dieser Anspruch ist auf Erfüllung gerichtet, unterliegt mithin nicht der für Sachmängel geltenden Verjährung, auf die sich die Beklagte berufen hat (vgl. Senatsurteil vom 2.7.1993, V ZR 157/92, WM 1993, 2053 [= MittBayNot 1993, 359]).

(...)

Anmerkung

1. Regelungen über die gerechte Verteilung der Erschließungskosten zwischen den Parteien eines Grundstückskaufs scheinen immer mehr den Charakter eines Glücksspiels anzunehmen. Gründe dafür sind die nahezu vollständige Ignorierung des Grundstücksverkehrs durch das Erschließungsbeitragsrecht¹, das Fehlen einer speziellen Regelung im BGB, häufige Abrechnungsfehler der Gemeinden und die Höhe der Kosten, die letztlich kein Vertragsteil tragen möchte. Der Verkäufer eines im Zeitungsinserat „voll erschlossenen“ Grundstücks wird jammern, wenn er Jahre nach dem Verkauf noch Beitragsbescheide bezahlen soll, der Käufer wird nicht einsehen, wieso er für Maßnahmen, die in der Vergangenheit durchgeführt wurden, noch Geld aufwenden soll, selbst wenn das der Kaufvertrag eindeutig so vorsieht. Der Notar soll gleichwohl nach der Rechtsprechung des 9. Senats des BGH² verpflichtet sein, mit den Beteiligten die Problematik nicht abgerechneter Erschließungsbeiträge zu erörtern und, was von ihm nahezu Übermenschliches verlangt, klüger zu sein als der Gesetzgeber und eine gerechte Regelung vorzuschlagen³. Besonders schwierig ist das in den „Mangelfällen“, in denen die ohnehin komplizierte Abrechnung durch ein „ungewöhnliches Ereignis“ einen anderen Verlauf nimmt. Einen solchen Fall hatte der 5. Senat des BGH nunmehr zum wiederholten Male zu entscheiden. Die Rechtsprechung dieses für Grundstücksangelegenheiten zuständigen Senats zeichnet sich seit langen Jahren durch eine für die Vertragsgestaltung erfreuliche dogmatische Klarheit verbunden mit großer Praxisnähe aus.

2. Der Sachverhalt der Entscheidung lässt sich nur erahnen. Ein Grundstück, das wohl bereits über eine Zufahrt verfügte, sollte nach den Planungen der Gemeinde eine weitere Er-

¹ § 133 Abs. 3 S. 2 BauGB bildet hiervon keine Ausnahme, da diese Bestimmung nur die Abrechnung der Gemeinde erleichtern soll.

² BGH, NJW 1994, 2283.

³ Krit. bereits *Grziwotz*, NJW 1995, 641.

schließung von Norden erhalten⁴. 17 Jahre später (!) übertrug die Stadt den Anliegern die Straßenbaulast für diese Straße, die diese sodann in eigener „Regie“ herstellten. Die Stadt hatte vor dem Widerstand anderer Grundstückseigentümer kapituliert. Offenbar hatten andere Grundstückseigentümer sich gegen die für sie mit Kosten verbundene weitere Erschließungsanlage gewehrt. Erklärlich wird danach auch, wieso die private Herstellung erheblich teurer wurde als die Herstellung durch die Kommune. Grund ist wohl die geringere Zahl der beteiligten Eigentümer. Dunkel bleibt der Vorgang, der der vertraglichen Übertragung der Straßenbaulast zugrunde lag. Denkbar wäre eine „Umwidmung“ der öffentlichen Straße zu einem Eigentümerweg. Unabhängig von den Einzelheiten dieses Vorgangs ist die Lösung des BGH salomonisch: Die gegenüber der „erhofften“ öffentlichen Erschließung entstandenen Mehrkosten werden zwischen Verkäufer und Käufer hälftig geteilt⁶.

3. Ob der Halbteilungsgrundsatz bei dem zu entscheidenden Sachverhalt zwingend war, ist fraglich. Der Senat knüpft an eine frühere Entscheidung an, in der im Wege der Vertragsauslegung die Zuordnung von Erschließungskosten, die aus einem Erschließungsvertrag resultierten, vorgenommen worden war⁷. Wie dort kommt es auf die Frage der Risikoordnung an. Entscheidend ist, wem der Erschließungsvorteil zugute kommt⁸. Den in der notariellen Urkunde enthaltenen Halbsatz „außer den Kosten der Straßenerschließung von Norden her“ könnte man, da er nicht von einer Durchführung der Erschließungsmaßnahme durch die Gemeinde ausgeht, durchaus auch als Übernahme dieser Kosten durch den Erwerber des Grundstücks verstehen. Fraglich ist zudem, ob nicht die Kostenübernahme durch die Kläger gegenüber der Stadt zu einer „Mehrbelastung“ des Beklagten führt. Der BGH⁹ hat in einer Entscheidung zum Erschließungsrecht zu einer Vertragsklausel, in der eine sog. „Ausbauzustandslösung“ geregelt wurde, die Ansicht vertreten, dass der nach den vertraglichen Vereinbarungen nicht Zahlungspflichtige gegen Bescheide der Kommune auf Kosten des anderen Teils Rechtsbehelfe einlegen müsse. Im entschiedenen Fall hätte man ebenso fragen müssen, ob nicht das häufig politisch motivierte Nachgeben der Gemeinde, die entgegen der eindeutigen Rechtslage Grundstückseigentümer nicht mit Kosten einer Mehrfacherschließung belasten möchte, zu der Mehrbelastung geführt hat. Hätten die Kläger hierauf nicht eingehen müssen, können sie die durch ihr Verhalten entstandenen Mehrkosten schwerlich (zur Hälfte) auf die Beklagten abwälzen. Denkbar ist dies, wenn den Klägern ausnahmsweise ein Anspruch auf Erschließung zugestanden hätte. Zu einer Verdringung der Erschließungslast hätte insbesondere die Erteilung einer Baugenehmigung durch die Stadt, die auch Baugenehmigungsbehörde ist, führen können¹⁰.

4. Gestaltungsmöglichkeiten, die einen derartigen Rechtsstreit vermeiden helfen, sind kaum denkbar. Der Verfasser dieser Anmerkung hat selbst in einem komplizierten Fall nach Rücksprache bei der Gemeinde unter Heranziehung der in der Literatur und Rechtsprechung verwendeten Terminologie und Grundsätze eine Regelung entworfen, die später dennoch zum Streit führte. Grund war, dass die Gemeinde falsch abrechnete, die Beteiligten dies zunächst nicht bemerkten, deshalb gegen die Bescheide keine Rechtsbehelfe einlegten und es erst bei der späteren Abrechnung zum Streit zwischen ihnen kam. Der Notar muss jedoch von einem rechtmäßigen Verhalten insbesondere beitragshebender öffentlich-rechtlicher Körperschaften ausgehen. Die Palette denkbarer Fehler bei der Abrechnung von Erschließungskosten kann er selbst bei einer mehrseitigen Regelung nicht vollständig erfassen¹¹. Im vorliegenden Fall war kaum absehbar, dass sich die Gemeinde und die Grundstückskäufer in einer nach 17 Jahren gefundenen Lösung des nördlichen Erschließungsproblems auf eine private Zufahrt einigen würden.

Für die Vertragsgestaltung lassen sich nur zwei Hinweise geben. Das Problem der späteren Aufhebung eines Beitragsbescheides, bei der eine Erstattung nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen an den Verkäufer und früheren zahlungspflichtigen Eigentümer zu erfolgen hat, lässt sich durch eine Abtretung etwaiger Erstattungsbeträge an den Käufer lösen, falls dieser diese Kosten zu tragen hat¹².

Formulierungsvorschlag:

Vorausleistungen und etwaige Erstattungsansprüche aufgrund aufgehobener Bescheide werden an den Erwerber abgetreten und sind mit dessen endgültiger Beitragsschuld zu verrechnen, und zwar auch dann, wenn überschüssige Leistungen zu erstatten sind. Die Vertragsteile werden die Abtretung der Gemeinde selbst anzeigen.

Allerdings besteht insoweit das von Vorauszahlungen bekannte Problem der Form der Anzeige der Abtretung¹³.

Ob die Erschließungskostenregelung wegen des entschiedenen Falls allgemein um einen Satz ergänzt werden sollte, dass die Kostenverteilung auch für den Fall „einer nicht beitragsrechtlichen“ Abrechnung gelten soll, ist Geschmackssache¹⁴. Die notariellen Urkunden werden dadurch für die Beteiligten kaum verständlicher. Eine entsprechende Formulierung könnte lauten:

Die vorstehende Kostenverteilung gilt im Verhältnis der Vertragsteile auch, wenn eine Abrechnung nicht durch Beitragsbescheid der Gemeinde¹⁵, sondern z. B. auf privatrechtlicher Grundlage oder aufgrund einer Vereinbarung zwischen Grundstückseigentümer und Gemeinde erfolgt.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

⁴ Vgl. das Urteil der Berufungsinstanz OLG München, Urt. v. 10.7.1998 – 21 U 1537/98, S. 6 unten. Zur Mehrfacherschließung eines Grundstücks s. nur *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeträge, 5. Aufl., 1999, § 17 Rdnr. 89 ff.

⁵ Art. 53 Nr. 3 u. 55 BayStrWG.

⁶ Diese „Vergleichs-Lösung“ versucht die „final-offer-arbitration“ im schiedsgerichtlichen Verfahren auszuschließen. Vgl. dazu nur *Eidenmüller*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation*, 2000, § 2 Rdnr. 29.

⁷ BGH, NJW-RR 1997, 458. Vgl. zur Freistellung auch OLG Köln, NJW-RR 1998, 1167.

⁸ Vgl. BGH, DNotZ 1994, 52/54.

⁹ DNotZ 1993, 328.

¹⁰ S. nur *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, *BauGB*, 7. Aufl. 1999, § 123 Rdnr. 6.

¹¹ Auch die Neuauflage (3. Aufl. 2000) des Beck'schen Notar-Handbuchs, A I Rdnr. 149 ff. behandelt deshalb den streitgegenständlichen Fall nicht.

¹² BGH, MittBayNot 1988, 121 lässt allerdings vermuten, dass auch die Rechtsprechung im Wege der Auslegung zu diesem Ergebnis kommen wird.

¹³ Vgl. bereits *Grziwotz*, MittBayNot 1989, 9 ff.

¹⁴ Auf die Möglichkeit der Abrechnung der Wasserversorgung nach der AVBWasserV sei hier nur hingewiesen.

¹⁵ Ggfs. muss eine andere beitragshebende Körperschaft z. B. ein Zweckverband ergänzt werden.

6. BGB § 459 Abs. 2 (*Angabe der Grundstücksgröße als Eigenschaftszusicherung*)

Verkauft ein Bauträger noch zu vermessende Grundstücksflächen und gibt er dabei im notariellen Kaufvertrag die ungefähre Größe dieser Flächen an, so kann die Flächenangabe eine Zusicherung der Grundstücksgröße i.S.d. § 468 BGB darstellen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 8.5.2000 – 9 U 192/99 – mitgeteilt von *Johannes Gode*, Richter am OLG

7. WEG § 10 Abs. 2, 15; GBO § 19 (*Löschung von Sondernutzungsrechten*)

Zur Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechts genügt die Bewilligung des Sondernutzungsberechtigten und etwaiger dinglich Berechtigter an dessen Wohnungseigentum (Vorlage an den BGH wegen Abweichung von OLG Düsseldorf FGPrax 1995, 187).

BayObLG, Beschluss vom 30.3.2000 – 2Z BR 18/00 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte ist im Wohnungsgrundbuch als Eigentümerin einer Wohnung eingetragen. Das Wohnungseigentum ist lastenfrei. Zugunsten der Beteiligten sind als Inhalt des Sondereigentums zwei in der Teilungserklärung begründete Sondernutzungsrechte im Grundbuch eingetragen.

Mit notariellen Urkunden vom 29.1.1999/28.7.1999 hat die Beteiligte auf ihre Sondernutzungsrechte verzichtet und bewilligt und beantragt, die entsprechende Änderung der Teilungserklärung im Grundbuch einzutragen. Den Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 10.6.1999 beanstanden; es hat die Vorlage der Zustimmungserklärungen aller Wohnungseigentümer und der im Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkungsberechtigten verlangt. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten durch Beschluss vom 12.11.1999 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde der Beteiligten ist gemäß 79 Abs. 2 GBO dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen. Der Senat ist der Auffassung, dass für die Löschung der im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechte die Bewilligung der Beteiligten genügt; da das Wohnungseigentum lastenfrei ist, erübrigt sich die Bewilligung dinglich Berechtigter. Er sieht sich an einer entsprechenden Entscheidung durch den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 19.7.1995 (FGPrax 1995, 187 [= DNotZ 1996, 674]) gehindert; dieses hat entschieden, dass die einseitige Aufgabeerklärung des Berechtigten nicht ausreiche, um ein im Grundbuch eingetragenes Sondernutzungsrecht zu löschen.

1. Die Abänderung oder Aufhebung eines Sondernutzungsrechts bedarf materiellrechtlich der Einigung aller Wohnungseigentümer und der Zustimmung derjenigen dinglich Berechtigten, deren Rechtsstellung nachteilig berührt wird (OLG Düsseldorf FGPrax 1995, 187; *Demharter* FGPrax 1996, 6; *Schneider* Rpfleger 1998, 53/56; *Böhringer* NotBZ 1999, 154/162).

2. Hier ist aber nicht darüber zu entscheiden, was materiellrechtlich zur Aufhebung von im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechten erforderlich ist. Es geht allein darum, unter welchen grundbuchrechtlichen Voraussetzungen Sondernutzungsrechte im Grundbuch gelöscht werden können.

Gemäß § 19 GBO wird das grundbuchrechtliche Eintragungsverfahren vom Grundsatz des formellen Konsensprinzips beherrscht. Von dem Ausnahmefall des § 20 GBO abgesehen, hat das Grundbuchamt danach nicht zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die materiellrechtliche Wirksamkeit einer zur Eintragung beantragten Rechtsänderung vorliegen. Es hat sich vielmehr mit der Bewilligung derjenigen zu begnügen, deren Recht von der Eintragung betroffen wird. Dieser Grundsatz gilt auch für die Löschung eines Sondernutzungsrechts, die dadurch bewirkt wird, dass die Änderung der zugrunde liegenden Vereinbarung eingetragen wird. Bei der Frage, ob Rechte von der Eintragung betroffen werden, kommt es darauf an, dass ein grundbuchmäßiges Recht rechtlich und nicht bloß wirtschaftlich beeinträchtigt wird oder werden kann. Durch die Löschung eines eingetragenen Sondernutzungsrechts wird nur das Wohnungseigentum des Sondernutzungsberechtigten beeinträchtigt; nicht nachteilig betroffen werden dagegen die Rechte der übrigen Wohnungseigentümer. Durch die Einräumung eines Sondernutzungsrechts tritt bei diesen ein Rechtsverlust ein; sie werden von dem aus dem Miteigentum fließenden Recht zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums in dem Umfang ausgeschlossen, in dem einem Wohnungseigentümer das Recht zum alleinigen Gebrauch eingeräumt wird. Mit der Aufhebung des Sondernutzungsrechts wächst ihnen dieses Recht wieder zu. Verlierender Teil ist somit allein der Sondernutzungsberechtigte. Die übrigen Wohnungseigentümer werden möglicherweise wirtschaftlich, aber nicht rechtlich beeinträchtigt. Die Eintragung eines Sondernutzungsrechts im Grundbuch bewirkt lediglich, dass der Sondernachfolger eines anderen Wohnungseigentümers das Sondernutzungsrecht gegen sich gelten lassen muss (§ 10 Abs. 2 WEG). Durch die Löschung entfällt diese Wirkung. Ebenso wenig wie für die Wirksamkeit der ein Sondernutzungsrecht begründenden Vereinbarung die Grundbucheintragung erforderlich ist, berührt die Löschung die Wirksamkeit der Vereinbarung. Durch die Löschung wird damit allein der Sondernutzungsberechtigte nachteilig betroffen, weil er dem Sondernachfolger eines anderen Wohnungseigentümers das Sondernutzungsrecht nicht mehr entgegenhalten kann (*Demharter* FGPrax 1996, 6 f.).

Entgegen der Auffassung des OLG Düsseldorf hätte sich hier das Grundbuchamt somit mit der Bewilligung der Beteiligten begnügen müssen; es hätte nicht die Vorlage der Zustimmungserklärungen aller Wohnungseigentümer und der im Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkungsberechtigten verlangen dürfen (*Demharter* GBO 23. Aufl. Anhang zu § 3 Rdnr. 61; *Meikel/Ebeling* Grundbuchrecht 8. Aufl. § 3 WGBV Rdnr. 31; *Demharter* FGPrax 1996, 6 f.; *Böttcher* BWNNotZ 1996, 80/92; *Schneider* Rpfleger 1998, 53/59; *Böhringer* NotBZ 1999, 154/162; a.A. *Bauer/v. Oefele* Grundbuchordnung AT V 337 i.V.m. Fn. 860; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 2982b i.V.m. Fn. 87).

3. Wie bereits ausgeführt ist hier nicht zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die materiellrechtliche Wirksamkeit einer zur Eintragung beantragten Rechtsänderung vorliegen. Die Möglichkeit einer nur vorübergehenden Unrichtigkeit des Grundbuchs bis zur nachholbaren materiellrechtlichen Einigung aller Wohnungseigentümer über die Aufhebung des Sondernutzungsrechts ist kein Hinderungsgrund für die Eintragung (*Demharter* Anhang zu § 13 Rdnr. 29 und 30).

4. Im Hinblick auf den Beschluss des OLG Düsseldorf hängt die Entscheidung von der unterschiedlichen Auslegung bundesrechtlicher Vorschriften (§§ 71, 78 GBO) ab; die weitere Beschwerde ist deshalb dem Bundesgerichtshof vorzulegen.

8. BGB § 890; WEG § 22; GBO § 5 (*Vereinigung von Wohnungseigentum*)

1. **Ein Wohnungseigentümer kann zwei in seinem Eigentum stehende Wohnungseigentumsrechte ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer vereinigen; das durch die Vereinigung neu gebildete Wohnungseigentum braucht nicht in sich abgeschlossen zu sein. Er kann auch von einem Wohnungseigentum einen Teil des Miteigentumsanteils und einen Teil des Sondereigentums abspalten und mit dem anderen Wohnungseigentum verbinden; auch hierzu bedarf er nicht der Mitwirkung anderer Wohnungseigentümer.**
2. **Sieht die Gemeinschaftsordnung vor, dass Dachgeschossräume, an denen Wohnungs- oder Teileigentum besteht, zu Wohnräumen ausgebaut und an die Ver- und Entsorgungsleitungen angeschlossen werden dürfen, schließt dies die Befugnis ein, das Wohnungs- oder Teileigentum als Wohnungseigentum auszugestalten und als Wohnung zu nutzen. Hierzu und zu den erforderlichen baulichen Veränderungen ist die Zustimmung anderer Wohnungseigentümer nicht erforderlich.**

BayObLG, Beschluss vom 23.3.2000 – 2Z BR 167/99 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Der Antragsteller ist Miteigentümer der im Erdgeschoß gelegenen Eigentumswohnung Nr. 3.1. Die Wohnanlage wurde durch Teilungserklärung vom 14.12.1990, geändert durch Nachträge vom 17.12.1991 und 13.3.1995, begründet. Die Antragsgegnerin und die weiteren Beteiligten sind die übrigen Wohnungseigentümer.

In § 10 der als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung (Anlage II zur Teilungserklärung vom 14.12.1990) ist unter anderem bestimmt, dass sich der teilende Eigentümer das Recht vorbehalte, die in einem Lageplan kenntlich gemachten Dachbodenräume einzelnen Sondereigentümern zur alleinigen Sondernutzung zuzuweisen; ferner ist bestimmt, dass die Dachbodenräume von den Sondernutzungsberechtigten als Wohnräume ausgebaut werden dürfen und dabei Änderungen am Dach und der Dachkonstruktion vorgenommen, insbesondere Dachfenster, Dachgauben, Dachterrassen, Loggien und dergleichen eingebaut werden dürfen.

In dem Nachtrag vom 17.12.1991 wurden unter anderem drei im Aufteilungsplan mit 3.16, 3.17 und 3.18 bezeichnete, jeweils aus einem Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an je einem Dachraum, bestehende Wohnungs- oder Teileigentumsrechte gebildet. In dem Nachtrag ist klargestellt, dass für die drei Wohnungs- oder Teileigentumsrechte die in § 10 der Gemeinschaftsordnung für die Dachbodenräume getroffenen Bestimmungen gelten. Mit dem Wohnungs- oder Teileigentum Nr. 3.16 ist das Sondernutzungsrecht an dem Kellerraum Nr. 3.13 und mit dem Wohnungs- oder Teileigentum Nr. 3.18 das Sondernutzungsrecht an dem Kellerraum Nr. 3.15 verbunden.

Der Antragsteller kaufte den Hälfteanteil an seiner Wohnung durch Vertrag vom 21.2.1992. Nr. XI des Vertrags enthält folgende Vollmacht:

Der Käufer bevollmächtigt hiermit den Verkäufer unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, also mit dem Recht, auch eigenen Namens oder für andere Beteiligte aufzutre-

ten, und über den Tod hinaus, bezüglich des in dieser Urkunde erworbenen Besitzes in seinem Namen folgende Handlungen und Rechtsgeschäfte vorzunehmen:

- a) ...
- b) ...
- c) ... solche Änderungen der Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung vorzunehmen, die dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegen, sein Sondereigentum unangetastet lassen und die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht wesentlich einschränken, insbesondere
 - aa) die Miteigentumsanteile anderer Miteigentümer zu ändern,
 - bb) andere Wohnungs- und Teileigentumseinheiten zu unterteilen und zu vereinigen,
 - cc) Räume, Flächen und Gegenstände aus dem Sondereigentum sowie Sondernutzungsrechte anderer Miteigentümer in das gemeinschaftliche Eigentum zu überführen und Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum oder Sondernutzungsrechte umzuwandeln,
 - dd) in der Teilungserklärung vorgesehene Sondernutzungsrechte zuzuweisen und durch Benützungsbefugnis zu sichern und den Grundbesitz bezüglich der Sondernutzungsrechtsflächen mit Dienstbarkeiten für Berechtigte außerhalb der Miteigentümergeinschaft zu belasten sowie Sondernutzungsrechtsflächen in Sondereigentum umzuwandeln,

Die Vollmacht kann nur aus gegebenem Anlass unter Angabe der Gründe widerrufen werden.

Durch Nachtrag vom 13.3.1995 wurden aus den drei Wohnungseigentums- oder Teileigentumsrechten Nr. 3.16, 3.17 und 3.18 zwei Wohnungen gebildet. Die Antragsgegnerin handelte dabei aufgrund der in den Kaufverträgen dem teilenden Eigentümer erteilten Vollmachten, die auf sie übertragen wurden. Im Juni 1997 begann die Antragsgegnerin mit den Umbauarbeiten zur Herstellung der beiden Wohnungen, in deren Zusammenhang unter anderem Wanddurchbrüche vorgenommen wurden.

Der Antragsteller hat beantragt, die Änderung der Teilungserklärung vom 13.3.1995 für nichtig zu erklären, das Grundbuch zu berichtigen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, auf ihre Kosten die im Zusammenhang mit der Änderung der Teilungserklärung vom 13.3.1995 vorgenommenen Baumaßnahmen zu beseitigen und den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. Das Amtsgericht hat die Anträge am 22.3.1999 zurückgewiesen. Das Landgericht hat durch Beschluss vom 20.9.1999 die sofortige Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen. Dagegen richtet sich dessen sofortige weitere Beschwerde, jedoch ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. Die Wirksamkeit der in dem Vertrag vom 21.2.1992 erteilten Vollmacht kann dahingestellt bleiben. Denn die Antragsgegnerin bedurfte weder zu der von ihr am 13.3.1995 vorgenommenen rechtlichen Umgestaltung der drei Wohnungs- oder Teileigentumsrechte noch zu der anschließenden tatsächlichen Veränderung durch Baumaßnahmen der Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer.

a) Die Antragsgegnerin hat in der Nachtragserklärung zunächst die Wohnungs- oder Teileigentumsrechte 3.16 und 3.17 vereinigt; sodann hat sie den Miteigentumsanteil und das Sondereigentum des Wohnungs- oder Teileigentums Nr. 3.18 teilweise von diesem abgetrennt und mit dem neu gebildeten Wohnungseigentumsrecht verbunden; schließlich wurden die verbleibenden beiden Einheiten Nr. 3.16 und 3.18 in Wohnungseigentum umgewandelt. Diese rechtlichen Veränderungen konnte die Antragsgegnerin als Alleineigentümer der drei

Wohnungs- oder Teileigentumsrechte ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer vornehmen.

(1) Ein Wohnungseigentümer kann nach allgemeiner Meinung zwei in seinem Eigentum befindliche Wohnungseigentumsrechte in entsprechender Anwendung der §§ 890 Abs. 1 BGB, § 5 GBO miteinander vereinigen, ohne dass er dazu der Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer bedarf (BayObLG ZMR 1999, 266, *Demharter* GBO 23. Aufl. § 5 Rdnr. 5, jeweils m.w.N.). Das durch die Vereinigung entstehende neue Wohnungseigentumsrecht braucht nicht in sich abgeschlossen zu sein (BayObLG, *Demharter*, je a.a.O.). Hier stellt aber das neugebildete Wohnungseigentumsrecht Nr. 3.16 eine in sich abgeschlossene Wohnung dar. Dies ergibt sich aus dem der Urkunde vom 13.3.1995 beiliegenden Aufteilungsplan und der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 22.6.1995.

(2) Zwei Wohnungseigentümer können ihre Miteigentumsanteile untereinander verändern, also den Miteigentumsanteil eines Wohnungseigentums zugunsten des Miteigentumsanteils eines anderen Wohnungseigentums verringern (BGH NJW 1976, 1976; KG FGPRax 1998, 94; *Demharter* Anhang zu § 3 Rdnr. 64). Außerdem können zwei Wohnungseigentümer Teile des Sondereigentums von einem Wohnungseigentum abtrennen und mit einem anderen verbinden (BayObLGZ 1984, 10; *Demharter* Anhang zu § 3 Rdnr. 64; *Staudinger/Rapp* WEG § 6 Rdnr. 19). Die Mitwirkung anderer Wohnungseigentümer ist zu diesen Vorgängen nicht erforderlich (BGH, BayObLG, KG, *Demharter* je a.a.O.; *Staudinger/Rapp* § 6 Rdnr. 20). Befinden sich die beteiligten Wohnungseigentumsrechte in einer Hand, kann der Eigentümer alleine die entsprechenden Änderungen vornehmen (BGH NJW 1976, 1976).

Dies ist hier durch die Antragsgegnerin geschehen. Von dem ursprünglichen Wohnungs- oder Teileigentum Nr. 3.18 wurde ein Teil des Miteigentumsanteils und ein Teil des Sondereigentums dem neu gebildeten Wohnungseigentum Nr. 3.16 zugeordnet. Die mit den ursprünglichen Wohnungs- oder Teileigentumsrechten Nr. 3.16 und 3.18 verbundenen Sondernutzungsrechte an je einem Kellerraum blieben unverändert den neuen Wohnungseigentumsrechten 3.16 und 3.18 zugeordnet. Ob es sich bei der Festlegung der neuen Einheiten 3.16 und 3.18 als Wohnungseigentum um eine Änderung der materiellen Zweckbestimmung handelt, nämlich um eine Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum, die der Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer bedürfte (BayObLGZ 1997, 233/236), kann dahinstehen. Denn in § 10 der Gemeinschaftsordnung ist bestimmt, dass die Dachgeschoßräume als Wohnräume ausgebaut und an die Ver- und Entsorgungsleitungen angeschlossen werden dürfen. In dem Nachtrag vom 17.12.1991 ist klargestellt, dass diese Befugnis auch und insbesondere für die Wohnungs- oder Teileigentumsrechte 3.16, 3.17 und 3.18 gilt. Die eingeräumte Befugnis, die Dachgeschoßräume als Wohnräume auszubauen, schließt das Recht ein, sie auch als Wohnungen zu nutzen. Damit ist die Notwendigkeit einer Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer bei der Umwandlung in Wohnungseigentum abbedungen (BayObLGZ 1989, 28/31; 1997, 233/236).

b) Die Antragsgegnerin hat im Anschluss an die rechtliche Umgestaltung der im Dachgeschoß gelegenen Wohnungseigentumsrechte entsprechende bauliche Veränderungen vorgenommen, insbesondere den Zugang vom Treppenhaus zu der ursprünglichen Einheit Nr. 3.17 geschlossen und eine Verbindung von der Einheit Nr. 3.16 zu dieser hergestellt (Mauerdurchbruch), ferner eine Wand zwischen den ur-

sprünglichen beiden Einheiten Nr. 3.17 und Nr. 3.18 versetzt. Diese und andere bauliche Veränderungen im Zusammenhang mit dem Ausbau der Dachgeschoßräume zu Wohnräumen bedurften hier deshalb nicht der an sich erforderlichen Zustimmung anderer Wohnungseigentümer gemäß § 22 Abs. 1 WEG, weil die Gemeinschaftsordnung diese Baumaßnahmen in § 10 erlaubt.

9. GBO 19; BGB 262 f., §§ 1113, 1115 (*Hypothek zur Absicherung einer Forderung aus Wahlschuldverhältnis*)

- 1. Eine Geldforderung kann durch eine Hypothek auch dann gesichert werden, wenn die geschuldete Leistung Gegenstand eines Wahlschuldverhältnisses ist.**
- 2. Wird eine Hypothek für eine aufschiebend bedingte Forderung bestellt, so ist in der Regel auch der Beginn der Verzinsungspflicht aufschiebend bedingt. Voraussetzung für die Eintragung ist nicht, dass sich der Eintritt der aufschiebenden Bedingung und damit der Zinsbeginn „anhand der Eintragungsbewilligung in Verbindung mit den jedermann zugänglichen Erkenntnisquellen“ ermitteln lässt. Es genügt, dass der höchstmögliche Umfang der Zinsbelastung aus dem Grundbuch ersichtlich ist (Anschluss an BayObLGZ 1999, 198).**

BayObLG, Beschluss vom 2.3.2000 – 2Z BR 183/99 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte zu 1, die Gemeinde R., verkaufte mit notariellem Vertrag vom 3.12.1998 im Rahmen des so genannten „Einheimischenmodells“ ein Grundstück an die Beteiligten zu 2. In Abschnitt 15 der Kaufvertragsurkunde ist bestimmt, dass die Erwerber das Grundstück auf die Dauer von zehn Jahren ab Vertragsabschluss nicht an Dritte weiterveräußern dürfen. Weiter heißt es, dass die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum „von der Gemeinde R. in diesem Baugebiet nicht gewünscht“ sei; die Beteiligten zu 2 verpflichten sich daher, „eine Aufteilung nach dem WEG bezüglich der Vertragsfläche samt dem dort bestehenden Gebäude auf die Dauer von zehn Jahren nicht durchzuführen“. Weiter ist in der Urkunde bestimmt:

Werden diese Verpflichtungen nicht eingehalten, so kann die Gemeinde R. nach ihrer Wahl innerhalb von zwei Jahren ab Kenntnis vom erfolgten Verstoß gegen vorstehende Vereinbarungen verlangen:

a)

dass das Grundstück samt Gebäude bzw. das Vertragsobjekt an sie oder einen von der Gemeinde benannten Erwerber übertragen wird, und zwar gegen Ersatz der Erstkosten

b)

oder dass der Erwerber an die Gemeinde eine Vertragsstrafe von 50.000,- DM

zu bezahlen hat, welche innerhalb von zwei Monaten nach dem Abschluss des Veräußerungsvertrages bzw. der Vornahme der Teilungserklärung zu entrichten ist. Zinsen fallen bis dahin nicht an. Danach ist dieser Betrag mit 8 % p.a. über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen, höchstens jedoch mit 18 % p.a. Diese Zinsen sind sofort nach der durch den Gläubiger erfolgten Kündigung fällig.

In Abschnitt 16 der Urkunde bewilligten die Beteiligten zu 2 zur Sicherung des Anspruchs der Beteiligten zu 1 auf Rückübertragung des Grundstücks die Eintragung einer Vormerkung; zur Sicherung des Anspruchs auf die Vertragsstrafe bestellten sie im gleichen Rang mit der Vormerkung eine Sicherungshypothek von 50.000 DM mit einem

Höchstzins von 18 % jährlich. Die Beteiligten zu 2 bewilligten in der Urkunde auch, die Vormerkung und die Sicherungshypothek in das Grundbuch einzutragen.

Nach Erklärung der Auflassung hat der Verfahrensbevollmächtigte gemäß § 15 GBO beantragt, diese und die in Abschnitt 16 der Urkunde vom 3.12.1998 bestellten Rechte in das Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat die Anträge mit Zwischenverfügung vom 20.10.1999 beanstandet. Der Beginn der Verzinsung der durch die Hypothek gesicherten Forderung müsse sich anhand der Eintragungsunterlagen zweifelsfrei bestimmen lassen. Außerhalb der Eintragungsbewilligung liegende Umstände dürften nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne weiteres erkennbar seien. Soweit die Verzinsungspflicht zwei Monate nach Abschluss des Veräußerungsvertrags bzw. Errichtung der Teilungserklärung beginne, könne ein nachrangig Berechtigter aber nicht anhand dieser Unterlagen schon bei Bestellung seines Rechts den Umfang der vorgehenden Sicherungshypothek abschätzen. Erforderlich sei daher eine Erklärung, mit der der Zinsbeginn nach den genannten Kriterien bestimmt oder bestimmbar angegeben werde.

Die Beteiligten haben gegen die Zwischenverfügung Beschwerde eingelegt, die das Landgericht zurückgewiesen hat. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten mit Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Eintragung der Verzinsungspflicht mit dem von den Beteiligten zu 2 bewilligten Inhalt steht kein Hindernis im Wege.

(...)

a) Die Bestellung einer Hypothek für eine Geldforderung aus einem Wahlschuldverhältnis ist zulässig, auch wenn nur eine der wahlweise geschuldeten Leistungen eine Geldzahlung darstellt (vgl. *Haegele/Schöner/Stöber* GBR 11. Aufl. Rdnr. 1931). Entgegen der Ansicht des Landgerichts stellt die Ausübung des Wahlrechts durch die Beteiligte zu 1 als Gläubigerin keine weitere, den Zinsbeginn betreffende Bedingung dar; sie bewirkt nur, dass sich das Schuldverhältnis nunmehr auf eine der geschuldeten Leistungen beschränkt, der bisher unbestimmte Gegenstand der Leistung bestimmt wird (vgl. *Staudinger/Selb* BGB 13. Aufl. § 262 Rdnr. 15). Die gewählte Leistung gilt dann nach § 263 Abs. 2 BGB als die von Anfang an allein geschuldete, so dass bei einer verzinslichen Forderung auch Zinsen von Anfang an verlangt werden können (vgl. OLG München NJW-RR 1998, 1189 f.). Dies ist nicht mit einer bedingten Forderung gleichzusetzen (*Staudinger/Selb* § 262 Rdnr. 9); der durch die Wahlschuld geschaffene Schwebezustand ist eher vergleichbar mit dem Rechtszustand bei einem etwa wegen noch fehlender Genehmigung schwebend unwirksamen Vertrag. Eine solche Rechtslage nimmt das Gesetz aber in Kauf.

b) Der Anspruch auf die Vertragsstrafe ist aufschiebend bedingt dadurch, dass die Beteiligten zu 2 das gekaufte Grundstück innerhalb von zehn Jahren an Dritte weiterveräußern oder gemäß § 8 Abs. 1 WEG in Wohnungs- oder Teileigentum aufteilen. Diese bedingte Forderung soll hier durch eine unbedingte Hypothek gesichert werden. Der Ansicht des Landgerichts, dass sich dies (bedingte Forderung/unbedingte Hypothek) aus der Eintragungsbewilligung nicht klar ergebe, vermag der Senat nicht zu teilen. Gemäß § 1113 Abs. 2 BGB kann eine Hypothek auch für eine bedingte Forderung bestellt werden. Bedingungen der in der Urkunde vereinbarten Art werden häufig bei Ansprüchen auf Rücküberweisung von Grundstücken vereinbart, die durch Auflassungsvormerkung

gesichert sind; sie begegnen unter dem Gesichtspunkt des das Grundbuchrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatzes auch keinen Bedenken bei Geldforderungen, die durch eine Hypothek gesichert werden sollen (vgl. BayObLGZ 1997, 246 f.).

c) Die aufschiebende Bedingung erstreckt sich auch auf die Zinsforderung; Zinsen in Höhe von jeweils 8 % über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank (seit dem 1.1.1999 Basiszinssatz, vgl. § 1 Abs. 1 des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes vom 9.6.1998, BGBl I S. 1242, i.V.m. der Basiszinssatz- und Bezugsgrößenverordnung vom 10.2.1999, BGBl I S. 139) sind nach Abschnitt 15b der Vertragsurkunde von einem Zeitpunkt an zu entrichten, der zwei Monate nach Abschluss des Veräußerungsvertrags oder Errichtung der Teilungserklärung liegt; damit ist auch der Zinsbeginn von einem künftigen ungewissen Ereignis, also von einer Bedingung, abhängig gemacht.

d) Der Inhalt eines dinglichen Rechts muss bestimmt oder eindeutig bestimmbar sein. Bei einer Hypothek zur Sicherung einer verzinslichen Forderung oder bei einer verzinslichen Grundschuld gehört zum Inhalt des dinglichen Rechts außer dem Zinssatz auch der Zeitpunkt des Beginns der Verzinsungspflicht. Soweit dieser Zeitpunkt nicht kalendernmäßig bestimmt ist, muss er jedenfalls bestimmbar sein; die Bestimmung muss dabei grundsätzlich anhand der Eintragungsbewilligung in Verbindung mit jedermann zugänglichen Erkenntnisquellen möglich sein (BayObLGZ 1995, 271/273; 1999, 198/199 f.; BGHZ 129, 1/3 f). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es für die Bestimmbarkeit des Umfangs einer Grundstücksbelastung ausreichend, da die höchstmögliche Belastung aus dem Eintragungsvermerk selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung für jeden Dritten ohne weiteres erkennbar ist. Dann genügt es, dass der Umfang der tatsächlichen Belastung in einem bestimmten Zeitpunkt auf Grund jederzeit feststellbarer objektiver Umstände bestimmbar ist (BGHZ 35, 22/26; 130, 342/345 f.; BayObLGZ 1999, 198/200). Nach diesen Grundsätzen ist im vorliegenden Fall eine ausreichende Bestimmbarkeit hinsichtlich des Zinsbeginns gegeben. Als frühestmöglicher Zeitpunkt für den Zinsbeginn kommt der 3.2.1999 als der Tag in Betracht, der zwei Monate nach Abschluss des notariellen Kaufvertrags vom 3.12.1998 liegt. Damit ist der höchstmögliche dinglich gesicherte Zinsbetrag festgelegt. Ab wann Zinsen tatsächlich geschuldet sind, ist anhand der Vereinbarungen im Vertrag vom 3.12.1998 objektiv feststellbar.

10. BGB § 1023 (*Verlegung der Ausübungsstelle einer Dienstbarkeit*)

Können Garagen i. S. einer wirtschaftlich sinnvollen Ausnutzung des Grundstücks nur auf der Ausübungsstelle einer Grunddienstbarkeit errichtet werden und steht geeigneter Ersatzparkraum zur Verfügung, so kann dies die Verlegung der Ausübungsstelle rechtfertigen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.4.2000 – 9 U 176/99 – mitgeteilt von *Johannes Gode*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

1972 errichtete die Rechtsvorgängerin der Beklagten fünf Häuser, die durch eine gemeinsame Zufahrtsstraße erschlossen werden. Da auf

Flurstück 736 deshalb kein Parkraum zur Verfügung stand, wurde zu Lasten des Flurstücks 734 eine Grunddienstbarkeit eingetragen, welches die Benutzung von 4 genau bezeichneten Parkeinstellplätzen ermöglichte. Flurstücke 735 und 736 gehören der Beklagten, die auf dem Flurstück 735 abweichend von der ursprünglichen Planung vier nebeneinander liegende Garagen errichtet hat. Die Klägerin erwarb 1997 das Flurstück 734 und wollte im Anschluss an die Garagenzeile der Beklagten auf Flurstück 735 sechs Garagen errichten. An dieser Stelle befindet sich die Ausübungsstelle der Grunddienstbarkeit für den jeweiligen Eigentümer des Flurstücks 734. Die Klägerin begehrt die Verlegung dieser Ausübungsstelle und hat Ersatzparkplätze auf ihrem Hofgelände angeboten, was die Beklagte ablehnte.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung hat Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. Die Voraussetzungen für die Verlegung der Ausübung der Grunddienstbarkeit sind erfüllt, denn die Ausübung an der bisherigen Stelle ist für den Eigentümer des Grundstücks besonders beschwerlich und eine Verlegung der Ausübung ist mit Rücksicht auf vorhandenen Ersatzparkraum möglich.

Für den Verpflichteten, hier die Klägerin, ist die Ausübung am bisherigen Ort besonders beschwerlich, wenn sie erhebliche Nachteile und nicht nur bloße Unbequemlichkeiten mit sich bringt (vgl. MünchKomm-Falckenberg, § 1023, Rdnr. 4). Die Beklagte bzw. die Mieter ihres Hauses (Flurstück 736) üben die Grunddienstbarkeit aus. Sie benutzen die schräg aufgezeichneten Parkplätze auf jenem unmittelbar neben der St. H. verlaufenen Grundstücksteil. Die Klägerin kann daher auf diesem Teil ihres Grundstückes keine Garagen im Anschluss an die nunmehr vorhandenen vier Garagen der Beklagten auf deren weiteren Grundstück (= Flurstück 735) errichten. Daraus alleine ergibt sich zwar noch keine besondere Beschwerlichkeit. Jede Grunddienstbarkeit, die in Anspruch genommen wird, belastet den Eigentümer, denn er kann mit einem Teil seines Grundstückes nicht nach Belieben verfahren. Eine gewisse Beschwerlichkeit ist daher jeder Grunddienstbarkeit immanent. Es müssen schon weitere Umstände hinzukommen, um die Ausübung der Grunddienstbarkeit als besonders beschwerlich erscheinen zu lassen.

Solche Gründe lassen sich vorliegend feststellen. Entscheidendes Gewicht hat dabei nicht bereits der von der Klägerin vorgetragene Wunsch, den Mietern ihrer Wohnungen im Haus (Flurstück 734) Garagen zur Verfügung stellen zu wollen; diese Absicht könnte sie auch durch Errichtung diverser Garagen an verstreuten Stellen ihres Grundstückes letztendlich erfüllen. Zu berücksichtigen ist hier aber die gesamte Grundstückssituation, die nicht unerheblich von der Planung 1972 abweicht, ohne dass sich dies bisher auf die Parkplatzverteilung bezüglich des klägerischen Hauses ausgewirkt hätte. (*Wird ausgeführt; Anm. d. Schriftleitung.*)

3. Die Klägerin kann der Beklagten eine gleichwertige Ersatzfläche zur Ausübung der Grunddienstbarkeit auf ihrem Grundstück anbieten. (*Wird ausgeführt; Anm. d. Schriftleitung.*)

Demgemäß hat die Klägerin der Verlegung der Ausübungsstelle der Grunddienstbarkeit zuzustimmen und eine entsprechende Bewilligung zum Zwecke der Eintragung zu erteilen.

11. GBO § 13, WEG § 18 (*Entziehung des Wohnungseigentums*)

Eine in der Teilungserklärung nach dem Wohnungseigentumsgesetz vorgesehene Regelung zur Entziehung des Wohnungseigentums, die als Gründe der Entziehung u.a. nachbarrechtliche Störungen und „schwere persönliche Misshelligkeiten“ nennt, kann wegen mangelnder Bestimmtheit nicht ins Grundbuch eingetragen werden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.3.2000 – 3 Wx 77/00 – mitgeteilt von Dr. Johannes Schütz, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte hat mit notariell beurkundeter Erklärung vom 17.11.1999 die Aufteilung des mit einem Zweifamilienhaus bebauten Grundstücks in zwei Wohnungseigentumseinheiten erklärt. Mit Schriftsatz vom 24.11.1999 hat der Verfahrensbevollmächtigte die Eintragung der Teilung ins Grundbuch beantragt. Die dem Antrag beigefügte notariell beurkundete Gemeinschaftsordnung enthält unter Ziffer 7 folgende Bestimmung:

„Entziehung des Wohnungseigentums

Für die Entziehung des Wohnungseigentums gelten die §§ 18 und 19 des Wohnungseigentumsgesetzes. Als Gründe der Entziehung gelten über § 18 WEG hinaus gröbliche Verletzungen der in dieser Vereinbarung niedergelegten Verpflichtungen in Bezug auf Eigentum, Nutzung, Gebrauch des Gemeinschaftseigentums wie auch des Sondereigentums. Hierzu zählen auch nachbarrechtliche Störungen und schwere persönliche Misshelligkeiten. In allen Fällen genügt der tatsächlich eingetretene Zustand, der gegenüber dem Verursacher zur Entziehung berechtigt, ohne dass ein Verschulden vorzuliegen braucht.“

Die Rechtspflegerin des Amtsgerichts hat den Eintragungsantrag beanstandet. Sie hält die vorgenannte Klausel für nicht hinreichend bestimmt, da der Begriff „persönliche Misshelligkeiten“ unklar sei. Die Beteiligte hat Erinnerung eingelegt, der die Rechtspflegerin nicht abgeholfen hat. Das Landgericht hat die ihm vorgelegte Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts wendet sich die Beteiligte mit ihrer weiteren Beschwerde, jedoch ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt, der Begriff der persönlichen Misshelligkeit sei völlig unbestimmt und würde in jedem Einzelfall einer Auslegung und gerichtlichen Überprüfung bedürfen. Die Klausel entspreche daher nicht dem im Grundbuch herrschenden Bestimmtheitsgrundsatz.

2. Diese Ausführungen halten der dem Senat obliegenden rechtlichen Nachprüfung stand. Das Amtsgericht hat den Eintragungsantrag hinsichtlich Ziffer 7 der Gemeinschaftsordnung zu Recht beanstandet.

Die Eintragung im Grundbuch dient der Schaffung klarer und sicherer Rechtsverhältnisse. Die Beteiligten müssen daher klare und eindeutige Angaben zum Inhalt und Umfang des einzutragenden Rechts machen (vgl. Demharter GBO, 22. Aufl., Anh. zu § 13 Rdnr. 5). Diesen Anforderungen genügt Ziffer 7 der Gemeinschaftsordnung nicht.

Allerdings lässt § 18 WEG weitere Regelungen zur Entziehung des Eigentums grundsätzlich zu. Nach Absatz 4 der Vorschrift ist lediglich der Ausschluss oder die Einschränkung des Entziehungsanspruchs ausgeschlossen, während modifizierende oder erweiternde Vereinbarungen unbenommen sind (vgl. Bärmann/Pick/Merle WEG 8. Aufl. 18 Rdnr. 50). Auch solche Regelungen müssen indes den Bestimmtheitsgrundsatz beachten.

Die von der Beteiligten erklärte Regelung ist unbestimmt; es ist nicht ersichtlich, wann eine persönliche Misshelligkeit vorliegt. Die von der Beteiligten als Ausfüllung des Begriffs angeführte „fehlende persönliche Übereinstimmung“ erscheint ebenso unklar, da unzählige Fälle und Situationen denkbar sind, in denen Wohnungseigentümer in ihrer persönlichen Lebensgestaltung und -entscheidung nicht übereinstimmen. Dass all diese Fälle von dem Anspruch auf Entziehung des Wohnungseigentums erfasst sein sollen, ist jedoch ausgeschlossen. Entgegen der von der Beteiligten vertretenen Auffassung ergibt sich aus Ziffer 7 der Gemeinschaftsordnung auch nicht etwa, dass mit den dort aufgezählten Fällen lediglich Unterfälle von § 18 WEG gemeint sind. Die Formulierung „über § 18 hinaus ... lässt vielmehr den Schluss zu, dass hier eine Erweiterung der gesetzlichen Regelung erfolgen sollte. § 18 WEG macht die Entziehung des Wohnungseigentums von einer schweren Verletzung gemeinschaftsbezogener Pflichten abhängig macht und stellt damit einen rechtlichen Zusammenhang her mit dem Gemeinschaftsverhältnis (vgl. *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O. Rdnr. 11). Ein solcher Zusammenhang kann, muss aber bei persönlicher Misshelligkeit – wenn man sie entsprechend den Ausführungen der Beteiligten als fehlende persönliche Übereinstimmung auffasst – nicht gegeben sein. Soweit die Beteiligte in ihrer weiteren Beschwerde Bezug nimmt auf einen Vorschlag von *Bärmann* zur Gestaltung von Gemeinschaftsordnungen *Bärmann/Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, 4. Aufl., G 83) ist darauf hinzuweisen, dass die Verfasser in dem Vorwort der abgedruckten Vorschläge selbst darauf hinweisen, dass einige Vorschläge nicht mehr den heutigen Anforderungen entsprechen und lediglich als Anregung zur Gestaltung einer Gemeinschaftsordnung aufzufassen seien. Unter diesem Blickwinkel mag eine schwere persönliche Misshelligkeit in näher zu bestimmenden Sachverhaltskonstellationen als Grund für die Entziehung des Wohnungseigentums in eine Gemeinschaftsordnung aufgenommen werden. Die bloß allgemeine Wiedergabe des Begriffs „persönliche Misshelligkeit“ ist demgegenüber wie ausgeführt nicht hinreichend bestimmt.

12. WEG §§ 4, 9 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3; GBO § 7 Abs. 1; BGB § 1132 (*Realteilung eines in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstückes*)

Die Realteilung eines in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstückes (Doppelhaus) erfordert als Zwischenschritt die Erstreckung der Belastungen des jeweiligen Wohnungseigentums auf das gesamte Grundstück.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 1.10.1999 – 20 W 211/97

Aus den Gründen:

Die an keine Frist gebundene weitere Beschwerde ist statthaft (§ 78 GBO) und formgerecht angebracht worden (§ 80 Abs. 1 GBO). Die Antragsteller sind zur Einlegung der weiteren Beschwerde berechtigt, da das Landgericht ihre Erstbeschwerden zurückgewiesen hat (BGH NJW 1994, 1158; *Demharter*, GBO, 22. Aufl., § 78 Rdnr. 2). Die somit zulässige weitere Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Der angefochtene Beschluss beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 78 Satz 2 GBO, § 550 ZPO).

Die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes, wonach für den Vollzug der Grundbuchanmeldung die Vorlage der wechselseitigen Nachverpfändungserklärungen der Beteiligten und eine Mithaftentlassungserklärung der bezüglich des Flurstückes 211/2 gefordert wurde, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die von den Beteiligten erstrebte Rechtsänderung, wonach das derzeit bestehende Wohnungseigentum in zwei getrennte Grundstücke umgewandelt werden soll und die derzeit auf dem jeweiligen Wohnungseigentum lastenden Grundschulden letztendlich an den einzelnen Grundstücken fortbestehen sollen, kann hinsichtlich der Grundpfandrechte nicht allein aufgrund der in § 5 des Vertrages beurkundeten Erklärungen und der diesbezüglichen Zustimmungserklärungen der Gläubiger bewirkt werden. Vielmehr bedarf es zusätzlich der vom Grundbuchamt geforderten Unterlagen.

Dies ergibt sich, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, aus dem Umstand, dass auch das Wohnungseigentum nicht unmittelbar in zwei getrennte Grundstücke aufgeteilt werden kann, sondern es zunächst der Aufhebung des Sondereigentums gemäß § 4 WEG durch Einigung und Eintragung bedarf, mit der Folge, dass gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 WEG die Wohnungsgrundbücher zu schließen und für das neu entstehende Grundstück ein neues Grundbuchblatt nach allgemeinen Vorschriften anzulegen ist, und sodann dieses Grundstück gemäß § 7 Abs. 1 GBO durch Abschreibung und Eintragung in zwei selbständige Grundstücke aufgeteilt werden kann. Diese für die Umwandlung des Eigentums vorgesehenen gesetzlichen Zwischenschritte müssen auch bezüglich der auf dem ursprünglichen Wohnungseigentum lastenden Grundpfandrechte nachvollzogen werden. So sind nach Schließung der Wohnungsgrundbücher mit Anlegung des Grundbuches für das Grundstück Belastungen des Wohnungseigentums nunmehr als Belastungen des entsprechenden Miteigentumsanteiles zu übertragen (vgl. *Demharter*, GBO, 22. Aufl., Anh. zu § 3, Rdnr. 73; OLG Schleswig, RPfl. 1991, 150 mit Anmerkung *Meyer-Stolte; Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rdnr. 296). Die anschließende Grundstücksteilung hat zur Folge, dass die Teile des bisherigen Grundstückes nunmehr zu selbständigen Grundstücken werden. Für die Rechte, mit welchen das geteilte Grundstück belastet war, führt dies zum Fortbestand an sämtlichen neu entstehenden Grundstücken, wobei Grundpfandrechte zu Gesamtrechten im Sinne des § 1132 BGB werden (vgl. *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 34; *Demharter*, a.a.O., § 7 Rdnr. 13). Bevor die einzelnen Grundschulden letztendlich auf je eines der neu entstehenden Grundstücke übertragen werden können, bedarf es deshalb der Erstreckung der verschiedenen Belastungen der einzelnen Miteigentumsanteile zunächst auf das gesamte Grundstück. Sodann kann das Eigentum an den einzelnen durch Teilung entstandenen Grundstücken auf die früheren Mitglieder der Bruchteilsgemeinschaft erfolgen und durch Entlassung des jeweiligen Grundstückes aus der Mithaft die entsprechenden Grundschulden auf je eines der neu entstandenen Grundstücke beschränkt werden. Der Durchsetzung dieses gesetzlich allein zulässigen Weges zur Erreichung des von den Antragstellern und den Grundpfandgläubigern angestrebten Rechtsänderungen dient die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes.

13. BGB § 878 (*Nachträgliche Verfügungsbeschränkung bei Teilungserklärung*)

Der zwischenzeitliche Eintritt der Verfügungsbeschränkung des Eigentümers hindert den Vollzug der Teilungserklärung und Eintragung von Auflassungsvormerkungen zugunsten der Erwerber an den gebildeten Wohnungseigentumsrechten nicht, wenn im Zeitpunkt der Antragstellung die Verfügungsbefugnis noch bestand.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Leipzig, Beschluss vom 13.1.2000 – 14 T 2901/99

Zum Sachverhalt:

Am 27.11.1997 wurde beim Grundbuchamt der Antrag auf Vollzug der das streitgegenständliche Grundstück betreffenden Teilungserklärung eingereicht. Das Amtsgericht hat dazu am 10.2.1998 und am 17.4.1998 Zwischenverfügungen erlassen.

Mit Schriftsatz vom 6.4.1998 wurde des Weiteren die Eintragung von das jeweilige Wohnungseigentum betreffenden Auflassungsvormerkungen beantragt.

Mit Zwischenverfügung vom 8.6.1998 hat das Grundbuchamt mitgeteilt, dass es von der Anordnung eines Veräußerungsverbot und der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens und somit von der Verfügungsbeeinträchtigung des teilenden Eigentümers Kenntnis erlangt hat. Der Antragsteller wurde gebeten, die Genehmigung des Verwalters einzureichen. Ihm wurde zur Beseitigung des Vollzugshindernisses eine Frist bis zum 6.7.1998 gesetzt, welche im weiteren Verlauf des Verfahrens mehrfach, zuletzt bis zum 10.10.1998, verlängert wurde. Das Eintragungshindernis wurde bis zur Frist nicht behoben.

Das Amtsgericht hat daraufhin mit den angefochtenen Beschlüssen die Anträge mit der Begründung zurückgewiesen, dass dadurch, dass die Rechtspflegerin durch die Eintragung des Gesamtvollstreckungsvermerks Kenntnis vom Bestehen einer Verfügungsentziehung hatte und dass eine Bewilligungsverfügung bis zur Vollendung des Rechtsgeschäfts (Grundbucheintragung) nicht vorlag. Nach Auffassung der Rechtspflegerin hat der teilende Eigentümer deshalb vor Vollzug der Teilungserklärung im Grundbuch seine Verfügungsbefugnis verloren und eine Grundbucheintragung sei nur mit Zustimmung des Gesamtvollstreckungsverwalters möglich. Die Eintragung entsprechender Auflassungsvormerkungen sei wegen des Fehlens von Wohnunggrundbüchern nicht möglich.

Der Beschwerdeführer hat mit Schriftsatz vom 10.3.1999 gegen die Zurückweisung der Anträge auf Bildung des Wohnungseigentums und der Anträge auf Eintragung der Auflassungsvormerkung Beschwerde eingelegt. Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Landgericht Leipzig zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO zulässige Beschwerde ist begründet.

Das Amtsgericht hat zu Unrecht den Antrag auf Vollziehung der Teilungserklärung vom 26.11.1997 mit der Begründung zurückgewiesen, zum Zeitpunkt der Entscheidung hierüber habe ein durch Beschluss des Amtsgericht Leipzig vom 27.4.1998 angeordnetes Veräußerungsverbot vorgelegen, denn die Verfügungsbefugnis der Beschwerdeführerin ist analog § 878 BGB als fortbestehend zu fingieren.

Die erkennende Kammer folgt insoweit der von *Palandt-Bassenge* BGB 59. Aufl. 2000, § 878 Rdnr. 4, *Staudinger-Gursky* BGB 13. Aufl. 1995, § 878 Rdnr. 9 und *Soergel-Stümer* BGB 12. Aufl. 1989, § 878 Rdnr. 2 vertretenen Auffassung, wonach § 878 BGB entsprechend auf eine Teilungserklärung gem. § 8 WEG anzuwenden ist.

Die Auffassung von *Haegele/Schöner/Stöber* GrundbuchR 5. Aufl. 1995 Rdnr. 118 vermag nicht zu überzeugen. Die Interessenlage ist zumindest im vorliegenden Fall derjenigen der §§ 873 Abs. 2, 875 Abs. 2 BGB vergleichbar, da sich die Beschwerdeführerin gegenüber den Erwerbern der Wohnungseinheiten durch Bewilligung einer Auflassungsvormerkung sowie Stellung eines entsprechenden Eintragungsantrages vor Eintritt der Verfügungsbeschränkung (§ 878 BGB) unwiderruflich verpflichtet hatte, die Wohnungen an die Erwerber zu veräußern. Im Übrigen ist es nicht einzusehen, dass zwar einerseits – entgegen der Auffassung des Amtsgerichts – bereits vor Begründung von Wohnungseigentum der Anspruch des Erwerbers auf Bildung von Wohnungseigentum und Verschaffung einer Eigentumswohnung vormerkungsfähig sein soll (so *Haegele/Schöner/Stöber*, a.a.O. Rdnr. 2941), andererseits aber derjenige Erwerber, dessen Vertragspartner den Vollzug der Teilungserklärung bereits beantragt hat, leer ausgehen soll.

Die Voraussetzungen des § 878 BGB im Übrigen liegen vor. Eine Teilungserklärung gemäß § 8 WEG sowie ein entsprechender Eintragungsantrag liegen vor. Sowohl bei Abgabe der Teilungserklärung als auch bei Stellung des Antrages war die Beschwerdeführerin verfügungsfähig i.S.d. § 878 BGB, da das Veräußerungsverbot erst am 2.6.1992 angeordnet wurde.

Da somit zumindest das vom Amtsgericht angenommene Hindernis des mangelnden Vollzugs der Teilungserklärung fehlt, konnten auch die Anträge auf Eintragung der Auflassungsvormerkungen nicht mit dieser Begründung zurückgewiesen werden.

Die angefochtenen Beschlüsse waren deshalb aufzuheben und die Sache an das Amtsgericht – Grundbuchamt – für Bescheidung der Anträge der Beschwerdeführerin unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer zurückzugeben.

14. BGB § 1587 o (*Zeitanteilige Kürzung des Versorgungsausgleiches*)

Zur Frage der Durchführung des Versorgungsausgleiches, wenn durch notarielle Vereinbarung bestimmte Ehezeiten vom Versorgungsausgleich ausgeschlossen sind.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Bamberg, Beschluss vom 22.7.1999 – 7 UF 96/99

Zum Sachverhalt:

Das Amtsgericht – Familiengericht – Schweinfurt hat mit Urteil vom 9.2.1999 die Ehe der Parteien geschieden und zugleich unter Ziffer 2 den Versorgungsausgleich durchgeführt.

Die Bayerischen Versorgungskammer Zusatzversorgungskasse der Bayerischen Gemeinden hat am 19.5.1999 gegen das am 26.4.1999 zugestellte Urteil Beschwerde eingelegt. Sie weist darauf hin, dass die Ehegatten mit notarieller Vereinbarung vom 11.5.1993 vereinbart haben, dass der Versorgungsausgleich nur für die Zeit ab Eheschließung bis einschließlich 31.12.1993. durchzuführen sei, die in der Zeit ab 1.1.1994 erworbenen Anwartschaften also außer Acht zu lassen seien. Die hierdurch veranlasste Kürzung des Versorgungsausgleichs dürfe entgegen der Ansicht des Erstgerichts nicht in einem reinen zeitanteiligen Verhältnis durchgeführt werden, da der Antragsteller in der vertraglich ausgeschlossenen Zeit und in der übrigen Ehezeit unterschiedlich hohe Anwartschaften erworben habe. Vielmehr sei der Versorgungsausgleich in der Weise zu berechnen, dass die Anwartschaft für die tatsächliche Ehezeit um den Betrag für die ausgeschlossene Zeit zu kürzen sei.

Das Rechtsmittel der Bayerischen Versorgungskammer – Zusatzversorgungskasse der Bayerischen Gemeinden – führt zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung.

Aus den Gründen:

Das Erstgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass die vom 1.1.1994 bis 28.2.1998 (Ehezeitende) erworbenen Anwartschaften aufgrund des vertraglichen Ausschlusses bei der Durchführung des Versorgungsausgleichs keine Berücksichtigung finden dürfen. Die bezüglich der Zusatzversorgung vorgenommene rein zeitanteilige Kürzung unterliegt jedoch durchgreifenden Bedenken. Die rein zeitanteilige Kürzung führt zu unbilligen Ergebnissen, wenn in der ausgeschlossenen Zeit und in der übrigen Ehezeit unterschiedlich hohe Anwartschaften erworben worden sind (vgl. BGH FamRZ 1987, 145; 1986, 252, 253). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Ausweislich der Auskunft der Bayerischen Versorgungskammer Zusatzversorgungskasse der Bayerischen Gemeinden vom 18.5.1999 betragen die auf die Ehezeit entfallenden unverfallbaren Anwartschaften auf Versorgungsrente beim Antragsteller monatlich 544,89 DM. Hiervon hat der Antragsteller eine Anwartschaft in Höhe von 104,12 DM (statisch) für die ausgeschlossene Zeit erworben, während in der Zeit vom 1.4.1969 bis 31.12.1993 einen Anwartschaft in Höhe von 400,14 DM (statisch) erworben wurde. Die Kürzung ist daher, um ein unbilliges Ergebnis zu vermeiden, in der Weise vorzunehmen, dass die statische Anwartschaft in Höhe von 544,89 DM um den ebenfalls statischen Betrag von 104,12 DM zu kürzen ist. In den Versorgungsausgleich ist somit eine statische Anwartschaft in Höhe von 440,77 DM einzubeziehen.

Nachdem der Wert der Versorgung in gleicher oder nahezu gleicher Weise steigt wie der Wert der gesetzlichen Rentenversicherung oder der Beamtenversorgung ist die einzubeziehende statische Anwartschaft von 440,77 DM gemäß § 1587 a Abs. 4 BGB in eine dynamische, Rente umzurechnen. Unter Zugrundelegung des nicht zu beanstandenden Umrechnungsmodus im angefochtenen Urteil ergibt sich eine dynamisierte Rente von 77,37 DM (= 400,77 DM x 12 = 4.809,24 DM x 3,7 x 0,0000916571 x 47,44). Auf Seiten des Antragstellers liegen daher Anwartschaften in Höhe von insgesamt 1.593,34 DM (= 1.515,97 DM aus der gesetzlichen Rentenversicherung und 77,37 DM aus der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes) vor, die den Anwartschaften der Antragsgegnerin in der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von 153,- DM gegenüber gesetzlichen Rentenversicherung stehen.

Ausgleichspflichtig ist der Ehegatte mit den werthöheren Anwartschaften. Der Antragsteller ist vorliegend ausgleichspflichtig in Höhe von 720,17 DM (= 1.593,34 DM ./ 153,- DM = 1.440,34 DM : 2).

Der Ausgleich ist daher wie folgt durchzuführen:

Nach § 1587 b Abs. 1 BGB hat der Versorgungsausgleich durch Rentensplitting zu erfolgen in Höhe von 681,49 DM (= 1.515,97 DM ./ 153,- DM = 1.362,97 DM : 2).

Wegen der vom Antragsteller erworbenen Versorgungsanwartschaften erfolgt der Ausgleich durch analoges Quasisplitting nach § 1 Abs. 3 VAHRG in Höhe von 38,69 DM (= 77,37 DM : 2).

Die Anordnung der Umrechnung in Entgeltpunkte beruht auf § 1587 b Abs. 6 BGB.

15. BGB § 2041 (Zur dinglichen Surrogation bei Erwerb mit Mitteln der Erbschaft)

Das Surrogationsprinzip des § 2041 BGB erfährt auch in Fällen der Doppel- oder Kettensurrogation keine Einschränkung.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 29.9.1999 – IV ZR 269/98 – mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten darüber, ob ihnen ein Grundstück kraft Surrogation nach § 2041 BGB in ungeteilter Erbengemeinschaft je zur Hälfte gehört oder ob die Beklagte, wie sie meint, Alleineigentümerin ist.

Die Brüder P. und F. W. Ge. beerbten ihren am 12.3.1902 gestorbenen Vater. Zum Nachlass gehörte unter anderem ein Bauernhof in D. Einen Teil dieses Grundbesitzes veräußerten die Brüder. Sie entschlossen sich, mit dem Erlös einen Erbhof in Z./M. zu kaufen. Da sie sich nicht sicher waren, ob der Hof nach damaligem Anerbenrecht durch eine Erbengemeinschaft erworben werden konnte, trat F. W. Ge. allein als Käufer auf und wurde am 7.10.1924 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Die Brüder behandelten diesen Hof jedoch so, als sei er Bestandteil des Nachlasses und gehöre ihnen in ungeteilter Erbengemeinschaft je zur Hälfte. In ihren Testamenten haben sie festgehalten, der Hof sei erworben worden, um Kapital aus dem Verkauf von Erbengemeinschaftsgrundstücken wieder in Grundbesitz anzulegen, trotz Eintragung von F. W. Ge. als Alleineigentümer gehöre der Hof ihnen in ungeteilter Erbengemeinschaft je zur Hälfte und sei geschäftlich und steuerlich stets so anerkannt worden. Nach dem Tod von P. Ge. im Jahre 1944, der von seiner Ehefrau L. beerbt wurde, ist dies weiter so gehandhabt und in den Testamenten von F. W. Ge., der 1953 starb, bestätigt worden. Dessen Erbin ist die Beklagte. Sie hat am 6.9.1954 mit L. Ge. einen notariellen Auseinandersetzungsvertrag geschlossen. Darin haben sie den Grundbesitz in D. untereinander aufgeteilt. Zu den Eigentumsverhältnissen an dem in M. gelegenen, auf den Namen von F. W. Ge. eingetragenen Hof ist darin bestimmt, die in dessen Testament vom 16.8.1951 festgelegte Besitzteilung je zur ideellen Hälfte werde als verbindlich anerkannt. Nach dem Tod der 1978 gestorbenen L. Ge., deren Erbe der Kläger ist, behandelten die Parteien das Grundstück so wie bisher. Der Kläger beantragte mit Schreiben vom 3.9.1992 und die Beklagte mit Schreiben vom 3.11.1992 beim Grundbuchamt S. übereinstimmend, als Eigentümer die aus ihnen je zur Hälfte bestehende Erbengemeinschaft einzutragen. Der Antrag wurde durch Beschluss vom 29.9.1994 zurückgewiesen, weil die Beklagte als Erbin des im Grundbuch eingetragenen F. W. Ge. Alleineigentümerin sei. Diesem Standpunkt hat sich die Beklagte durch Anwaltsschreiben vom 21.2.1995 an den Kläger angeschlossen und die bisher hälftig geteilten Pachtzahlungen für sich allein vereinnahmt. Inzwischen ist sie als Eigentümerin eingetragen.

Der Kläger verlangt, im Wege der Grundbuchberichtigung als Eigentümer die Parteien je zur Hälfte in ungeteilter Erbengemeinschaft einzutragen sowie Herausgabe der anteiligen Pachtelöse von circa 15.000 DM. Damit ist er in den Vorinstanzen nicht durchgedrungen. Seine Revision, mit der er beide Ansprüche weiterverfolgt, hat der Senat hinsichtlich des aus prozessualen Gründen abgewiesenen Zahlungsanspruchs nicht angenommen. Im Übrigen hatte die Revision Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Kläger hat einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB, weil Eigentümer des Grundstücks in Z. die Parteien in ungeteilter Erbengemeinschaft je zur Hälfte sind. Die Verjährungseinrede greift nicht durch (§ 898 BGB).

I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Beklagte sei Alleineigentümerin. Das Grundstück sei nicht im Wege der dinglichen Surrogation nach § 2041 BGB in den Nachlass von W. Ge. gefallen. Dies treffe nur für den Erlös aus dem Verkauf

der Grundstücke in D. zu, nicht aber für den Erwerb des Grundstücks in Z. Insoweit hätten die Brüder P. und F. W. Ge. eine Teilauseinandersetzung vorgenommen. Denn sie seien sich bei der Anlage des Verkaufserlöses einig gewesen, dass nur F. W. Ge. das Grundstück als Alleineigentümer erwerben und als solcher im Grundbuch eingetragen werden sollte. Jedenfalls in einem solchen Fall der Doppelsurrogation sei das Beziehungskriterium des § 2041 BGB nicht mehr allein ausschlaggebend. P. Ge. habe an der Gewinnerzielung durch Verpachtung nur schuldrechtlich, nicht dinglich teilhaben sollen. Jedenfalls aber habe sich die Erbengemeinschaft in Person der Beklagten und von L. Ge. mit dem notariellen Vertrag vom 6.9.1954 auch über den Hof in Z. auseinandergesetzt.

II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die Brüder Ge. haben keine Teilauseinandersetzung vorgenommen. Das Berufungsgericht hat bei seiner Würdigung wesentlichen Prozessstoff außer Acht gelassen.

Für eine Teilauseinandersetzung spricht nur, dass F. W. Ge. allein als Erwerber aufgetreten und im Grundbuch eingetragen worden ist. Diese Indizwirkung ist nach den übrigen Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch widerlegt. Der Hof in Z. ist deshalb nur von einem der Brüder erworben worden, weil sie sich nicht sicher waren, ob er als Erbhof wegen des damals geltenden Anerbenrechts durch eine Erbengemeinschaft erworben werden konnte. Der Hof ist erworben worden, um Kapital aus dem Verkauf von Erbengemeinschaftsgrundstücken wieder in Grundbesitz anzulegen. In den Testamenten beider Brüder ist ausdrücklich niedergelegt, dass sie den Hof in Z. als ihnen in ungeteilter Erbengemeinschaft gehörend angesehen haben, obwohl nur F. W. Ge. als Eigentümer eingetragen war. Sie haben die in den Testamenten verwendeten Begriffe „Hofesbesitz“ und „Grundbesitz“ ersichtlich im Sinne von Eigentum verstanden. Der Hof ist wirtschaftlich und steuerlich auch stets so behandelt worden. Nach dem Tod seines Bruders hat F. W. Ge. die Zuordnung des Hofes zur ungeteilten Erbengemeinschaft nunmehr mit L. Ge. bekräftigt. Angesichts des aus den Testamenten hervorgehenden Einvernehmens zwischen den Brüdern wäre im Falle einer Teilauseinandersetzung auch eine Ausgleichsregelung zugunsten von P. Ge. zu erwarten gewesen. Dafür oder für eine sonstige Abfindung von P. Ge. ist kein Anhaltspunkt ersichtlich.

Aus allen diesen Umständen ist zu schließen, dass die Brüder Ge. keine Teilauseinandersetzung gewollt haben.

2. Der Hof in Z. ist im Wege der dinglichen Surrogation nach § 2041 BGB in den ungeteilten Nachlass ihres Vaters gefallen.

a) Nach dieser Vorschrift gehört unter anderem zum Nachlass, was durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlass bezieht. Ein solcher Bezug zum Nachlass besteht bei einem Erwerbsgeschäft jedenfalls dann, wenn zu der objektiven Beziehung, die bei Erwerb mit Mitteln des Nachlasses ohne weiteres gegeben ist, der Wille hinzu kommt, für den Nachlass erwerben zu wollen (vgl. BGH, Urteile vom 30.10.1986 – IX ZR 126/85 – NJW 1987, 434 unter II 3 und vom 6.5.1968 – III ZR 63/66 – NJW 1968, 1824; Brox, Erbrecht 17. Aufl. Rdnr. 581; MünchKomm/Diitz, 3. Aufl. § 2041 Rdnr. 13, 22-24; Soergel/Wolf, 12. Aufl. § 2041 Rdnr. 7-9).

So liegt es hier. Das Berufungsgericht hat zutreffend dargelegt, dass der Erlös aus dem Verkauf der Nachlassgrundstücke in D. nach § 2041 BGB in den Nachlass gefallen ist. Es hat festgestellt, dass der Erlös für den Erwerb des Hofes in Z. verwendet worden ist. Diese Feststellung wird von der Revi-

sionserwiderung vergeblich angegriffen (§ 565a ZPO). Wie unter II. 1. bereits ausgeführt wurde, hatten die Brüder Ge. auch den Willen, das Grundstück materiell als Ersatz für die veräußerten Nachlassgrundstücke für die Erbengemeinschaft zu erwerben.

b) Das Surrogationsprinzip erfährt auch in Fällen der Doppel- oder Kettensurrogation keine Einschränkung. Dahinter steht der Gedanke, den Wert des Sondervermögens zu erhalten, während die konkrete Erscheinungsform nicht ausschlaggebend ist. Daher muss jeder Umsatz einzelner Bestandteile des Vermögens und der darin liegende Abfluss realer Werte, wenn der Wert des Ganzen erhalten bleiben soll, durch die rechtliche Neuordnung eben derjenigen konkreten Ersatzgegenstände zum Nachlass ausgeglichen werden, in die die abgeflossenen Werte eingegangen sind (BGHZ 109, 214, 217; vgl. ferner BGH, Urteile vom 24.10.1990 – IV ZR 296/89 – NJW 1991, 842 unter 1 und vom 30.10.1986, aaO; Diitz, a.a.O. § 2041 Rdnr. 5).

3. Hinsichtlich des Hofes in Z. hat auch keine Auseinandersetzung durch den notariellen Vertrag vom 6.9.1954 zwischen der Beklagten und L. Ge. stattgefunden. Das Berufungsgericht hat die gegen eine solche Annahme sprechenden Umstände nicht in seine Würdigung einbezogen. Während der Grundbesitz in D. untereinander aufgeteilt und zu Alleineigentum übertragen wurde, wurde in § 6 des Vertrages wegen der Eigentumsverhältnisse an dem Hof in M. der bisherige Zustand als verbindlich anerkannt. Gegen eine Auseinandersetzung spricht ferner, dass die Beklagte selbst im November 1992 beim Grundbuchamt beantragt hatte, im Wege der Grundbuchberichtigung die aus den Parteien je zur Hälfte bestehende Erbengemeinschaft als Eigentümer einzutragen.

Anmerkung

1. Die Entscheidung des BGH betrifft die *Probleme des Surrogationserwerbs* nach § 2041 BGB, hier sogar einer *Kettensurrogation*, bei einer Erbengemeinschaft. Das Prinzip der dinglichen Surrogation führt dazu, dass bei einer Minderung des Nachlasses durch Verfügungen über Nachlassgegenstände, deren Zerstörung, Beschädigung oder Entzug an ihre Stelle unmittelbar die erlangten Ersatzgegenstände oder Ersatzansprüche treten. Dies gewährleistet den Erhalt der wirtschaftlichen Einheit und den Wertbestand des Nachlasses als Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft. Bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen führt dies zu einem verdeckten Erwerb für die Erbengemeinschaft, u.U. ohne einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen des handelnden Miterben und ohne Einhaltung der sonst sachenrechtlich vorgeschriebenen *Publizitätsformen*. Letzteres war hier der Auslöser des Rechtsstreits. Der klagende Erbeserbe verlangt eine Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB, weil das Grundbuch zu Unrecht nicht die Erbengemeinschaft als Eigentümer ausweist, sondern nur die beklagte andere Erbeserin.

2. Das BGB kennt *kein allgemeines Surrogationsprinzip*. Aufgrund der Streitigkeiten, die sich in der gemeinrechtlichen Rechtslehre hierzu entwickelt hatten (vgl. etwa *Mühlenbruch AcP* 17, 321, 337) verzichtete man auf die allgemeine Einführung des Surrogationserwerbs (*Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl. 1995, § 41 I 1) und entschied sich nur für die Aufnahme einzelner, speziell geregelter Surrogationsstatbestände unter bestimmten Voraussetzungen. So enthält das BGB im Erbrecht folgende Surrogationsvorschriften:

- Surrogation bei der Erbengemeinschaft (§ 2041 BGB)
- Surrogation beim Erbschaftsanspruch (§ 2019 Abs. 1 BGB)

- Surrogation bei der Nacherbfolge (§ 2111 BGB)
- Surrogation beim Erbschafts Kauf (§ 2374 BGB, nur schuldrechtlich)
- In Analogie hierzu bei einer Testamentsvollstreckung mit Alleinerbfolge (RGZ 138, 132, 133; dazu etwa *Lange/Kuchinke* § 41 VI 3).

Aber auch im Familienrecht gibt es die Surrogation, so etwa bei Hausratsgegenständen (§ 1370 BGB), beim Vorbehaltsgut der Gütergemeinschaft (§ 1418 Abs. 2 Nr. 3 BGB) und beim Gesamtgut der beendeten Gütergemeinschaft bis zur Auseinandersetzung (§ 1473 BGB).

3. Die Surrogation bei der Erbengemeinschaft (§ 2041 S. 1 BGB) kennt drei *Surrogationsarten*:

- die Rechtssurrogation
- die Ersatzsurrogation
- die Beziehungssurrogation.

a) Im vorliegenden Fall kam für die beiden Surrogationsfälle (Verkauf in D. durch die Erbengemeinschaft sowie Ankauf des Erbhofs in Z./M.) jeweils nur eine Beziehungssurrogation in Betracht. Dass der aus dem Verkauf erzielte Erlös zunächst der Erbengemeinschaft nach wie vor zustand, dürfte unstrittig sein.

b) In Betracht kam allerdings, dass die beiden verkaufenden Brüder hinsichtlich des erzielten Erlöses anschließend eine (insoweit nicht formbedürftige) *Erbauseinandersetzung* vornahmen. Dies lag nach ihren subjektiven Vorstellungen durchaus nahe. Sie wollten den Verkaufserlös für den Ankauf des Erbhofs verwenden, in den sie nicht nur das gemeinsame Kapital reinvestierten, sondern den sie auch gemeinsam bewirtschaften wollten. Jedoch befürchteten sie, auf Grund der anerbenrechtlichen Bestimmungen an dem gemeinsamen Erwerb gehindert zu sein. Aus ihrer subjektiven Sicht war es daher geboten, dass nur einer allein den Erbhof erwirbt. Daher trat nur der eine Bruder als Käufer auf, dem auch die Verfügung über den in D. erzielten Erlös überlassen wurde, und der als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen wurde. Eine stillschweigende Erbauseinandersetzung? Anders als die Vorinstanz hat der BGH dies mit einer sehr kurzen Begründung verneint. Er stellt allein die – in dem späteren Testament nochmals dokumentierte – gemeinsame Bewirtschaftungsabsicht in den Vordergrund. Aber genügt das? Unterstellt, die Befürchtungen der Brüder waren richtig, und sie konnten den Erbhof nicht gemeinsam erwerben, weil dies gegen das Anerbenrecht verstieß. Folgt man den Überlegungen des BGH über die Annahme einer Surrogation, so erwirbt, auch wenn nur der eine Bruder auftritt, der andere (verdeckt) über § 2041 BGB mit. Dies hätte aber das anerbenrechtliche Erwerbsverbot nicht außer Kraft setzen können! Auch § 2041 BGB findet seine Grenze an zwingenden (öffentlich-rechtlichen) Vorschriften. Der BGH hat überraschender Weise dieses Problem gar nicht näher erörtert.

Aber angenommen, es bestand ein derartiges Erwerbsverbot. Was hätten die beiden Brüder, wären sie gut rechtlich beraten worden, vereinbart? Die Teilerbaueinandersetzung hinsichtlich des Erlöses und ein Treuhandverhältnis. Danach hätte der beim Kauf handelnde Bruder F.W. Ge. mit einer entsprechenden treuhänderischen Auflage den Verkaufserlös erhalten, um den Erbhof als Alleineigentümer anzukaufen. Auf Grund der Treuhandabrede hätte er seinen Bruder an der Bewirtschaftung, den erforderlichen Entscheidungen und dem Gewinn des Erbhofs beteiligt; so ist dies ja auch über Jahrzehnte geschehen. Die entscheidende Frage wäre dann gewesen, ob ein

Übereignungsanspruch vereinbart wurde, auf Grund dessen nach dem Wegfall des anerbenrechtlichen Verbots er auch verpflichtet gewesen wäre, seinem Bruder einen entsprechenden Miteigentumshälfteanteil an dem Erbhof einzuräumen. Und wäre diese Vereinbarung nach § 313 BGB auch beurkundungspflichtig gewesen oder war dies wegen der gesetzlichen Herausgabepflicht des Beauftragten nach § 667 BGB sogar formlos möglich (dazu etwa *Staudinger/Wufka*, BGB, 1994, § 313 Rn. 93 [grundsätzlich verneinend])? Im Jahre 1924 konnte sich dabei eine Beurkundungspflicht noch nicht daraus ergeben, dass für den als Erwerber auftretenden Bruder eine Erwerbsverpflichtung entstand; den die Erwerbsverpflichtung wurde erst durch Änderung des § 313 BGB zum 1.7.1973 beurkundungspflichtig.

Hätten die beiden Brüder den sichersten Weg gewählt, so hätten sie diesen Treuhandvertrag abgeschlossen, der eine Übereignungsverpflichtung des erwerbenden Bruders begründet hätte. Diese wäre allerdings u. U. verjährt gewesen (§ 195 BGB), wenn nicht eine Hemmung aus Rechtsgründen (wegen des Anerbenrechts) nach § 202 Abs. 1 BGB eingegriffen hätte.

c) Auf all dies geht der BGH leider nicht ein. Er verbleibt auf dem eingeschlagenen Weg der dinglichen Surrogation, ohne auf die Geltung eines anerbenrechtlichen Erwerbsverbots einzugehen, obwohl dies die entscheidende Frage in diesem Zusammenhang ist. Bei seinem Lösungsweg muss er sich allerdings damit beschäftigen, ob ein u. U. abweichender *subjektiver Wille* des als Erwerber auftretenden Bruders die Surrogation hindert. Anders als bei §§ 2019 Abs. 1, 2111 BGB knüpft § 2041 BGB für den Surrogationserwerb nicht an die Herkunft der Mittel an (sog. Mittelsurrogation), sondern daran, dass sich das Erwerbsgeschäft „auf den Nachlass bezieht“. Bereits dem Wortlaut nach ist die Surrogation nach § 2041 BGB teils enger als die Mittelsurrogation, weil sie einen Bezug zum Nachlass fordert. Teils ist sie weiter, weil auch beim Einsatz eigener oder fremder Mittel ein Erwerb für den Nachlass möglich erscheint (*Lange/Kuchinke* § 41 IV). Umstritten ist dabei, ob für § 2041 S. 1 BGB genügt, dass eine rein *objektive Beziehung* zwischen Rechtsgeschäft (Ankauf des Erbhofs) und dem Nachlass besteht, oder ob hinzukommen muss, dass der handelnde Miterbe subjektiv für den Nachlass und nicht für sein Eigenvermögen erwerben wollte (hierfür immerhin KG JFG 15,155; OLGZ 2, 226). Während die wohl h.M. bei einem Erwerb mit Nachlassmitteln eine *rein objektive Beziehung* zum Sondervermögen Nachlass für ausreichend hält (eingehend hierzu MünchKomm/Dütz, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2041 Rdnr. 22; *Kerscher/Tanck/Krug*, Das erbrechtliche Mandat, 2. Aufl. 2000, § 13 Rdnr. 55; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 59. Aufl. 2000, § 2041 Rdnr. 2; *Erman/W. Schlüter*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 2041 Rdnr. 4; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1989, § 114 1112; *Staudinger/Werner*, BGB, 1995, § 2041 Rdnr. 6; BGH NJW 1968,1824 zur Verpachtung) lässt der BGH (wie bereits in BGH NJW 1987, 434, 435) die Streitfrage offen: Der als Erwerber auftretende Bruder hätte auch den Willen gehabt, für den Nachlass erwerben zu wollen. Der BGH folgert dies aus der wirtschaftlichen und steuerlichen Behandlung des Erbhofs als gemeinschaftlicher Besitz und aus den Äußerungen in den Jahrzehnten später errichteten Testamenten. Ausgehend von der Vermeidungsstrategie der Brüder ließe sich aber auch begründen, dass eben gerade nicht für den Nachlass erworben werden sollte (s. o. unter 3. b). Und mit *Lange/Kuchinke* (a.a.O.) kann man durchaus der Ansicht sein, dass allein die Herkunft der Mittel das Geschäft noch nicht zu einem Rechtsgeschäft macht, das sich auf den Nachlass bezieht. Wieso hat der Ge-

setzgeber denn sonst (anders als bei §§ 2019, 2111 BGB) nicht die Mittelsurrogation für anwendbar erklärt? Auch wenn der Entstehungsgeschichte des § 2041 BGB wenig Konkretes zu entnehmen ist (so Münch-Komm/Diitz § 2041 Rdnr. 21), bleibt immer noch der unterschiedliche Gesetzeswortlaut.

d) Zustimmung muss man dem BGH, dass § 2041 BGB auch auf die *Kettensurrogation* anwendbar sein muss. Die Vorschrift bezweckt den Erhalt (nicht die Vermehrung) des Nachlass über die verschiedensten Formen der Vermögensumschichtung und -veränderungen hinweg, um den Nachlassgläubigern das Sondervermögen der Erbengemeinschaft als ausreichendes Haftungsobjekt und den Miterben als Verwaltungseinheit zu erhalten (dazu etwa anschaulich *Kerschler/Tanc/Krug*, a.a.O., § 13 Rdnr. 48 ff.). Der Verkehrsschutz Dritter bleibt dabei allerdings oftmals auf der Strecke: Wer denkt an den *Pächter*, der nur mit dem Grundbuch-Eigentümer seinen Pachtvertrag abschloss und u. U. große Investitionen tätigte? Die §§ 892 f. BGB finden auf den Abschluss von Pacht- und Mietverträgen keine Anwendung, sondern nur auf Verfügungen. Und der „Verkehrsschutz“ nach §§ 2041 S. 1, 2019 Abs. 2, 406-408 BGB schützt nur bei der Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten, nicht aber bei der Begründung schuldrechtlicher Rechte. Dem Pächter hätte die Treuhandlung dagegen geholfen.

e) *Klageantrag* und *Urteilstenor* sind insofern allerdings *nicht richtig*, als von der Beklagten eine Bewilligung abzugeben ist, die Parteien „in ungeteilter Erbengemeinschaft zu je 1/2“ in das Grundbuch einzutragen. Denn die Berechtigungsquote (je 1/2) ist bei der hier vorliegenden *Gesamthandsgemeinschaft* nach bislang unstrittiger Ansicht nicht eintragungsfähig (OLG Frankfurt MittBayNot 1983, 167, 168 = Rpfleger 1982, 469; *Wegmann*, in *Bauer/von Oefele*, GBO, 1999, § 47 Rdnr. 171; *Meikel/Böhringer*, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 1998, § 47 Rdnr. 172). Eine derartige Eintragung wäre unzulässig i.S. von § 53 GBO (KGJ 47, 201; *Meikel/Böhringer*, a.a.O., § 47 Rdnr. 172; *Demharter*, GBO, 22. Aufl. § 47 Rdnr. 22).

4. Für die *notarielle Praxis* bleibt festzuhalten, dass den Problemen der dinglichen Surrogation im Erb- und Familienrecht die notwendige Aufmerksamkeit zu schenken ist. Wurde allerdings in Unkenntnis der Surrogation im unrichtigen Erwerbsverhältnis aufgelassen, so ist dies deswegen nicht richtig (OLG Köln Rpfleger 1987, 409). Und, wie eingangs erwähnt, führt die Surrogation oftmals zu einem verdeckten Miterwerb. Dabei wird es i.d.R. dem Notar nicht erkennbar sein, dass der allein als Erwerber auftretende Miterbe mit Mitteln des Nachlasses für die Erbengemeinschaft erwirbt. Und ohne besondere Anhaltspunkte besteht keine Nachforschungspflicht. Letztlich ist der entschiedene Fall zugleich ein deutliches Beispiel dafür, dass mitunter die Vertragsteile gerade ihre wahren Erwerbsabsichten nicht offen legen wollen.

Notar *Dr. Jörg Mayer*, Pottenstein

16. GBO § 22 Abs. 1, § 51; BGB § 2069, § 2096, § 2142 (*Löschung Nacherbenvermerk wegen Unrichtigkeit*)

1. Ein im Grundbuch eingetragener Nacherbenvermerk kann wegen Unrichtigkeit gelöscht werden, wenn der Nacherbfall nicht oder nicht mehr eintreten kann.

2. Schlägt ein als Nacherbe berufener Abkömmling des Erblassers die Erbschaft aus, um den Pflichtteil zu verlangen, sind im Zweifel auch die als Ersatznacherben

ben in Betracht kommenden Abkömmlinge des Ausschlagenden von der Erbfolge ausgeschlossen. Dies gilt jedoch nicht, wenn ein anders lautender tatsächlicher oder hypothetischer Wille des Erblassers festgestellt werden kann. Im Hinblick darauf erforderliche Ermittlungen sind dem Grundbuchamt verwehrt.

BayObLG, Beschluss vom 2.3.2000 – 2Z BR 144/99 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1 und ihr Ehemann, waren als Miteigentümer je zur Hälfte eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Die Ehegatten schlossen am 5.1.1994 einen Erbvertrag. In Abschnitt 3 stellten sie fest, ihr wesentliches Vermögen bestehe aus dem ihnen je zur Hälfte gehörenden Anwesen; der Ehemann habe darüber hinaus weiteres Geldvermögen. Abschnitt 4 lautet:

1. a) Sterbe ich, der Ehemann, als erster, so ist meine Ehefrau meine Vorerbin, die von keinerlei Beschränkungen befreit ist (unbefreite Vorerbin).

Nacherben sind meine Kinder aus erster Ehe, H. F. (Beteiligter zu 2) und G. F. (Beteiligter zu 3) je zur Hälfte, ersatzweise deren Abkömmlinge unter sich, zu gleichen Teilen nach Stämmen, ersatzweise der Überlebende von beiden.

Der Nacherbfall tritt mit dem Tode der Vorerbin ein. Im Übrigen gelten für diese Anordnung der Vor- und Nacherbschaft die gesetzlichen Bestimmungen.

Im Wege eines

Vorausvermächtnisses

bestimme ich, dass meine Ehefrau die gesamten zum Zeitpunkt meines Todes in meinem Eigentum stehenden beweglichen Gegenstände einschließlich des gesamten Geldes im weitesten Sinne (Bargeld, Bankguthaben, Sparguthaben, Aktien, Pfandbriefe, Forderungen u. Ä. erhält.

b) ...

2. a) ...

b) Sterbe ich, die Ehefrau, als letzte, so sind meine alleinigen und ausschließlichen Erben die Kinder meines Ehemannes H. F. und G. F. je zur Hälfte, ersatzweise deren Abkömmlinge unter sich zu gleichen Teilen nach Stämmen, ersatzweise der Überlebende von beiden.

...

Abschnitt 7 lautet:

Über die wesentlichen erbrechtlichen Bestimmungen, insbesondere das Pflichtteilsrecht meiner, des Ehemannes, Kinder aus erster Ehe, wurden wir eingehend belehrt, ebenso über die Bindungswirkung dieses Erbvertrages.

Nach dem Tod des Ehemannes (im Folgenden: Erblasser) am 27.4.1994 wurde die Beteiligte zu 1 als Alleineigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. In Abteilung II wurde vermerkt:

Es ist Nacherbfolge angeordnet. Nacherben ... sind

a) F. H. ... (Beteiligter zu 2),

b) F. G. ... (Beteiligter zu 3).

Ersatznacherben sind die Abkömmlinge der Nacherben; ersatzweise der Überlebende der Nacherben. Die Nacherbfolge tritt ein: beim Tod des Vorerben.

Die Beteiligten zu 2 und 3 schlugen die Nacherbschaft aus. Die Beteiligte zu 1 hat unter Vorlage des Erbvertrags und der notariell beglaubigten Ausschlagungserklärungen beim Grundbuchamt die Löschung des Nacherbenvermerks beantragt. Dazu hat sie ausgeführt, die Söhne des Erblassers hätten ihren Pflichtteil verlangt und ausgezahlt erhalten. Mit der Ausschlagung der Nacherbschaft zwecks Geltendmachung des Pflichtteilsrechts sei die Einsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 zu Nacherben und ihrer Abkömmlinge zu Ersatznacherben entfallen. Das Grundbuch sei dadurch unrichtig geworden.

Das Grundbuchamt hat den Antrag am 27.10.1997 abgewiesen. Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten zu 1, der Grundbuchrechts-

pfleger und Grundbuchrichter nicht abgeholfen haben, hat das Landgericht mit Beschluss vom 3.8.1999 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. a) Vor Eintritt des Nacherbfalles (§ 2139 BGB) kann der Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) entweder auf die Bewilligung des Nacherben oder gemäß § 22 Abs. 1 GBO dann gelöscht werden, wenn er der Rechtslage nicht mehr entspricht und dies in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen wird (BayObLGZ 1995, 55/56). Der Nacherbenvermerk entspricht u.a. dann nicht mehr der Rechtslage, wenn feststeht, dass der Nacherbfall nicht oder nicht mehr eintreten kann (BayObLG Rpfleger 1997, 156/157). Dies träfe zu, wenn die von den Beteiligten zu 2 und 3 erklärte Ausschlagung der Erbschaft (§ 1945 Abs. 1, § 2142 Abs. 1 BGB) dazu geführt hätte, dass die Nacherbschaft gegenstandslos wird, weil die Erbschaft gemäß § 2142 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB der Vorerbin verbleibt (vgl. *Palandt/Edenhofer* BGB 59. Aufl. § 2142 Rdnr. 3). Diese Rechtsfolge, die die Beteiligte zu 1 für sich in Anspruch nimmt, tritt jedoch nicht ein, wenn der Erblasser ein anderes bestimmt hat (§ 2142 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB). Dies ist durch Auslegung des Erbvertrags vom 5.1.1994 zu ermitteln.

b) Eine Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, hat das Grundbuchamt auch bei rechtlich schwierigen Fragen selbständig auszulegen. Dabei sind auch außerhalb der Verfügung liegende Umstände zu berücksichtigen, jedenfalls soweit sie sich aus dem Grundbuchamt vorliegenden öffentlichen Urkunden ergeben. Einen Erbschein darf das Grundbuchamt nur dann verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (BayObLG DNotZ 1995, 306/308 m.w.N.).

c) Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass die Beteiligten zu 2 und 3 die Nacherbschaft ausgeschlagen haben, um den Pflichtteil zu verlangen. Dies ist zwar nicht in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen, aber von den Beteiligten übereinstimmend vorgetragen und konnte vom Landgericht frei gewürdigt werden (vgl. *Demharter* GBO 23. Aufl. § 29 Rdnr. 63). Die Beteiligte zu 1 meint, die Ausschlagung der Nacherbschaft durch alle Nacherben zum Zweck der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen (vgl. § 2306 Abs. 2 BGB) habe nach den Grundsätzen allgemeiner Lebenserfahrung, die das Grundbuchamt bei der Auslegung des Erbvertrags verwerten dürfe (vgl. BayObLGZ 1952, 321/324; *Demharter* § 29 Rdnr. 60, 63), zwingend zur Folge, dass die Nacherbschaft gegenstandslos geworden sei. Dies hat das Landgericht zu Recht verneint.

(1) Schlägt der Nacherbe die Erbschaft aus, so verbleibt sie gemäß § 2142 Abs. 2 BGB dem Vorerben, soweit nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat. Eine anderweitige Bestimmung ist in aller Regel anzunehmen, wenn der Erblasser einen Ersatznacherben (§§ 2096, 2097 BGB) berufen hat, oder nach der Auslegungsregel des § 2069 BGB, wenn er seine Abkömmlinge zu Nacherben beruft. Schlägt ein als Nacherbe berufener Abkömmling die Nacherbschaft aus, um vom Vorerben den Pflichtteil zu verlangen, wird in Rechtsprechung und Literatur sowohl die Auslegungsregel des § 2069 BGB als auch die ausdrückliche Berufung von Abkömmlingen der Kinder zu Ersatznacherben gemäß § 2096 BGB einschränkend ausgelegt. Es wird angenommen, dass die als Er-

satznacherben in Betracht kommenden Abkömmlinge des Ausschlagenden im Zweifel von der Erbfolge ausgeschlossen sein sollen (BGHZ 33, 60/62 f., BayObLGZ 1962, 239/243 f., jeweils m.w.N.; OLG Frankfurt OLGZ 1971, 208/209; OLG Stuttgart Rpfleger 1982, 106; *Staudinger/Otte* BGB 13. Aufl. Rdnr. 11, RGRK/*Johannsen* BGB 12. Aufl. Rdnr. 13, *Soergel/Loritz* BGB 12. Aufl. Rdnr. 18 und 19, MünchKomm/*Leipold* BGB 3. Aufl. Rdnr. 13, *Erman/Schmidt* BGB 9. Aufl. Rdnr. 4, jeweils zu § 2069; *Staudinger/Behrends* Rdnr. 10, *Soergel/Harder* Rdnr. 6, MünchKomm/*Grunsky* Rdnr. 5, RGRK/*Johannsen* Rdnr. 8, *Erman/Schmidt* Rdnr. 4, *Palandt/Edenhofer* Rdnr. 3, jeweils zu § 2142). Dies beruht auf der allgemeinen Lebenserfahrung, dass es in der Regel dem Willen des Erblassers nicht entspricht, den Stamm des Abkömmlings, der die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil verlangt, doppelt zu berücksichtigen, und ebenso wenig, den überlebenden Ehegatten als Vorerben durch die Auszahlung des Pflichtteils im uneingeschränkten Genuss des Nachlasses zu beeinträchtigen (BayObLGZ 1962, 239/244).

(2) Diese Erfahrungsgrundsätze und Auslegungsregeln greifen jedoch nur ein, wenn ein tatsächlicher oder hypothetischer Wille des Erblassers nicht feststellbar ist (allgemeine Meinung, vgl. BGHZ 33, 60/63 – insoweit in NJW 1960, 1899/1900 nicht abgedruckt; OLG Zweibrücken OLGZ 1984, 3/7). Es darf daher nicht auf den Versuch verzichtet werden, den Willen des Erblassers anhand der Umstände des Einzelfalls zu klären (MünchKomm/*Leipold* § 2069 Rdnr. 13). Dies umso weniger, als der Erbvertrag Anhaltspunkte dafür enthält, dass der Erblasser ein Nachrücken der als Ersatznacherben eingesetzten Abkömmlinge seiner Söhne jedenfalls für den hier eingetretenen Fall hingenommen haben könnte, dass beide Nacherben ausschlagen und den Pflichtteil erhalten, die Bevorzugung eines Erbenstamms somit nicht in Betracht kommt.

aa) Der Erblasser hat seiner Ehefrau sein gesamtes bewegliches Eigentum und sein gesamtes Geldvermögen als Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB) zugewendet und damit im Zweifel dem Recht der Nacherben entzogen (§ 2110 Abs. 2 BGB). Daher beschränkt sich der Herausgabeanspruch der Nacherben bei Eintritt des Nacherbfalles (§ 2130 Abs. 1 BGB) im Ergebnis auf den Miteigentumsanteil des Erblassers an dem Grundstück, das zur anderen Hälfte im Eigentum der Beteiligten zu 1 steht. Über den zum Nachlass gehörenden Miteigentumsanteil kann die Beteiligte zu 1 als nicht befreite Vorerbin nicht verfügen (§ 2113 Abs. 1 BGB). Für den ihr gehörenden Miteigentumsanteil hat sie ervertragslich bindend die Söhne ihres Ehemanns, ersatzweise deren Abkömmlinge nach Stämmen zu ihren alleinigen und ausschließlichen Erben eingesetzt. Diese Regelung spricht dafür, dass das Hausgrundstück letztlich den Abkömmlingen des Erblassers zufallen sollte, und zugleich für eine andere Bestimmung des Erblassers im Sinn von § 2142 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB (vgl. OLG Zweibrücken OLGZ 1984, 3/8).

bb) Gemäß Abschnitt 7 des Erbvertrags sind die Testierenden eingehend insbesondere über das Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers aus erster Ehe belehrt worden. Deshalb kann der Erblasser damit gerechnet haben, dass die Beteiligten zu 2 und 3 die Nacherbschaft ausschlagen und den Pflichtteil verlangen. Eine Strafklausel, die die Nacherben von der Geltendmachung des Pflichtteils abhalten soll, enthält der Erbvertrag nicht. Es ist nicht auszuschließen, dass der Erblasser mit der vermächtnisweisen Zuwendung seines gesamten Geldvermögens an die Beteiligte zu 1 nicht nur seine Witwe wirtschaftlich sicherstellen, sondern ihr auch gegebenenfalls die Auszahlung der Pflichtteile ermöglichen wollte.

cc) Zur Aufklärung des tatsächlichen oder hypothetischen Willens des Erblassers sind Ermittlungen notwendig, die dem Grundbuchamt verwehrt sind, etwa die Vernehmung des Urkundsnotars und der Beteiligten zu 1. Das Grundbuchamt hat daher zu Recht die Löschung des Nacherbenvermerks abgelehnt.

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

17. HGB § 162 Abs. 1; BGB § 181 (*Eintragung der Gestattung des Selbstkontrahierens bei GmbH & Co. KG*)

- 1. Ist es dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG gestattet, Rechtsgeschäfte mit sich im eigenen Namen und der KG vorzunehmen, kann diese Befreiung von dem Verbot des Selbstkontrahierens im Handelsregister der KG eingetragen werden.**
- 2. Eine solche Eintragung setzt eine Anmeldung voraus, die aus sich selbst verständlich ist und nicht durch die Eintragung in einem anderen Registerblatt unrichtig werden kann. Die Eintragung der Befreiung eines namentlich benannten Geschäftsführers ist daher nicht zulässig (Ergänzung von BayObLGZ 1999, 349).**

BayObLG, Beschluss vom 7.4.2000 – 3Z BR 77/00 – mitgeteilt von Notar *Dr. Christoph Giehl*, Erlangen, und *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Am 29.9.1999 wurde die A-GmbH & Co. KG im Handelsregister eingetragen und deren Vertretung wie folgt verlautbart:

„Die persönlich haftende Gesellschafterin ‚A-Verwaltungs GmbH‘ ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten uneingeschränkt zu vertreten“.

Der Eintragung lag die Anmeldung vom 9.4.1999 zugrunde, die lautete: „Die Komplementärin und ihre Geschäftsführer sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit“. Auf vom Amtsgericht geäußerte Bedenken formulierte die Beschwerdeführerin am 22.6.1999 die Anmeldung neu: „Die Komplementärin und der derzeitige Geschäftsführer B sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“ Das Amtsgericht hat am 27.9.1999 „die am 9.4.1999 und am 22.6.1999 klargestellte Befreiung der Geschäftsführer der Komplementärin bzw. deren derzeitigem Geschäftsführer B von den Beschränkungen des § 181 BGB“ zur Eintragung abgelehnt. Die Beschwerde der Gesellschaft hiergegen hat das Landgericht mit Beschluss vom 11.11.1999 zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die vom Notar eingelegte weitere Beschwerde der Gesellschaft, jedoch ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt, das Erstgericht habe zu Recht die beantragte Eintragung abgelehnt. Anerkannt sei zwar, dass die Befreiung der Komplementär-GmbH von der Vorschrift des § 181 BGB eintragungsfähig sei. Umstritten sei indessen, ob die Befreiung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH von der Vorschrift des § 181 BGB im Handelsregister der GmbH & Co. KG eintragungsfähig sei. Die Kammer vertrete die Auffassung, dass sie deshalb nicht eintragungsfähig sei, weil sie nicht die Vertretungsbefugnis der Komplementär-GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin der GmbH & Co. KG betreffe, sondern die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH selbst. Dem könne nicht entgegengehalten werden, die Befreiung des Geschäfts-

führers der Komplementär-GmbH stamme aus dem Gesellschaftsvertrag der KG. Richtig sei zwar, dass im KG-Gesellschaftsvertrag festgelegt werden könne, dass der/die Komplementär/in von dem Verbot des § 181 BGB befreit sein solle. Weitere Einflussmöglichkeiten auf die Gestaltung der rechtlichen Stellung der Organe der Komplementär-GmbH stünden aber allein im Einflussbereich von deren Gesellschaftern.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) im Ergebnis stand.

Das Landgericht hat zwar zutreffend den von der Beschwerdeführerin im Schreiben vom 22.6.1999 gestellten Antrag zurückgewiesen, in das Handelsregister einzutragen, da „der derzeitige Geschäftsführer B ... von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit“ sei. Seine Auffassung, dass die Befreiung der Geschäftsführer der Komplementärin von den Beschränkungen des § 181 BGB überhaupt nicht im Registerblatt der KG eingetragen werden könne, trifft indes nicht zu.

Der Senat hat in seinem Beschluss vom 4.11.1999 (BayObLGZ 1999, 349 [= MittBayNot 2000, 53] die Eintragungsfähigkeit der Gestattung, dass der Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG Rechtsgeschäfte mit sich im eigenen Namen und der KG vornehmen könne, bejaht. Er hat dabei u. a. ausgeführt:

„Die Erwägungen, die zu der Eintragungsfähigkeit der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens der Geschäftsführer einer GmbH oder der persönlich haftende Gesellschafter einer OHG oder KG führen, zwingen dazu, die Eintragungsfähigkeit der Befreiung auch des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH im Handelsregister der KG zu bejahen (vgl. *Westermeier* MittBayNot 1998, 155). Die Eintragung kann Bedeutung haben für den Fall, dass der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH im eigenen Namen Rechtsgeschäfte mit der KG abschließen will. Die Eintragung der Gestattung des Selbstkontrahierens hat eine Warnfunktion, die den Rechtsverkehr auf die Gefahr hinweisen soll, dass zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer Vermögen verlagert und die rechtliche Zuordnung bewusst unklar gehalten werden kann (BGHZ 87, 54/62). Diese Warnfunktion ist bei einem Fall wie hier in verstärktem Ausmaß erforderlich, weil die durch das Selbstkontrahieren gegebene Gefahr nicht nur zwischen der GmbH & Co. KG und der Komplementär-GmbH sondern auch im Verhältnis zu deren Geschäftsführern besteht. ... Zudem dienen Eintragungen im Handelsregister über die Vertretungsverhältnisse der Legitimation der Vertreter der Gesellschaft insbesondere im Grundbuchverkehr.

Die Anmeldung muss die Vertretungsbefugnis ausdrücklich offen legen, es genügt nicht, dass sie durch Schlussfolgerungen (vgl. BayObLG GmbHR 1981, 59) oder durch Bezugnahme auf die dem Registergericht eingereichten Unterlagen (vgl. *Kirberger* RPfleger 1976, 237 m.w.N.; *Keidel-Schmatz/Stöber* Registerrecht 5. Aufl. Rdnr. 730c) erschlossen werden kann. ...

Im Interesse der Klarheit und Erhöhung der Schnelligkeit des Geschäftsverkehrs ist daher nur eine Vertretungsregelung ordnungsgemäß angemeldet und damit eintragungsfähig, die ohne Zuziehung anderer Registerblätter oder eingereicherter Urkunden verständlich ist.“

Aus sich heraus verständlich und für den Geschäftsverkehr eindeutig ist eine Vertretungsregelung, die andere Eintragungen voraussetzt – hier als Geschäftsführer der GmbH – nur, wenn sie nicht durch Eintragungen in anderen Registerblättern – hier das Registerblatt der GmbH – unrichtig werden

kann. Dies ist bei der angemeldeten Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens nicht der Fall. Das Registerblatt der KG kann nämlich keine verlässliche Auskunft darüber erteilen, ob B tatsächlich noch der derzeitige Geschäftsführer der Komplementärin ist. Das Landgericht hat daher im Ergebnis zu Recht die die Eintragung ablehnende Entscheidung des Amtsgerichts bestätigt.

3. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass gegen die Eintragung der am 9.4.1999 angemeldeten Vertretungsbefugnis, die infolge der Abänderung vom 22.6.1999 nicht mehr Verfahrensgegenstand ist, keine Bedenken bestehen. Die Eintragung „Die Komplementärin und ihre Geschäftsführer sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit“ ist aus sich heraus verständlich und kann nicht durch eine Eintragung auf dem Registerblatt der Komplementär-GmbH unrichtig werden.

18. HGB § 24 (*Firmenfortführung durch Kommanditisten nach Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile*)

Die Firma einer nach Ausscheiden des einzigen Komplementärs aufgelösten Kommanditgesellschaft kann von dem Kommanditisten fortgeführt werden, der sämtliche Gesellschaftsanteile erworben hat.

BayObLG, Beschluss vom 10.3.2000 – 3Z BR 385/99 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

19. FGG § 129; UmwG § 160 (*Auslegung von Registeranmeldungen; Beschwerderecht des Notars*)

- 1. Die Anmeldung zum Handelsregister ist als Verfahrenshandlung vom Rechtsbeschwerdegericht selbständig auszulegen. Im Zweifel ist die Anmeldung so auszulegen, dass sie im Ergebnis Erfolg haben kann.**
- 2. Die Bestimmung des § 129 FGG gibt als solche dem Notar kein eigenes Beschwerderecht. Die darin niedergelegte Vollmachtsvermutung gilt nur, wenn der Anmeldende öffentlich-rechtlich zur Anmeldung verpflichtet ist.**
- 3. Eine derartige Pflicht besteht nicht zur Anmeldung einer Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz.**

BayObLG, Beschluss vom 16.2.2000 – 3Z BR 389/99 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

20. HGB §§ 108 Abs. 2, 161 Abs. 2 (*Zur Angabe der Firma bei Namenszeichnung für GmbH & Co. KG*)

Bei der Zeichnung der Namensunterschrift für die Anmeldung einer GmbH & Co. KG zur Eintragung in das Handelsregister ist nicht erforderlich, dass die Angabe der Firma unmittelbar bei der Unterschriftszeichnung erfolgt. Es genügt eine sich aus der Anmeldung ergebende eindeutige Zuordnung der Namensunterschrift zu der Firma, für die der Unterzeichner vertretungsberechtigt sein soll.

OLG Köln, Beschluss vom 7.4.2000 – 2 Wx 16/00 – mitgeteilt von *Dr. Lothar Jäger*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 9.2.1999 haben die Beteiligten die „Tischlerei G.H. GmbH & Co. KG“ zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet. Beteiligt an dieser Gesellschaft sind die „G.H. Verwaltungs GmbH“, vertreten durch die Geschäftsführer G.H. und T.G., als persönlich haftende Gesellschafterin, und die Herren G.H. und T.G. als jeweilige Kommanditisten.

In dem notariell beglaubigten Eintragungsantrag vom 29.1.1999 heißt es:

„Die Geschäftsführer der oben genannten GmbH zeichnen ihre Namensunterschriften wie folgt:“

Es folgen anschließend die Unterschriften der beiden Beteiligten.

Weiter heißt es:

„Bei der Unterzeichnung dieser Handelsregisteranmeldung handeln Herr G.H. und Herr T.G. jeweils im eigenen Namen als Kommanditisten und als Einzelvertretungsberechtigte, von den Beschränkungen des § 181 BGB allgemein befreite Geschäftsführer für die oben genannte GmbH.“

...“

Anschließend folgen wiederum die Unterschriften der beiden Beteiligten ohne jeden Namenszusatz.

Das Registergericht hat die Kommanditgesellschaft am 12.4.1999 in das Handelsregister eingetragen. Mit Verfügung vom 5.10.1999 hat die Rechtspflegerin die Beteiligten zur Vervollständigung der Zeichnung mit der Begründung aufgefordert, die Geschäftsführer der GmbH hätten als persönlich haftende Gesellschafterin der KG sowohl die Firma der KG, die Firma der GmbH sowie ihre Namensunterschrift zu zeichnen. Nachdem die Beteiligten eine Ergänzung der Zeichnung abgelehnt hatten, hat das Amtsgericht mit Verfügung vom 7.12.1999 die Aufforderung wiederholt und zugleich die Verhängung eines Zwangsgeldes angedroht. Einspruch und Beschwerde hiergegen blieben erfolglos. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Entgegen der Ansicht der Rechtspflegerin beim Registergericht ist es nicht erforderlich, dass die zu hinterlegende Unterschrift in der Weise gezeichnet wird, dass der Namensunterschrift die Firma hinzuzufügen ist.

(...)

Der vom Registergericht geforderte Zusatz der Firma in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Zeichnung der Namensunterschrift ist nicht erforderlich. Eine entsprechende Notwendigkeit ergibt sich weder aus dem Wortlaut des neugefassten § 108 Abs. 2 HGB noch aus den Gesetzesmaterialien (BT-Drs 13/8444, S. 64, zu Nr. 26 [§ 108 Abs. 2 HGB]). Der Gesetzgeber hat vielmehr ausdrücklich offen gelassen, wie die Angabe der Firma zu erfolgen hat. Der nach allgemeiner Ansicht mit der Zeichnungspflicht verfolgte Zweck, eine möglichst sichere Grundlage für eine etwaige Prüfung der Echtheit der Unterschriften im Geschäftsverkehr zu schaffen (vgl. hierzu: *Ensthaler/Nickel*, GK-HGB, 6. Auflage 1999, § 12 Rdnr. 6, § 29 Rdnr. 3; § 53 Rdnr. 4; § 108 Rdnr. 5), macht es ebenso wenig notwendig, die Angabe der Firma unmittelbar bei der Unterschriftszeichnung zu verlangen. Es genügt die eindeutige Bezeichnung der Firma in der Handelsregisteranmeldung. Hierdurch ist gewährleistet, dass aus dem beim Handelsregister hinterlegten Schriftstück eine eindeutige Zuordnung der Namensunterschrift zu der Firma möglich ist, für die der Unterzeichner vertretungsberechtigt sein soll (*Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, BeurKG, 14. Auflage 1999, § 41 Rdnr. 12a).

Diesen Grundsätzen wird die von den Beteiligten mit Schriftsatz vom 9.2.1999 beim Registergericht eingereichte Anmeldung vom 29.1.1999 gerecht. Die Beteiligungs- und Vertre-

tungsverhältnisse der angemeldeten Firma werden im Einzelnen aufgeführt. Zugleich enthält die Handelsregisteranmeldung den ausdrücklichen Hinweis darauf, dass die Beteiligten bei der Unterzeichnung jeweils im eigenen Namen als Kommanditisten und als Einzelvertretungsberechtigte, von den Beschränkungen des § 181 BGB allgemein befreite Geschäftsführer der GmbH handeln.

21. HGB § 18 Abs. 2 (Zur Irreführung bei Namensfirma)

Die Bildung einer Namensfirma unter Verwendung nur eines Teils eines Doppelnamens ist nicht zur Irreführung i.S.v. § 18 Abs. 2 HGB geeignet.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG Passau, Beschluss vom 30.3.2000 – 1 HK T 84/99 – mitgeteilt von Notar *Gerhard Bäcker*, Passau

Zum Sachverhalt:

Zur Eintragung in das Handelsregister meldeten am 27.12.1999 die beiden Geschäftsführerinnen, die zugleich Gründungsgesellschafterinnen einer von ihnen gegründeten GmbH sind, die Firma „Sch. Verwaltungs GmbH“ an. Ebenfalls am 27.12.1999 meldeten die Sch. Verwaltungs GmbH sowie die beiden Geschäftsführerinnen der GmbH die Firma „Sch. GmbH & Co. KG“ zur Eintragung in das Handelsregister an.

Das Amtsgericht P. half durch Verfügung vom 6.3.2000 einer Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 25.1.2000, nicht ab. In beiden Verfügungen verneinte es die Eintragungsfähigkeit der Firmen „Sch. Verwaltungs GmbH“ und „Sch. GmbH & Co. KG“ wegen Bestehens von Eintragungshindernissen. Die Verfügungen des Gerichts gründen sich darauf, dass die Neuregelung des § 18 II HGB nach wie vor ein Irreführungsverbot enthalte, das allerdings jetzt auf ersichtliche Irreführung beschränkt sei. Eine ersichtliche Irreführung liege auch dann vor, wenn bei Neugründung einer Firma ein personenstandsrechtlicher Name verwendet werde, der dem personenstandsrechtlichen Namen der Firmengründer und Gesellschafter nicht entspreche. Für den Fall, dass im Firmennamen einer als Personenfirma gebildeten Gesellschaft bei Ersteintragung der Name einer natürlichen Person enthalten sei, so habe dies nach dem Zweck der Vorschrift des § 18 II HGB der vollständige Personennamen nach den personenstandsrechtlichen Vorschriften zu sein und nicht nur ein Teil davon.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Verfügungen sind aufzuheben, da die Beschwerde zulässig und begründet ist.

1. Die Beschwerde ist zulässig. Insbesondere ist die Beschwerde statthaft gem. § 19 I FGG. Gegen die Zulässigkeit im Übrigen bestehen keine Bedenken.

Die Kammer für Handelssachen des Landgerichts Passau ist gem. § 19 II i.V.m. § 30 I 2 FGG, § 95 I Nr. 4 b VVG zur Entscheidung berufen.

2. Die Beschwerde ist auch begründet.

Nach § 4 I 1 GmbHG a.F. musste die Firma einer GmbH entweder vom Gegenstand des Unternehmens entlehnt sein oder die Namen der Gesellschafter oder den Namen wenigstens eines derselben mit einem das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses andeutenden Zusatz enthalten. § 4 GmbHG wurde durch Art. 9 HRefG v. 22.06.1998 (BGBl. I S. 1474) neu gefasst, und zwar dergestalt, dass § 4 GmbHG n.F. nunmehr allein auf das Erfordernis eines Rechtsform-

zusatzes abstellt. Die Zulässigkeit der Firma einer GmbH im Übrigen ist nach der Vorschrift des § 18 II HGB zu beurteilen, welche über § 6 HGB zur Anwendung kommt und für das gesamte Firmenrecht einschließlich der Firmen von Kapitalgesellschaften, für die Firma als Ganzes wie in ihren Bestandteilen gilt, vgl. *Koller/Roth/Morck* HGB 2. Aufl. 1999 § 18 HGB Rdnr. 6. Eine Irreführung einer Angabe bzw. Aussage ist dann anzunehmen, wenn sie bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine unrichtige Vorstellung hervorruft. Hierfür ist entscheidend, dass die Angabe zur Täuschung geeignet ist, nicht, dass eine Täuschung tatsächlich eingetreten ist. Irreführend sind i.d.R. Angaben, die einen objektiv falschen Tatbestand behaupten, im Einzelfall u.U. aber auch objektiv richtige Angaben, vgl. *Koller/Roth/Morck* § 18 HGB Rdnr. 7.

Entscheidungserheblich soll nach der Neufassung des § 18 II HGB sein, ob dem Registergericht ersichtlich ist, dass sich Angaben im Rahmen der Firma über Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, zur Irreführung eignen. Durch die Beschränkung auf die Ersichtlichkeit der Täuschungseignung wird der Prüfungsmaßstab des registergerichtlichen Verfahrens auf eine kursorische Prüfung beschränkt. Jenseits der Offensichtlichkeit sich befindende Zweifel an der Zulässigkeit der Firma werden den späteren wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsstreitigkeiten (§ 3 UWG) zugewiesen, wodurch man Maßstabdivergenzen zwischen registerrechtlichem und wettbewerbsrechtlichem Verfahren zur Vereinfachung der Firmenbildung bewusst in Kauf nahm, vgl. *Bülow/Artz* JuS 1998, 683.

Im vorliegenden Fall wurde die Firma der GmbH als Personenfirma ausgestaltet.

Bei Verwendung eines Namens geht die Verkehrserwartung dahin, dass damit der Unternehmensträger identifiziert wird; bei Gesellschaftsfirmen, dass Gesellschafter genannt werden, vgl. *Koller/Roth/Morck* § 18 HGB Rdnr. 15.

Eine Eignung zu einer Irreführung i.S.d. § 18 II HGB mag hier zwar anzunehmen sein: Die Verwendung lediglich des einen Bestandteils, des Doppelnamens statt des vollständigen Doppelnamens als personenstandsrechtlich korrekte Namensbezeichnung zur Bildung der Firma kann nach der Verkehrserwartung die Vorstellung erwecken, eine Person namens Sch. sei Gesellschafter des Unternehmens, obwohl hiermit in Wirklichkeit eine Person mit dem Doppelnamen „H-Sch“ gemeint sein soll.

Bei der Verwendung des Firmenbestandteils handelt es sich hier aber jedenfalls um keinen für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlichen Umstand. Dabei kommt es nach neuem Recht (orientiert an § 13a UWG) auf zweierlei an: Zum einen muss die Angabe von einiger wettbewerblischer Relevanz sein, d.h. für die angesprochenen Kundenkreise bzw. Geschäftspartner in ihrer Wertschätzung für den Unternehmensträger von Gewicht sein. Zum anderen ist die Sicht des durchschnittlichen Angehörigen des betroffenen Personenkreises maßgeblich, vgl. *Koller/Roth/Morck* § 18 HGB Rdnr. 9. Hierbei ist nunmehr, um europäischen Standards gerecht zu werden, auf mutmaßliche Erwartungen eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers bzw. Geschäftspartners abzustellen, vgl. EuGH EuZW 1998, 528, *Koller/Roth/Morck* § 18 HGB Rdnr. 9.

Aus einer derartigen Sichtweise heraus ist die hier im Raum stehende irreführende Angabe nicht von einiger wettbewerblischer Relevanz. Ein Mitglied des angesprochenen Verkehrskreises wird von dem Firmenbestandteil „Sch.“ nicht in be-

sonderer Weise derart angesprochen, dass daraus ein bedeutender wettbewerblicher Vorteil gegenüber Konkurrenten resultieren könnte. Es handelt sich dabei um einen gewöhnlichen und neutralen Namen, der als Firmenbestandteil dem damit bezeichneten Unternehmen keinen entscheidenden Wettbewerbsvorteil verschafft, da dadurch ein Durchschnittsverbraucher oder ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Geschäftspartner nicht in maßgeblicher Weise zu einem geschäftlichen Kontakt motiviert wird. Es handelt sich dabei jedenfalls nicht um den Namen einer besonderen Persönlichkeit, der sich auf Grund seiner weit verbreiteten positiven Resonanz bei den Konsumenten besonders gut vermarkten lassen könnte, sodass dieser Umstand nach der Neuregelung als unbeachtlich anzusehen ist, vgl. *Müther GmbH* 1998, 1060.

Soweit ein Mitglied des angesprochenen Verkehrskreises im konkreten Fall durch den hier in Rede stehenden Firmenbestandteil an die in der Region nicht unbekannte Unternehmerfamilie gleichen Namens, welche sich der Herstellung von Lkw-Anhängern verschrieben hat, – erinnert wird, so ist eine etwaige damit verbundene Höherbewertung des Images des gegründeten Unternehmens hinzunehmen. Der Firmenbestandteil „Sch“ würde nämlich auch bei Verwendung des Doppelnamens in der Firma auftauchen, sodass dieser Umstand schon aus diesem Grund nicht als von einiger wettbewerblicher Relevanz angesehen werden kann. Ferner kann die Verwendung des Firmenbestandteils „Sch.“ insofern aus wettbewerblichen Gründen nicht beanstandet werden, als die hierdurch bezeichnete Gründungsgesellschafterin tatsächlich der in der Region bekannten Unternehmerfamilie entstammt und demzufolge in der ausschließlichen Verwendung des einen Bestandteils des Doppelnamens eine gewisse unternehmerische Tradition nicht zu Unrecht Anklang findet. Indem auch nur der eine Namensbestandteil des Doppelnamens der Gründungsgesellschafterin in die Firma aufgenommen wurde, ist für die angesprochenen Verkehrskreise die Möglichkeit gewahrt, den Bezug zum Unternehmen zu erkennen, der bei der Verwendung von Personennamen nach wie vor nötig ist, vgl. *Ruß* in Heidelberg Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 1999, § 18 HGB, Rdnr. 16. Es handelt sich dabei im vorliegenden Fall nicht um einen völlig aus der Luft gegriffenen Namen, der mit dem Unternehmen in keinen Zusammenhang zu bringen wäre, sondern der Bestandteil „Sch.“ findet sich immerhin im Doppelnamen einer Gründungsgesellschafterin, die zugleich auch Geschäftsführerin ist und als solche die GmbH nach außen vertritt. Dass hier nur der eine Teil des Doppelnamens verwendet wurde, ist letztlich unschädlich, da die Verkehrserwartung der angesprochenen Kreise nach der Liberalisierung des Firmenrechts nicht mehr auf eine korrekte Schreibweise von Namen und Vornamen gerichtet sein kann, da nunmehr die entsprechenden Vorschriften nicht mehr bestehen, vgl. *Ruß* in Heidelberg Kommentar zum HGB, 5. Aufl. 1999, § 18 HGB, Rdnr. 16.

22. § 18 HGB (*Zulässigkeit einer namensähnlichen Phantasiafirma*)

1. Auf Grund der mit dem Handelsrechtsreformgesetz verbundenen Liberalisierung des Firmenrechts können an die Firmenbildung nicht mehr die früher geltenden strengen Maßstäbe zur Vermeidung von Täuschungen und Irrtümern angelegt werden.

2. Hinsichtlich der Irreführung i.S.v. § 18 Abs. 2 HGB n.F. gilt, dass ein Phantasiezusatz auch dann nicht täuscht, wenn man ihn für einen Familiennamen halten könnte. Im Übrigen wäre eine Täuschung unschädlich, weil sich bei der deutschen Personenfirma niemand darauf verlassen kann, dass die in der Firma genannte Person noch Gesellschafter ist.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Landshut, Beschluss vom 15.3.2000, – 2HK T 133/00 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Norbert Mayer*, Pfarrkirchen

Zum Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 8.10.1999 unter Vorlage der Urkunde Nr. 2022/1999 und der geänderten Satzung der Firma Rosai Grundstückshandels Ges.mbH (Sonderband 17) unter anderem eine Änderung der Firma zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Gemäß § 1 S. 1 der Satzung lautet die Firma der Gesellschaft nunmehr „Frischhut Immobilien GmbH“.

Mit Zwischenverfügung vom 3.12.1999 forderte das Amtsgericht – Registergericht unter Bezugnahme auf eine gutachtliche Stellungnahme der Industrie- und Handelskammer die Gesellschaft auf, die Satzung zu ändern und die Änderung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Es vertritt die Auffassung, dass der Firmenbestandteil „Frischhut“ als offensichtlicher Name einer natürlichen Person geeignet sei, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich seien, irrezuführen, da tatsächlich an dem Unternehmen keine Person mit diesem Namen beteiligt sei. Die hiergegen vom Notar eingelegte Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg.

Die Kammer teilt die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung, wonach die Eintragung der Firma „Frischhut Immobilien GmbH“ zulässig ist.

a) Nach § 18 II S. 1 HGB a.F. durfte einer Firma kein Zusatz beigefügt werden, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet oder sonst geeignet ist, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts und die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. In § 4 II S. 2 GmbHG a.F. war für Gesellschaften mit beschränkter Haftung hierzu ausdrücklich normiert, dass die Namen anderer Personen als der Gesellschafter nicht in die Firma aufgenommen werden dürfen.

Mit dem Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998 wurde sowohl § 18 HGB als auch § 4 GmbHG neu gefasst.

Nach § 18 II S. 1 HGB n.F. darf eine Firma keine irreführenden Angaben „über geschäftliche Verhältnisse“ enthalten. Damit soll ein umfassendes Irreführungsverbot für sämtliche Firmenbestandteile einschließlich der Firma als Ganze im Anschluss an die modernere Formulierung von § 3 UWG angeordnet werden. Die Begründung zum Regierungsentwurf (dort S. 52) merkt an, dass die registergerichtliche Prüfung der Firma auf Täuschungseignung im Interesse eines vorbeugenden Verkehrsschutzes beibehalten wird, weil allein eine nachträgliche Kontrolle mit Mitteln des Wettbewerbsrechts nach § 3 UWG unzureichend wäre.

In der Vorschrift kommt die zu den tragenden Grundsätzen des Firmenrechts gehörende Forderung nach Firmenwahrheit zum Ausdruck. Firmenwahrheit bedeutet, dass Irreführungen des Publikums vermieden werden sollen. Die Firma darf weder in ihrem Kern noch den Zusätzen oder insgesamt Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse,

die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irreführend.

Das Handelsrechtsreformgesetz zielt eindeutig auf eine Liberalisierung des Firmenrechts im Zuge europäischer Angleichung ab. Nach Auffassung der Kammer ist es daher nicht mehr gerechtfertigt, den früher in Rechtsprechung und Lehre üblichen verhältnismäßig strengen Maßstab anzulegen, wenn es galt, Täuschungen und Irrtümer zu vermeiden.

Für die Verwendung von Eigennamen als Firmenbestandteil ergibt sich dies u.a. aus dem völligen Wegfall der früheren einschränkenden Regelung des § 4 II S. 2 GmbHG a.F. und der nunmehrigen Zulässigkeit von Phantasiebezeichnungen. Einziges Erfordernis ist insoweit gem. § 18 I HGB n.F., dass die Firma zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen muss.

Hinsichtlich Irreführung gilt, dass ein Phantasiezusatz auch dann nicht täuscht, wenn man ihn für einen Familiennamen halten könnte, denn so gut wie jedes Wort kann als Personenname vorkommen. Im Übrigen wäre eine Täuschung unschädlich, weil sich bei der deutschen Personenfirma niemand darauf verlassen kann, dass die in der Firma genannte Person noch Gesellschafter ist (Münchener Kommentar, HGB, Ergänzungsband 1999, § 18 Rdnr. 17).

Auf Grund dieser Überlegungen hält die Kammer den offensichtlichen Eigennamen „Frischhut“ als Firmenbestandteil registerrechtlich für zulässig, zumal, wie im Beschwerdeschreiben dargelegt, die GmbH zum Konzernbereich der Frischhut-Gruppe gehört.

Eine Irreführung durch einen sonstigen Firmenbestandteil steht nicht in Frage. In Betracht käme ohnehin nur der den Tätigkeitsbereich beschreibende Begriff „Immobilien“.

b) Auf die verfahrensbezogene Einschränkung der „ersichtlichen“ Irreführung nach § 18 II S. 2 GmbH n.F., die im Übrigen auch nicht zu bejahen wäre, kommt es daher nicht mehr an.

III. Eine Kostenentscheidung durch das Beschwerdegericht war nicht veranlasst (*Keidel/Kuntze/Winkler*, wie oben, 13 a Rdnr. 36). Gleiches gilt für den Gebührenwert, da das Verfahren gebührenfrei ist, § 131 I Ziff. 2 KostO.

Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht

23. BGB § 1147 (*Vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung bei Grundschuld*)

Als Inhalt einer Grundschuld kann vereinbart werden, dass eine Zwangsversteigerung aus der Grundschuld nur zulässig ist, wenn nach den Versteigerungsbedingungen eine bereits eingetragene Vormerkung durch den Zuschlag nicht erlischt.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Saarbrücken, Beschluss vom 4.2.2000 – 5 T 73/00 – mitgeteilt von Notar *Rudolf Lehmann*, Saarbrücken

Zum Sachverhalt:

Die Antragsteller haben unter Hinweis auf die Eintragungsbewilligungen UR Nr. 1846/1999 und UR Nr. 1968/1999 auf Grund einer Vereinbarung vom 24.6.1999 die Eintragung folgender Inhaltsänderung bei der Grundschuld Abteilung III Nr. 4 beantragt:

Die Zwangsversteigerung aus der Grundschuld ist nur zulässig, wenn nach den Versteigerungsbedingungen die in Abteilung II Nr. 7 für die Landeshauptstadt Saarbrücken eingetragene Eigentumsvormerkung durch den Zuschlag nicht erlischt, sondern fortbesteht, wenn sie im Zeitpunkt des Zuschlags noch eingetragen ist.

Das Amtsgericht – Rechtspflegerin – hat diesen Antrag durch Beschluss vom 22.10.1999 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es unter anderem ausgeführt, durch die Eintragung dieser Vereinbarung in das Grundbuch solle das dem jeweiligen Gläubiger der Grundschuld durch die Vorschrift des § 1147 BGB gewährleistete Recht, sich aus dem belasteten Grundstück wegen des Grundschuldbetrages im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen, selbst eingeschränkt werden, womit der Inhalt der Grundschuld selbst vertraglich geregelt werden solle. Das Verwertungsrecht des Gläubigers sei jedoch wesentlicher Inhalt der Grundschuld. Der übereinstimmende Wille aller Beteiligten könne die zur Eintragung beantragte Vereinbarung nicht zum Inhalt der Grundschuld, also zum Inhalt des dinglichen Rechts machen. Das Verwertungsrecht des Gläubigers nach § 1147 BGB sei eine zwingende Vorschrift.

Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin zu 1) Beschwerde eingelegt. Diese hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Auffassung des Amtsgerichts hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Zwar trifft es zu, dass das Recht des Gläubigers nach § 1147 BGB auf jede Zwangsvollstreckung weder schuldrechtlich noch dinglich ausgeschlossen werden kann (vgl. *Staudinger-Wolfsteiner*, 2 zu § 1113; *Palandt*, BGB, 59. Auflage, Anmerkung 1 zu § 1147).

Um einen solchen absoluten Ausschluss jeglicher Zwangsvollstreckung geht es im vorliegenden Fall jedoch nicht, es handelt sich vielmehr um die Vereinbarung einer Bedingung im Sinne einer Vollstreckungsbeschränkung.

Derartige Vollstreckungsbeschränkungen sind aber zulässig (vgl. *Palandt*, a.a.O.; *Staudinger-Wolfsteiner*, a.a.O.).

So ist etwa zulässig die Vereinbarung, dass der Gläubiger nur vollstrecken darf, wenn die Hypothek ersten Rang einnimmt, während er im Übrigen darauf beschränkt sein soll, im Verteilungsverfahren befriedigt zu werden, falls ein vor- oder gleichrangiger Gläubiger vollstrecken sollte. Gleiches gilt für eine Abrede, dass sich der Gläubiger nur einer von einem anderen Gläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung anschließen darf (vgl. *Staudinger-Wolfsteiner*, a.a.O.; Kammergericht JW 1931, 3282).

Auch gegen andere Vollstreckungsbeschränkungen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. So kann immer mit dinglicher Wirkung vereinbart werden, dass nur Zwangsverwaltung, keine Zwangsversteigerung zulässig ist und umgekehrt (vgl. *Staudinger-Wolfsteiner*, Anmerkung 3 zu § 1113; BGB-RGRK-*Mattern*, Rdnr. 12 zu § 1147; *Ehrmann*, BGB, Rdnr. 1 zu § 1147).

Zulässig ist auch die Abrede, die Hypothek dürfe erst geltend gemacht werden, wenn erfolglos die Verwertung anderer Sicherheiten versucht worden war (vgl. *Staudinger*, a.a.O.; BGH NJW 1986, 1487).

Ist demnach sogar die Vereinbarung jeglichen Ausschlusses der Zwangsversteigerung bei bestehendem Recht, die Zwangsverwaltung zu betreiben zulässig, bestehen nach Auffassung der Kammer im vorliegenden Fall keinerlei Bedenken, eine Inhaltsänderung des Inhalts einzutragen, dass die Zwangsversteigerung aus der Grundschuld nur zulässig ist, wenn nach den Versteigerungsbedingungen die eingetragene in Bezug

genommene Eigentumsvormerkung durch den Zuschlag nicht erlischt, sondern fortbesteht, wenn sie im Zeitpunkt des Zuschlages noch eingetragen ist.

Auch der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz ist gewahrt. Es ist aus dem Grundbuch ersichtlich, ob der Grundschuldgläubiger, will er die Grundschuld verwerten, den Antrag nach § 59 ZVG stellen muss, dass die Eintragungsvormerkung durch den Zuschlag nicht erlischt.

Das Amtsgericht war daher unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses anzuweisen, anderweitig über den gestellten Antrag zu entscheiden.

Kostenrecht

24. KostO §§ 25, 156 (*Bewertung eines Mietrechts*)

- 1. Bei der Entscheidung, ob im Sinn des § 25 Abs. 1 Satz 1 der Kostenordnung ein Mietrecht von bestimmter oder unbestimmter Vertragsdauer vorliegt, ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, nicht auf den vereinbarten Beginn der Mietzeit abzustellen.**
- 2. Kann eine der Parteien bis zum Beginn der Mietzeit ohne Vorliegen besonderer Voraussetzungen vom Vertrag zurücktreten, so liegt ein Mietrecht von unbestimmter Vertragsdauer vor.**

BayObLG, Beschluss vom 23.5.2000 – 3Z BR 61/00 –

Zum Sachverhalt:

Am 28.6.1999 beurkundete der weitere Beteiligte den Verkauf von Grundstücken nebst einem Vorkaufsrecht an die Beteiligte zum Kaufpreis von 3 255 000 DM zuzüglich 529 914 DM darauf entfallende Umsatzsteuer. Die Beteiligte sollte die Grundstücke bebauen und anschließend an die Käufer vermieten. Ziffer XV der Kaufvertragsurkunde lautet:

„Zwischen dem Käufer und dem Verkäufer wird, aufschiebend bedingt mit Eintritt des Tages der Besitzübergabe, der Mietvertrag geschlossen, der niedergelegt ist in der Anlage I zu dieser Urkunde.“

Die Präambel des Mietvertrags lautet:

- „1. Der Vermieter wird in Vollzug des in der Haupturkunde und des erforderlichen Nachtrags zur Messungsanerkennung und Auflassung Eigentümer der mit der Haupturkunde erworbenen Grundstücke bzw. Teilflächen (nachfolgend „Mietgrundstück“ genannt). Das Grundstück wird vom Vermieter bebaut, sobald die Baugenehmigung erteilt wurde. Eine Vermietung ist nur möglich, wenn diese Voraussetzungen vorliegen.
2. Der Mietvertrag tritt deshalb nur in Kraft, wenn alle nachfolgend genannten Bedingungen vorliegen:
 - a) Abschluss und Sicherstellung des Vollzuges des Grundstückserwerbsvertrages.
 - b) Erteilung der Baugenehmigung einschließlich Genehmigung der vorgesehenen Nutzung und Eintritt der Rechtsbeständigkeit.
 - c) Die öffentlich-rechtlichen Genehmigungen enthalten keine Abweichungen, Änderungen oder Auflagen, die einer wirtschaftlich sinnvollen Durchführung der Baumaßnahme aus der Sicht eines ordentlichen Grundstücksentwicklers als Vermieter entgegenstehen. Der Vermieter ist verpflichtet, den Mieter unverzüglich schriftlich zu unterrichten, wenn die Bedingungen gemäß litt a)–c) eingetreten sind.

3. Nachdem die schriftliche Mitteilung gemäß Ziff. 2 vorliegt, kann sich keine Partei mehr darauf berufen, der Mietvertrag sei wegen Nichteintritts einer oder mehrerer der vereinbarten Bedingungen noch nicht wirksam geworden. Insoweit hat die Mitteilung konstitutive Wirkung; sie setzt den Vertrag zu den nachfolgenden Bestimmungen und rechtsverbindlich für alle Vertragsschließenden in Kraft.“

In § 6 des Mietvertrags ist folgende Mietdauer/Option vereinbart:

„1. Die Mietzeit beträgt 20 Jahre.

Sie beginnt mit der Nutzung des Mietobjektes durch den Mieter, spätestens bei Übernahme gemäß § 5.

2. Die Mietzeit verlängert sich automatisch 2 mal um 5 Jahre, es sei denn, der Mieter widerspricht 3 Monate vor dem Verlängerungseintritt durch eingeschriebenen Brief.

3. Nach Ablauf der Mietzeit gemäß Ziff. 2 verlängert sich das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit. Es kann jetzt von jeder Seite mit einer Frist von 12 Monaten gekündigt werden. Die Kündigung bedarf der Schriftform.“

In § 24 enthält der Mietvertrag ein Rücktrittsrecht für den Mieter wie folgt:

„1. Der Mieter ist bis zur Übergabe des Mietobjekts jederzeit ohne Angabe von Gründen zum Rücktritt von diesem Vertrag berechtigt.

2.

3. Im Falle eines Rücktritts gemäß Absatz 1 ... sind gegenseitige Rückabwicklungsansprüche ausgeschlossen. Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Wirksamkeit des Kaufvertrages von einem Rücktritt oder einer Kündigung dieses Mietvertrages nicht berührt wird.“

Seiner Kostenberechnung vom 30.6.1999 legte der Notar folgende Bewertung zugrunde:

Kaufvertrag, Kaufpreis + Mehrwertsteuer =	3 784 914 DM
Vorkaufsrecht an der Restfläche, Wertbestimmung gem. § 20 Abs. 2 KostO = 1/2 des Verkehrswertes =	850 000 DM
Mietvertrag – Bruttomiete + Nebenkosten x 12 x 20 =	21 993 600 DM
– Wertsicherungsklausel, 10 % aus kapitalisierter Nettomiete =	<u>1 668 000 DM</u>
Gesamtwert, § 44 Abs. 2a KostO	<u>28 296 514 DM.</u>

Mit ihrer Beschwerde gegen den Wertansatz der Kostenberechnung machte die Beteiligte geltend, gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 KostO sei nur der dreifache Jahresmietzins und nicht ein Mietzins von 20 Jahren anzusetzen. Der Geschäftswert für den Kaufvertrag und den Mietvertrag belaufe sich demnach auf 8 183 954 DM. Mit Beschluss vom 27.1.2000 hat das Landgericht die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beteiligte mit ihrer weiteren Beschwerde. Diese hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

Nach § 25 Abs. 1 KostO bemisst sich der Wert eines Mietrechtes nach dem Wert aller Leistungen des Mieters während der ganzen Vertragszeit. Bei Mietrechten von unbestimmter Vertragsdauer ist der Wert dreier Jahre maßgebend; ist jedoch die Auflösung des Vertrags erst nach einem längeren Zeitraum zulässig, so ist dieser maßgebend. Ob ein Vertrag von bestimmter oder unbestimmter Dauer im Sinne des § 25 KostO vorliegt, ist eine Frage der Auslegung *Bengel/Reimann* – folgend *Korintenberg* – KostO 14. Aufl. § 25 Rdnr. 9).

a) Maßgebend für die Bewertung ist der Zeitpunkt, in dem die Gebühr fällig wird (§ 18 Abs. 1 KostO). Dies ist in der Regel der Zeitpunkt, in dem das gebührenpflichtige Geschäft beendet ist (§ 7 KostO). Für die Bewertung eines Vertrages hat die

spätere Entwicklung des Rechtsverhältnisses kostenrechtlich keine Bedeutung; vielmehr ist der Inhalt des Geschäfts maßgebend. Es ist daher insbesondere ohne Bedeutung, ob der von den Beteiligten beabsichtigte Erfolg tatsächlich eintritt, ob das beurkundete Rechtsverhältnis erfüllt, aufgehoben oder angefochten wird (*Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 18 Rdnr. 4; *Korintenberg* § 18 Rdnr. 5).

b) Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war die Dauer des Mietvertrages unbestimmt, weil der Mieter berechtigt war, bis zur Übernahme des Mietobjektes vom Mietvertrag zurückzutreten.

aa) In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass ein Mietvertrag von unbestimmter Dauer vorliegt, wenn der Vertrag zwar auf bestimmte Zeit geschlossen ist, eine der Vertragsparteien den Vertrag aber ohne Vorliegen besonderer Voraussetzungen kündigen kann (OLG Hamm Rpfleger 1959, 289; *Rohs/Wedewer* 25 Rdnr. 7; *Korintenberg* § 25 Rdnr. 7; *Hartmann* Kostengesetze 29. Aufl. § 25 KostO Rdnr. 6). In diesen Fällen ist die Vertragsdauer letztlich ungewiss, weil bei Vertragsschluss nicht feststeht, ob vom Kündigungsrecht Gebrauch gemacht wird. Dieser Ungewissheit wird bewertungsmäßig dadurch Rechnung getragen, dass der Vertrag als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen angesehen wird.

bb) Es besteht kein überzeugender Grund, das hier gegebene Mietverhältnis mit vertraglichem Rücktrittsrecht unter Bewertungsgesichtspunkten anders zu behandeln als ein Mietverhältnis mit voraussetzungsfreiem Kündigungsrecht einer Mietvertragspartei. Der für die bewertungsmäßige Einordnung eines Mietverhältnisses mit voraussetzungsfreiem Kündigungsrecht als Mietverhältnis mit unbestimmter Vertragsdauer maßgebende Umstand liegt darin, dass eine Vertragspartei ohne jede Bindung darüber entscheiden kann, ob das Mietverhältnis bis zu dem vorgesehenen Endzeitpunkt durchgeführt wird. Die zu erbringenden Leistungen sind daher, weil das Vertragsverhältnis wie ein unbefristetes jederzeit beendet werden kann, nicht abzuschätzen. Für diesen Fall bewertet das Gesetz das Mietverhältnis mit dem Wert der Leistungen dreier Jahre. Insoweit unterscheiden sich jedoch die hier in Frage stehenden Gestaltungsmöglichkeiten nicht. Die Kündigung beendet das Mietverhältnis für die Zukunft (*Palandt/Heinrichs* BGB 59. Aufl. Einf. vor § 346 Rdnr. 8). Der hier bis zum Austausch der vertraglich geschuldeten Leistung zulässige Rücktritt hat zur Folge, dass es zum Leistungsaustausch nicht mehr kommt und die beiderseitigen Erfüllungsansprüche erlöschen (*Palandt/Heinrichs* § 346 Rdnr. 2). Das Rücktrittsrecht ist wie das Kündigungsrecht an keine Voraussetzungen gebunden. Es kann bis zur Übergabe der Mietsache mit der Folge ausgeübt werden, dass es zum Leistungsaustausch nicht mehr kommt. Bei Kündigung wie Rücktritt ist es letztlich dem Belieben des Mieters überlassen, welche Leistungen aufgrund des Vertrages zu erbringen sind. Es wäre ein nicht gerechtfertigter Wertungswiderspruch, würde das hier gegebene voraussetzungsfreie Rücktrittsrecht zu einer anderen Bewertung führen als ein voraussetzungsfreies Kündigungsrecht.

cc) Dem steht nicht entgegen, dass die Wirksamkeit des Mietvertrages von verschiedenen Bedingungen abhängig ist. Aufschiebende oder auflösende Bedingungen sind zwar für die Bewertung, soweit es um die Begründung eines Rechtsverhältnisses geht, grundsätzlich unbeachtlich (BayObLGZ 1986, 235/240 f.; *Korintenberg* § 18 Rdnr. 30; *Hartmann* § 18 Rdnr. 7). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die einseitige freie Gestaltungsmöglichkeit einer Vertragspartei hinsichtlich

der im Rahmen eines Mietverhältnisses zu erbringenden Leistungen wenn auch nicht für dessen Begründung, so doch im Rahmen des § 25 Abs. 1 KostO für dessen Einordnung als Mietverhältnis mit bestimmter oder unbestimmter Vertragsdauer von Bedeutung ist.

Der Auffassung des Landgerichts, das Rücktrittsrecht habe neben der in Ziffer XV des Vertrages genannten Bedingung keine Bedeutung, vermag der Senat nicht zu folgen. Die Vertragsparteien haben in § 24 des Mietvertrages, der Bestandteil der notariellen Urkunde ist, ausführlich geregelt, unter welchen konkreten Voraussetzungen sich jede Partei, auch die Beteiligte als Vermieterin, vor Übergabe des Mietobjektes von dem Vertrag lösen können. Daraus ergibt sich, dass die Vermieterin, wenn die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts nicht gegeben sind, zur Übergabe der Mietsache verpflichtet sein soll. Daher entspricht es nicht dem Willen der Vertragsparteien, wenn die Übergabe als selbständige aufschiebende Bedingung für alle mietvertraglichen Bindungen angesehen wird. Vielmehr ist Ziffer XV des Kaufvertrages dahin auszulegen, dass der Beginn der Mietzeit und damit die konkreten mietrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsparteien unter der Voraussetzung der Übergabe stehen und erst mit dieser beginnen sollen, wie dies auch in § 6 des Mietvertrages festgelegt ist. Dass die Mietvertragszeit nicht bereits mit Vertragsschluss, sondern erst mit Übergabe der Mietsache beginnt und ab diesem Zeitpunkt weder Rücktritt noch Kündigung möglich ist, ist unbeachtlich, da für die Bewertung nicht auf den Beginn der Mietzeit, sondern auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgestellt werden muss.

25. KostO § 20 Abs. 2, § 30 Abs. 1, § 107 (*Geschäftswert bei Rückkaufassungsvormerkung*)

- 1. Ist der Geschäftswert für die Erteilung eines Erbscheins zum Zwecke der Grundbuchberichtigung nach dem Wert eines Grundstücks zu bestimmen, so ist eine Rückkaufassungsvormerkung bei der Wertberechnung wie ein dingliches Recht abzuziehen.**
- 2. Sichert die Vormerkung den durch Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts bedingten Rückgabeanspruch, so ist sie nach § 30 Abs. 1 KostO zu bewerten, wenn im Falle des Rücktritts das Grundstück ohne Gegenleistung zurückzuübertragen ist.**

BayObLG, Beschluss vom 19.1.2000 – 3Z BR 380/99 –

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 8.11.1979 überließen Eheleute ihrem Sohn ihren Grundbesitz und erklärten die Auflassung. In der notariellen Urkunde heißt es:

Der Erwerber verpflichtet sich, den Vertragsgegenstand zu Lebzeiten des Veräußerers bzw. des Längstlebenden von ihnen, ohne Zustimmung weder zu belasten noch zu veräußern.

Im Falle der Zuwiderhandlung ist der Veräußerer – mehrere als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB, bzw. der Längstlebende alleine – berechtigt, durch privatschriftliche Erklärung gegenüber dem Erwerber vom schuldrechtlichen Teil dieses Vertrages zurückzutreten.

Die empfangenen Leistungen hat der Veräußerer nicht zu erstatten.

Das Rücktrittsrecht besteht auch für den Fall, dass

- a) über das Vermögen des Erwerbers das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet wird,

- b) der Erwerber vor den Veräußerern bzw. dem Längstlebenden von ihnen verstirbt, und der heutige Vertragsgegenstand nicht ausschließlich auf einen oder mehrere Abkömmlinge des Erwerbers übergeht.

Zur Sicherung des Anspruches auf Rückauflassung des Vertragsgegenstandes bestellt der Erwerber zugunsten des Veräußerers – für mehrere als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB – eine Rückauflassungsvormerkung gem. § 883 BGB.

Am 17.11.1998 verstarb der Sohn. Am 22.4.1999 bewilligte das Amtsgericht einen Erbschein dahin, dass der Erblasser zu $\frac{1}{2}$ von seiner Ehefrau und zu je $\frac{1}{4}$ von seiner Tochter und seinem Sohn (Beteiligter) beerbt wurde. Zum Nachlass gehört das überlassene Anwesen mit einem Wert von DM 442 500. Der Wert des restlichen Nachlasses beläuft sich auf DM 12 274,48. Die Nachlassverbindlichkeiten betragen DM 12 230. Mit Beschluss vom 23.7.1999 setzte das Amtsgericht den Geschäftswert auf DM 442 500 fest. Auf die Beschwerde des Betroffenen änderte das Landgericht mit Beschluss vom 5.10.1999 die Wertfestsetzung auf DM 331 875; die weitere Beschwerde hat es zugelassen.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts wendet sich der Beteiligte mit der weiteren Beschwerde. Er macht geltend, es sei der Mindestgeschäftswert anzusetzen. Ein Grundstück, das mit einem Rücktrittsrecht zugunsten der früheren Eigentümer belastet sei, sei nicht verkäuflich. Zu einem Verzicht auf ihr Rücktrittsrecht seien die Eheleute E. nur unter einer Bedingung bereit gewesen, die bis heute nicht eingetreten sei. Da es auf den Verkehrswert ankomme, könne § 30 KostO keine Anwendung finden. Selbst wenn § 30 KostO Anwendung fände, reiche ein Abzug von 25 % des Grundstückswertes nicht aus.

Auf die Entwicklung nach dem Erbfall komme es nicht an. Verzichte ein Grundschuldinhaber zu einem späteren Zeitpunkt auf sein dingliches Recht, beeinflusse dies den Wert im Zeitpunkt des Erbfalls nicht.

Der Bezirksrevisor (weiterer Beteiligter) beantragt, den ursprünglichen Geschäftswert wieder festzusetzen. Eine Vormerkung könne nicht als dingliches Recht im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 3 KostO angesehen werden. Deshalb sei ein Abzug nicht möglich.

Aus den Gründen

(...)

3. Das Rechtsmittel des Beteiligten ist zum Teil begründet, das Rechtsmittel des weiteren Beteiligten ist unbegründet.

a) Der Geschäftswert für die Erteilung eines Erbscheins bestimmt sich nach § 107 KostO. Wird der Erbschein – wie hier nur zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs erteilt, so werden gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 KostO die Gebühren nur nach dem Werte des Grundstücks berechnet, über das aufgrund des Erbscheins verfügt werden kann. Die Bestimmung enthält eine Privilegierung des Kostenschuldners, wenn außer Grundstücken oder im Grundbuch eingetragenen Rechten andere Nachlassgegenstände vorhanden sind, der Erbschein aber nur zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlich ist. (Rohs/Wedewer KostO 2. Aufl. 107 Rdnr. 2). Nach § 107 Abs. 3 Satz 3 KostO sind dingliche Rechte, mit denen Grundstücke und Rechte belastet sind, bei der Wertberechnung abzuziehen.

Im vorliegenden Fall haben sich die Übergeber des Grundstücks ein bedingtes Rücktrittsrecht vorbehalten. Für das zu bewertende Grundstück ist deshalb eine Rückauflassungsvormerkung eingetragen.

Diese hat das Landgericht als dingliches Recht im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 3 KostO angesehen. Dem ist zuzustimmen. Zwar ist eine Vormerkung kein dingliches Recht, sondern nur ein mit gewissen dinglichen Wirkungen ausgestattetes Sicherungsmittel eigener Art zur Absicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Änderung der dinglichen Rechtslage (BGHZ 25, 16/23; Palandt/Bassenge BGB 59. Aufl. § 883

Rdnr. 2; MünchKomm/Wacke BGB 3. Aufl. § 883 Rdnr. 3). Wesen und Wirkung der Vormerkung (vgl. § 883 BGB) gebieten es, sie im Rahmen der Anwendung des § 107 Abs. 3 Satz 3 KostO wie ein dingliches Recht zu behandeln. Nach § 107 Abs. 3 Satz 3 KostO sollen zwar schuldrechtliche Belastungen unberücksichtigt bleiben. Durch die Eintragung einer Vormerkung erhält der gesicherte schuldrechtliche Anspruch aber die Qualität einer dinglichen Belastung mit der Folge, dass der Wert des Grundstücks in ähnlicher Weise beeinträchtigt wird wie durch ein dingliches Recht.

b) Die Bewertung einer Vormerkung, die von der Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts abhängt, richtet sich nach § 30 Abs. 1 KostO, da eine besondere Vorschrift nicht existiert und der Wert auch sonst nicht feststeht. § 20 Abs. 2 KostO kommt nicht zur Anwendung. Die Bestimmung regelt lediglich, dass Vor- und Wiederkaufsrechte mit dem halben Wert der Sache anzusetzen sind. Zwar findet diese Vorschrift auf ähnliche Berechtigungen wie Ankaufsrechte, Optionen und Rechte aus Vorverträgen entsprechende Anwendung (Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann – nachfolgend Korintenberg – KostO 14. Aufl. § 20 Rdnr. 41). Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des hier zu beurteilenden Rücktrittsrechts, dessen Durchsetzung die Vormerkung dient, unterscheiden sich so von den Rechten des § 20 Abs. 2 KostO, dass eine entsprechende Anwendung ausscheidet (OLG Düsseldorf DNotZ 1987, 317; Korintenberg § 30 Rdnr. 91). In allen Fällen des § 20 Abs. 2 KostO kommt es bei Ausübung des vorbehaltenen Rechts zum Abschluss eines Kaufvertrages, wobei der Inhaber des Rechts den Kaufpreis zahlen muss. Im Gegensatz dazu führt das vertragliche Rücktrittsrecht hier zur unentgeltlichen Rückübertragung des Grundstücks.

(1) Nach § 30 Abs. 1 KostO bestimmt sich der Wert nach freiem Ermessen. Vom Rechtsbeschwerdegericht kann diese Ermessensentscheidung nur auf ihre Gesetzmäßigkeit nachgeprüft werden, d. h. ob der Tatsachenrichter den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend und ohne Gesetzesverletzung erforscht hat, ob die Ermessensausübung auf grundsätzlich fehlerhaften Erwägungen beruht, ob Rechtsvorschriften, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentliche Tatumstände außer Acht gelassen worden sind (Jansenen FGG 2. Aufl. § 27 Rdnr. 24). Die Angemessenheit und Zweckmäßigkeit unterliegt hingegen nicht der Nachprüfung des Rechtsbeschwerdegerichts (BayObLGZ 1976, 281/284; BayObLG JurBüro 1988/91).

(2) Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einem Ermessensfehler. Das Landgericht hat – ausgehend von dem unbestrittenen Wert des Grundstücks – die Vormerkung mit 25 % des Grundstückswertes bemessen und somit den Geschäftswert für das Grundstück mit 75 % des gemeinen Werts angesetzt. Es hat dabei berücksichtigt, dass der Wert durch die mangelnde Veräußerbarkeit zwar stark eingeschränkt, die tatsächliche Eigentümerstellung aber wegen des nachträglichen Verzichts der Übergeber auf das Rücktrittsrecht letztlich nicht sehr berührt wird. Dass die Übergeber letztlich auf ihr Rücktrittsrecht verzichtet haben, ist jedoch für die Bewertung ohne Bedeutung, da ausschließlich auf den Wert des Grundstücks zum Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen ist (§ 107 Abs. 2 KostO; vgl. BayObLG Rpfleger 1984, 19 und FamRZ 1989, 102 je m.w.N.). Nach dem Erbfall eintretende Umstände dürfen nicht berücksichtigt werden.

c) Die Entscheidung des Landgerichts kann daher keinen Bestand haben. Eine Zurückverweisung ist aber nicht notwendig, da weitere Feststellungen nicht getroffen werden müssen.

Der Senat ist zu einer eigenen Ermessensentscheidung gemäß § 30 Abs. 1 KostO berechtigt (vgl. *Bassenge/Herbst* FGG/RPflG 8. Aufl. § 27 FGG Rdnr. 32). Er bewertet die Vormerkung, wie sie sich zum Zeitpunkt des Erbfalls darstellte, mit 75 % des Grundstückswertes. Entsprechend ist das Grundstück mit 25 % seines eigentlichen Wertes (= DM 110 625) anzusetzen. Der Senat hat sich dabei von folgenden Erwägungen leiten lassen:

(1) Maßgebend für die nach § 30 Abs. 1 KostO zu treffende Ermessensentscheidung ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Zu berücksichtigen ist der Wert der Vormerkung für den Berechtigten und die durch sie bedingte Wertbeeinträchtigung des Grundstücks (*Korintenberg* § 30 Rdnr. 8). Da hier die Vormerkung die durch die Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts bedingte Rückgabepflicht sichert, ist entscheidend der Grad der Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Rücktrittsrecht ausgeübt wird und das Grundstück zurückgegeben werden muss (vgl. BayObLG JurBüro 1976, 498; *Korintenberg* § 107 Rdnr. 58).

(2) Das hier zu beurteilende Rücktrittsrecht war zunächst von der Bedingung abhängig, dass im Falle des Vorversterbens des Übernehmers das Grundstück nicht ausschließlich an Abkömmlinge übergeht. Diese Bedingung ist mit dem Erbfall eingetreten, da Erbin auch die Ehefrau des Übernehmers geworden ist. Dies bedeutet, dass die Übergeber das Grundstück – ohne weitere Bedingungen und ohne Gegenleistung – zurückverlangen konnten. Die Position der Erben war somit allein vom Willen der Übergeber abhängig. Da diese sich das Rücktrittsrecht gerade für den Fall der Vererbung an Nichtabkömmlinge vorbehalten hatten, bestand zum Zeitpunkt des Erbfalls eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass sie ihr Rücktrittsrecht ausüben werden, um über das Grundstück frei verfügen zu können. Der Senat hat dabei berücksichtigt, dass sich Bewertungsrisiken nicht zu Ungunsten des Kostenschuldners auswirken sollen (vgl. *Hartmann* Kostengesetze 29. Aufl. § 107 KostO Rdnr. 11).

26. KostO §§ 26 Abs. 4 Nr. 1, 44, § 39 GmbHG (*Geschäftswert der Anmeldung mehrerer Veränderungen bei GmbH-Geschäftsführern*)

- 1. Werden mehrere Veränderungen in den Personen der GmbH-Geschäftsführer mit einer Urkunde angemeldet, so bildet jede Veränderung als eintragungspflichtige Tatsache kostenrechtlich einen selbstständigen Gegenstand.**
- 2. Der Gesamtgeschäftswert für die Anmeldung mehrerer Veränderungen wird auch dann durch Addition der Einzelwerte jeder Veränderung gebildet, wenn die Veränderungen (Abberufung, Bestellung) auf einem einzigen Gesellschafterbeschluss beruhen.**

Kammergericht, Beschluss vom 21.3.2000 – 1 W 8921/98 – und – 1 W 8922/98 – mitgeteilt von *Robin Melchior*, Richter am AG

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde betreffend die Kostenberechnung zu den Anmeldungen zu UR.-Nr.270/97 hat in der Sache Erfolg, weil die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Gesetzes beruht; §§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, 550 ZPO.

Unrichtig und damit zu beanstanden ist die Ansicht des Landgerichts, für die Berechnung des Geschäftswertes der gleichzeitigen Anmeldung der Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers und der Bestellung eines neuen Geschäftsführers nach § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO, sei wegen § 27 Abs. 2 Satz 3 KostO a.F. – jetzt § 27 Abs. 3 Satz 3 – von nur einer Wahl und somit von einem Gegenstand auszugehen. Die Bezugnahme auf § 27 Abs. 2 Satz 3 a.F. KostO findet weder im Wortlaut des § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO eine Stütze, noch erscheint die entsprechende Anwendung auf die Registeranmeldung nach Sinn und Zweck der Vorschrift geboten. Die Unterscheidung des § 44 KostO zwischen Erklärungen, die denselben Gegenstand betreffen (Abs. 1) und solchen, die verschiedene Gegenstände betreffen (Abs. 2) ist nicht einschlägig, weil § 27 Abs. 2 Satz 3 KostO a.F. nach dem Wortlaut nur die Wahlen bzw. Beschlüsse und deren Beurkundung behandelt, § 26 Abs. 4 KostO jedoch ausdrücklich die Anmeldung der entsprechenden Tatsachen zum Handelsregister regelt. Gegenstandsgleichheit im Sinne von § 44 Abs. 1 KostO bei einer Handelsregisteranmeldung kommt nur in Betracht, wenn die mehreren Erklärungen des Anmeldenden dieselbe Tatsache im Sinne von § 15 HGB betreffen.

§ 26 Abs. 4 KostO unterscheidet nicht nach den Ursachen einer in das Handelsregister einzutragenden Änderung, weil es nach dem Zweck der Beglaubigungstätigkeit des Notars aus § 40 BeurkG nicht auf die Grundlage für die Veränderungen bei den Geschäftsführern einer GmbH ankommt. Nach § 39 Abs. 1 GmbHG unterliegt jede Veränderung in den Personen der Geschäftsführer der Anmeldepflicht. Eine Veränderung bei den Geschäftsführern kann auf einer Wahl beruhen, muss es aber nicht. Denn wie beispielsweise beim Tod eines Geschäftsführers, beim Verlust der Amtsfähigkeit nach § 6 Abs. 2 GmbHG oder bei Niederlegung des Geschäftsführeramtes endet das Amt mit dem Vorliegen von Bedingungen, die außerhalb der Einflussmöglichkeit einer Gesellschafterversammlung stehen, ohne dass es noch eines gesonderten oder bestätigenden Beschlusses bedarf (BayObLG ZIP 1993, 597; OLG Düsseldorf MDR 1994, 46).

Veränderungen bei den Geschäftsführern haben unabhängig von der Entstehungsart (Wahl oder andere Umstände die Gemeinsamkeit, dass diese Veränderungen nicht erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam werden, sondern von sich aus wirksam sind (BGH BB 1960, 880).

Mit dem Eintritt dieser Umstände wird der Inhalt des Handelsregisters automatisch unrichtig, so dass es für die Berichtigung der erzwingbaren – deklaratorischen – Anmeldung dieser Tatsachen bedarf. Dabei erfolgt die Eintragung mit Ausnahme weniger, gesetzlich abschließend aufgeführten Fälle, nur auf der Grundlage einer nach § 12 HGB öffentlich beglaubigten Anmeldung. Aufgabe des Notars ist hierbei die Prüfung der Identität und die Feststellung der Authentizität der Unterschriften der Personen, damit das Registergericht die Anmeldebefugnis dieser Personen prüfen kann. Die Tätigkeit des Notars erfolgt somit ohne Ansehung der Ursachen für die angemeldeten Veränderungen.

Der Gegenansicht kann auch nicht mit der Einschränkung gefolgt werden, dass zumindest immer dann, wenn die Veränderungen, wie hier, auf den Beschlüssen einer Gesellschafterversammlung beruhen, §§ 27 Abs. 2 Satz 3 a.F., 44 Abs. 1 KostO anzuwenden seien. Begründet wird diese Auffassung unter anderem damit, dass bei natürlicher Betrachtung ein innerer Zusammenhang zwischen den Beschlüssen und der Anmeldung bestehe und folglich eine getrennte kostenmäßige

Behandlung aus sachlichen Gründen nicht gerechtfertigt sei (OLG Celle DNotZ 1967, 333; OLG Stuttgart Justiz 1979, 383; LG Kleve DB 1988, 1007). Diese Ansicht berücksichtigt nicht, dass Abberufung und Bestellung zwar auf einer Versammlung stattfinden, Grundlage für den Verlust oder Erwerb des Amtes aber getrennte Beschlüsse sind, auf die grundsätzlich § 139 BGB nicht anzuwenden ist (*Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 28) und deren Wirksamkeit schon wegen § 47 Abs. 4 GmbHG und § 181 BGB einerseits und wegen § 38 Abs. 2 GmbHG im Hinblick auf etwaige Sonderrechte andererseits getrennt zu beurteilen sind. Insbesondere ist es nicht zutreffend, wie OLG Frankfurt DNotZ 1971, 610 (zur Beurkundung der Gesellschafterbeschlüsse) meint, dass die Abberufung des einzigen Geschäftsführers zwingend die Bestellung eines neuen Geschäftsführers bedinge. Soweit die o.a. Entscheidungen zur Begründung auf § 6 Abs. 1 GmbHG verweisen, wird verkannt, dass diese Vorschrift im Abschnitt über die Errichtung der Gesellschaft steht und nur beschreibt, dass für eine Anmeldung zur Ersteintragung überhaupt ein Geschäftsführer erforderlich ist im Hinblick auf §§ 7, 8 und 82 GmbHG.

Für die Anwendung des § 44 Abs. 1 KostO kann auch nicht vorgebracht werden, Gegenstand im Sinne dieser Vorschrift seien nicht die Personen und ihre konkreten Vertretungsverhältnisse, sondern die Vertretung der Gesellschaft an sich, so dass einheitlicher Gegenstand der Anmeldung der Wechsel in der organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft überhaupt sei (so OLG Düsseldorf JurBüro 1988, 1371.; OLG Köln JurBüro 1987, 89). Diese Rechtsauffassung steht im Widerspruch zum Begriff der einzutragenden Tatsache in § 15 Abs. 1 HGB. Nach dieser Vorschrift kann sich ein Gläubiger der Gesellschaft darauf berufen, dass es gegenüber dem eingetragenen Inhalt des Handelsregisters keine Veränderungen in der Vertretung gibt. Die Gesellschaft kann diese Wirkungen der negativen Publizität aber nicht mit der Anmeldung des Inhalts beseitigen, es habe generell eine Veränderung gegeben, weil es an der Eintragungsfähigkeit einer solchen abstrakten Beschreibung fehlt. Vielmehr bedarf es der Anmeldung und der Eintragung der konkreten und nur so eintragungsfähigen und -pflichtigen Vertretungsverhältnisse im Sinne des § 39 Abs. 1 GmbHG. Daraus folgt, dass Tatsache im Sinne des § 15 Abs. 1 HGB und damit Gegenstand der Anmeldung nur die konkrete, auf die Person bezogene Veränderung sein kann.

Unzutreffend ist ferner die Ansicht, §§ 27 Abs. 3, 44 Abs. 1 KostO komme zum Zuge, weil die Anmeldung über die Abberufung und die Bestellung in Ausführung der entsprechenden Gesellschafterbeschlüsse erfolgen (OLG Köln a.a.O.; OLG Celle a.a.O.). Das trifft nicht zu, weil Beschlüsse mit einem Gegenstand nach § 46 Nr. 5 GmbHG nicht der Ausführung bedürfen. Sie sind ohne weiteres Zutun mit Abschluss der Abstimmung zum Tagesordnungspunkt wirksam und beanspruchen Geltungskraft im Außenverhältnis außer wenn sie offensichtlich nichtig sind im Sinne des § 241 AktG oder ihre Wirksamkeit im Wege der Anfechtungsklage beseitigt wird.

Im Ergebnis stellt jede eintragungspflichtige Tatsache einen selbstständigen Gegenstand der Anmeldung dar, so dass der Gesamtgeschäftswert nach § 44 Abs. 2 a) KostO durch Addition der Einzelwerte zu ermitteln ist (wie hier *Korintenberg/Reimann*, a.a.O., § 44 Rdnr. 163; *Göttlich/Mümmeler*, KostO, 13. Aufl., S. 697; OLG Karlsruhe DNotZ 1963, 500; OLG Hamm Rpfleger 1971, 156; OLG Frankfurt DNotZ 1967, 332; *Tiedtke*, MittBayNot 1997, 18; *Gustavus*, Handelsregister-Anmeldungen, 4. Aufl., A 96).

Gemäß § 156 Abs. 5 Satz 2 KostO ist daher eine weitere Erhöhung der Kostenberechnung zu UR.-Nr. 270/97 auf den Betrag von 158,70 DM zu beschließen, der sich wie folgt zusammensetzt:

Geschäftswert 100.000.– DM	
Gebühr §§ 32, 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO	130,– DM
Schreibauslagen §§ 136, 152 Abs. 1 KostO	4,– DM
Portoauslagen § 152 Abs. 2 KostO	4,– DM
Zwischensumme:	138,– DM
zzgl. 15 % Mehrwertsteuer, § 151a KostO	20,70 DM
Gesamtbetrag	<u>158,70 DM</u>

Zu einer Kostenerstattungsanordnung gemäß § 13a Abs. 1 Satz 1 bzw. Satz 2 FGG besteht in beiden Verfahren der weiteren Beschwerde kein Anlass.

Steuerrecht

27. EStG §§ 15, 16; BGB § 2048 (*Einkünftezurechnung bei Erbaueinandersetzung*)

Ist eine testamentarische Teilungsanordnung dahingehend zu verstehen, dass der Gewinn des einem der Erben zugeteilten Unternehmens von einem vor der Verteilung liegenden Zeitpunkt an dem Übernehmer zustehen soll, und verhalten sich die Erben dementsprechend, so ist dies auch steuerlich anzuerkennen. Die Anerkennung ist nicht bereits deswegen ausgeschlossen, weil die Auseinandersetzung erst nach Ablauf der im BMF-Schreiben vom 11.1.1993 (BStBl I 1993, 62, Tz. 8 und 9 [= MittBayNot 1993, 109]) enthaltenen Frist von sechs Monaten nach dem Erbfall stattfindet.

BFH, Urteil vom 14.5.2000 – IV R 10/99 –

Zum Sachverhalt:

Der am 19.3.1987 verstorbene Ehemann der Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) war einer der beiden Kommanditisten der Beigeladenen zu 1, einer GmbH & Co. KG (KG). Einziger Mitkommanditist war sein Bruder, der Beigeladene zu 2. Nach dem Gesellschaftsvertrag der KG sollte die Gesellschaft im Falle des Todes eines Gesellschafters mit dessen Erben fortgesetzt werden (sog. einfache Nachfolgeklausel). Der Ehemann der Klägerin wurde aufgrund eines gemeinschaftlichen Testaments zu gleichen Teilen von seiner Ehefrau und seinem Bruder, dem Beigeladenen zu 2 beerbt. Dieses Testament enthielt eine Teilungsanordnung, derzufolge der Beigeladene zu 2 u.a. den Kommanditanteil des Erblassers an der KG (wie auch den entsprechenden Geschäftsanteil an der GmbH) erhalten sollte. Außerdem sollte er das Geschäftsgrundstück erhalten, an dem der Klägerin allerdings das Nießbrauchsrecht zustehen sollte. Das Nießbrauchsrecht sollte u.a. mit der Auflage eingeräumt werden, dass die Klägerin die mit der Gesellschaft abgeschlossenen Miet- und Pachtverträge fortsetze und nicht wieder heiratete. Der übrige Nachlass sollte der Klägerin zufallen. Für den Fall, dass bei der Auseinandersetzung Wertverschiedenheiten aufträten, sollten sie nicht ausgeglichen werden.

Nach dem Tod des Erblassers führte der Beigeladene zu 2 (im Folgenden: Schwager der Klägerin) die Geschäfte der KG. Beide Erben sahen die Klägerin nicht als Mitunternehmerin der KG an, weshalb sie auch keine gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungs- oder Kontrollrechte ausübte.

Unter dem Datum vom 19.6.1989 schlossen die Klägerin und ihr Schwager unter Mitwirkung des Testamentsvollstreckers einen Erbaueinsetzungsvertrag. In diesem Vertrag übertrug die Klägerin

„in Erfüllung der testamentarischen Teilungsanordnung“ die Erbansprüche an den GmbH- und KG-Anteilen des Erblassers auf ihren Schwager. Das variable Kapitalkonto des Erblassers sollte mit Wirkung auf den Todestag übergehen. Des Weiteren übertrug die Klägerin auf ihren Schwager ihre Erbansprüche am Betriebsgrundstück. Sie selbst erhielt (im Wesentlichen) die Grundstücke des Privatvermögens. Sie verzichtete gegenüber der GmbH und der KG auf die ihr zustehende Witwenversorgung. Darüber hinaus verzichtete sie auf das ihr lt. Testament einzuräumende Nießbrauchsrecht am Betriebsgrundstück. Für die Aufgabe dieser Rechte sollte sie von ihrem Schwager den Betrag von 2,5 Mio. DM erhalten, auf den allerdings alle Zahlungen angerechnet werden sollten, die die Klägerin bisher von ihrem Schwager oder der KG erhalten hatte. Einer weiteren Vertragsbestimmung zufolge hatte jede Vertragspartei grundsätzlich die einkommen- und erbschaftsteuerlichen Folgen für sich selbst zu tragen. Abweichend hiervon sollte der Schwager der Klägerin die Einkommensteuerschuld des Erblassers bis zu dessen Todeszeitpunkt tragen, soweit diese aus den Einkünften aus den Firmenbeteiligungen herrührte.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) vertrat nach einer im Jahre 1991 durchgeführten Betriebsprüfung die Auffassung, dass die Klägerin für die Zeit vom 19.3.1987 (Erbfall) bis zum 19.6.1989 (Auseinandersetzungsvertrag) Mitunternehmerin gewesen sei, so dass ihr die anteiligen Gewinne zugerechnet werden müssten.

Für das Streitjahr 1989 erließ das FA einen Gewinnfeststellungsbescheid, in dem es der Klägerin für die Zeit vom 1.1. bis zum 19.6.1989 einen laufenden Gewinnanteil in Höhe von 1 080 494 DM und einen Veräußerungsverlust in Höhe von 232 714 DM zurechnete. Den Verlust hatte das FA wie folgt errechnet:

Abfindungszahlung insgesamt	2 500 000 DM
abzgl. Pensionsanspruch (Vorabgewinn)	<u>336 925 DM</u>
	2 163 075 DM
abzgl. Kapitalkonto am 19.6.1989	<u>2 395 789 DM</u>
Veräußerungsverlust	232 714 DM

Die gegen diesen Bescheid erhobene Klage, mit der die Klägerin geltend machte, zu keiner Zeit Mitunternehmerin der KG gewesen zu sein, wies das Finanzgericht (FG) als unbegründet zurück. Hiergegen richtet sich die Revision. Diese hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des finanzgerichtlichen Urteils, soweit das Streitjahr 1989 betroffen ist, zur Aufhebung der Einspruchsentscheidung sowie zur Änderung des angefochtenen Gewinnfeststellungsbescheides.

1. Der Klägerin sind für die Zeit vom Todestag des Erblassers (19.3.1987) bis zum Tag der Erbauseinandersetzung (19.6.1989) keine Gewinne der KG zuzurechnen. Das folgt aus der Teilungsanordnung, an die sich die Erben gehalten haben.

a) Allerdings hat der Bundesfinanzhof (BFH) im Anschluss an die herrschende Meinung und die Verwaltungsauffassung mehrfach entschieden, dass auch bei Bestehen einer Teilungsanordnung (S 2048 des Bürgerlichen Gesetzbuches – BGB –) der weichende Erbe bis zur Erbauseinandersetzung an allen Nachlassgegenständen gesamthänderisch beteiligt ist (BFH-Urteile vom 13.12.1990 IV R 107/89, BStBl II 1992, 510, und vom 15.3.1994 IX R 84/89, BFH/NV 1994, 847; Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen – BMF – vom 11.1.1993, BStBl I 1993, 62, Tz. 76 [= MittBayNot 1993, 109]; Groh, Der Betrieb – DB – 1992, 1312; Schmidt, Einkommensteuergesetz, § 16 Rdnr. 611; Littmann/Hörger, Das Einkommensteuerrecht, § 16 EStG Rdnr. 553, jeweils m.w.N. Das gilt prinzipiell auch für den zum Nachlass gehörenden Anteil an einer KG, sofern der Gesellschaftsvertrag keine

qualifizierte Nachfolgeklausele enthält. Die Besonderheit eines solchen Falles liegt lediglich darin, dass eine Miterbengemeinschaft nicht Mitglied einerwerbenden Personengesellschaft sein kann; deshalb geht die Beteiligung im Weg der Einzelrechtsnachfolge auf die Erben über (Senatsurteil in BStBl II 1992, 510). Der BFH ist demnach der von Flume (DB 1990, 2390, 2391) und Knobbe-Keuk (Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl., S. 816 f.) vertretenen Ansicht nicht gefolgt, derzufolge der durch eine Teilungsanordnung begünstigte Erbe schon vom Zeitpunkt des Erbfalls an wirtschaftlicher Inhaber der Beteiligung des Erblassers ist (Knobbe-Keuk, a.a.O., Fn. 207; Groh, DB 1991, 724, 726).

b) Geht man mit der BFH-Rechtsprechung davon aus, dass die Ergebnisse eines im Nachlass befindlichen Unternehmens nicht eo ipso vom Zeitpunkt des Erbfalls an dem durch eine Teilungsanordnung vorgesehenen Übernehmer-Erben zuzurechnen sind, so muss sich die steuerliche Behandlung doch an den zivilrechtlichen Vorgaben des jeweiligen Einzelfalles orientieren. Der BFH-Rechtsprechung liegt die Überlegung zugrunde, dass die Gewinne des zum Nachlass gehörenden Unternehmens ganz oder teilweise der Erbengemeinschaft zufließen und daran alle Miterben tatsächlich teilhaben, sei es auch erst im Rahmen einer vergleichweisen Auseinandersetzung. In diesem Fall erweist sich, dass das gewerbliche Unternehmen objektiv tatsächlich für Rechnung aller Miterben geführt wird. Allerdings wird der Umfang der steuerrechtlichen Zuordnung von Gewinnanteilen vom Ausmaß der tatsächlichen Teilhabe der einzelnen Miterben an den Gewinnen bestimmt. Kein Steuerpflichtiger braucht ein Einkommen zu versteuern, das tatsächlich nicht ihm, sondern einem anderen zugeflossen ist (Senatsurteil vom 12.1.1978 IV R 5/75, BStBl II 1978, 333).

c) Wenn es die Rechtsprechung abgelehnt hat, den durch eine Teilungsanordnung begünstigten Erben als wirtschaftlichen Inhaber der Beteiligung des Erblassers anzusehen, so lässt sich das damit rechtfertigen, dass zunächst nicht feststeht, ob es zu der vom Erblasser vorgesehenen Verteilung kommen wird; die Teilungsanordnung hat nämlich keine dingliche Zuordnung zur Folge, vielmehr kommt ihr lediglich schuldrechtliche Bedeutung zu (Dütz in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – MünchKomm –, S 2048 Rdnr. 8). Die Teilungsanordnung enthält oft lediglich die Befugnis eines Erben, einen Nachlassgegenstand (meist gegen Ausgleichszahlung) zu übernehmen oder davon abzusehen (sog. Übernahmerecht, Dütz, MünchKomm, § 2048 Rdnr. 9). In diesem Fall ist eine Willenserklärung des Übernahmeberechtigten erforderlich, um den Anspruch auf Zuteilung zu begründen. Aber auch in den Fällen, in denen die Teilungsanordnung so zu verstehen ist, dass der Erblasser einen Nachlassgegenstand selbst einem der Erben zuweisen wollte, können sich die Erben über die vom Erblasser getroffene Teilungsanordnung einverständlich hinwegsetzen (Dütz, MünchKomm, § 2048 Rdnr. 15). Die Erben können sich ferner an die Teilungsanordnung halten, jedoch vereinbaren, dass die Nichtbegünstigten an den bis zur Auseinandersetzung angefallenen Gewinnen des von der Teilungsanordnung betroffenen Unternehmens im Wege höherer Ausgleichszahlungen teilhaben. Gegen den Willen des begünstigten Miterben wird eine solche Form der Auseinandersetzung indessen regelmäßig nicht möglich sein.

d) Zivilrechtlich rechnen die seit Erbfall angefallenen Nutzungen des durch Teilungsanordnung einem der Erben zugewiesenen Vermögensgegenstandes regelmäßig nicht zur Teilungsmasse. Das ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des

§ 2184 BGB, demzufolge dem Vermächtnisnehmer die seit dem Anfall des Vermächtnisses gezogenen Früchte gebühren (Urteil des Bundesgerichtshofs – BGH – vom 24.1.1962 V ZR 6/61, Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg – BWNotZ – 1962, 259). In diesem Urteil hat der BGH entschieden, dass der Wille der zuwendenden Eltern gewöhnlich dahin gehen wird, dem übernahmeberechtigten Abkömmling die Früchte alsbald nach der (einseitigen) Ausübung des Übernahmerechts und nicht erst von der tatsächlichen Aufteilung des Nachlasses an – etwa nach Erledigung eines Rechtsstreits – zukommen zu lassen. Für den Fall der vom Erblasser selbst getroffenen Zuweisung eines Nachlassgegenstandes wird im zivilrechtlichen Schrifttum konsequenterweise angenommen, dass dem durch die Teilungsanordnung begünstigten Erben die Früchte des ihm zgedachten Nachlassgegenstandes von dem Zeitpunkt an zustehen, von dem an er die Durchführung der Teilungsanordnung verlangen kann (Soergl/Wolf, Bürgerliches Gesetzbuch, 5 2048 Rdnr. 13; Dütz, Münch-Komm, S 2048 Rdnr. 20). Das ist nach § 2042 BGB im Regelfall der Zeitpunkt des Erbfalls („jederzeit“ – vgl. Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, § 44 III 4 d; Dütz, MünchKomm, § 2042 Rdnr. 8; Flume, DB 1990, 2390, 2391). Die Zuweisung der Früchte ist zwar bis zur Auseinandersetzung hinausgeschoben, erfolgt aber gleichwohl mit Wirkung für die Vergangenheit (Lange/Kuchinke, a.a.O., § 44 III 4 d; Dütz, MünchKomm, § 2042 Rdnr. 8). Aus dem von den Beigeladenen für ihre gegenteilige Ansicht herangezogenen Beschluss des Oberlandesgerichts (OLG) Neustadt vom 2.12.1960 2 W 151/59 (Monatsschrift für Deutsches Recht – MDR – 1960, 497) ergibt sich nichts anderes. In ihm wird lediglich festgestellt, dass den einzelnen Erben mit Eintritt des Erbfalls keine Forderung gegen die anderen auf Auflassung des ihnen zgedachten Grundstücks zusteht.

e) Steuerlich folgt hieraus, dass zwar der durch eine Teilungsanordnung begünstigte Erbe das ihm zgedachte Unternehmen oder den Mitunternehmeranteil nicht unmittelbar vom Erblasser, sondern durch Auseinandersetzung mit den übrigen Erben erhält. Wenn jedoch die Gewinne des Unternehmens dem Begünstigten nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen von einem früheren Zeitpunkt an gebühren und sich die Erben tatsächlich demgemäß verhalten, muss das Steuerrecht dem Umstand Rechnung tragen, dass die nichtbegünstigten Erben insoweit nicht an den Gewinnen teilhaben.

In einem solchen Fall ist der „weichende“ Erbe allenfalls für eine logische Sekunde im Zeitpunkt des Erbfalls als Mitunternehmer anzusehen. Für die Zeit danach schließt das Fehlen einer Gewinnbeteiligung die Mitunternehmerstellung aus.

f) Allerdings besteht bis zur tatsächlichen Auseinandersetzung ein Schwebezustand, weil zunächst – jedenfalls für die Finanzbehörde – nicht feststeht, ob der „weichende“ Erbe nicht doch etwa in Form einer Ausgleichszahlung an den Unternehmensgewinnen beteiligt wird. Es bieten sich zwei Möglichkeiten an, in welcher Weise diesem Schwebezustand steuerlich Rechnung getragen werden kann.

Denkbar wäre, dass eine Teilungsanordnung, die dem begünstigten Erben die Unternehmensgewinne bereits ab dem Zeitpunkt des Erbfalls zuweist, eine Vermutung dafür begründet, dass der „weichende“ Erbe bereits während des Schwebezustands nicht Mitunternehmer ist. Die Vermutung würde erst dadurch widerlegt, dass sich die Erben tatsächlich anders verhalten. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, die in der Auseinandersetzungsvereinbarung getroffene Abrede über die zeitliche Zurechnung der Gewinne rückwirkend anzuerkennen.

Selbst wenn man sich der Betrachtungsweise, dass die Teilungsanordnung, solange sie beachtet wird, eine Vermutung gegen die Mitunternehmerstellung des „weichenden“ Erben begründet, nicht folgen wollte, so stünde jedenfalls der rückwirkenden Anerkennung der Auseinandersetzung nichts entgegen.

aa) In seinem Beschluss vom 5.7.1990 GrS 2/89 (BStBl II 1990, 837) hat der Große Senat des BFH ausgeführt, dass sich die steuerliche Anerkennung einer rückwirkenden Auseinandersetzungsvereinbarung nach der auch sonst zur Rückwirkung von Vereinbarungen vertretenen Auffassung des BFH richtet. Er hat dabei auf die Entscheidungen vom 18.9.1984 VIII R 119/81 (BStBl II 1985, 55) und vom 23.4.1975 I R 234/74 (BStBl II 1975, 603) verwiesen. In der Entscheidung in BStBl II 1985, 55 wird hervorgehoben, dass eine Ausnahme vom Rückwirkungsverbot zugelassen wird, wenn sich die Rückwirkung nur über eine kurze Zeit erstreckt, insbesondere dann, wenn mit der Rückbeziehung kein steuerlicher Vorteil erstrebt, sondern lediglich eine Vereinfachung der Besteuerung bezweckt wird. Im Hinblick hierauf erkennt die Finanzverwaltung eine rückwirkende Auseinandersetzungsvereinbarung in der Regel dann als steuerlich unschädlich an, wenn sie innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall erfolgt (BMF-Schreiben in BStBl I 1993, 62, Tz. 8 und 9 [= Mitt-BayNot 1993, 109]).

bb) Das zweite im Beschluss in BStBl II 1990, 837 zitierte BFH-Urteil (BStBl II 1975, 603) bezieht sich auf eine andere Gruppe von Rückwirkungsfällen. In ihm wird darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung die steuerliche Rückwirkung von Vergleichen wiederholt anerkannt hat (vgl. auch Groh, DB 1990, 2135). So ist beispielsweise ein Vergleich, mit dem sich nach einer Testamentsanfechtung die Testamentserben und die Anfechtenden darauf einigen, dass jedem von ihnen vom Tag des Erbfalls an ein Teil der Erbmasse (nebst Einkünften) zustehen soll, auch einkommensteuerlich zu beachten. Das gilt auch dann, wenn zwischen Erbfall und Erbauseinandersetzung mehr als vier Jahre liegen (Senatsurteil vom 14.10.1966 IV 61/64, BStBl III 1967, 175). In jüngster Zeit hatte der Senat einen Fall zu entscheiden, in dem aufgrund eines Vergleichs der Testamentserbe dem das Testament anfechtenden Erbprätendenten zur Vermeidung weiterer Streitigkeiten ein Mitunternehmeranteil aus dem Nachlass übertragen hatte. In einem solchen Fall muss sich der Erwerber zwar so behandeln lassen, als sei er von Anfang an Erbe geworden, es ist jedoch steuerlich zu beachten, wenn aufgrund des Vergleichs die Erträge dem Erwerber erst ab Vertragsschluss zustehen (Urteil vom 13.2.1997 IV R 15/96, BFHE 183, 39, BStBl II 1997, 535).

cc) Einigen sich die Erben in der Auseinandersetzungsvereinbarung darüber, dass der Gewinn des einem von ihnen zugeordneten Unternehmens – entsprechend der durch die Teilungsanordnung geschaffenen Zivilrechtslage – von einem vor der Verteilung liegenden Zeitpunkt an dem Übernehmer zustehen soll, so liegt hierin zwar nicht notwendigerweise ein Vergleich über eine streitige Rechtsfrage. Wie der Streitfall zeigt, ist es auch denkbar, dass sich die Erben zwar von Anfang an über die zeitliche Zuordnung der Unternehmensgewinne einig waren, die Auseinandersetzung sich jedoch wegen anderer Streitfragen über die von Rechtsprechung und Verwaltung tolerierte kurze Zeit hinaus verzögert hat. Derartige Unsicherheiten können insbesondere hinsichtlich des Nachlasswertes bestehen (vgl. Urteil des FG Niedersachsen vom 20.10.1993 XIII 287/89, rkr., EFG 1994, 507). Die steuerliche Anerkennung der Rückwirkung in derartigen Fällen begegnet des-

wegen keinen Bedenken, weil Manipulationen ausgeschlossen erscheinen. Wollte man der Rückwirkung unter diesen Umständen die Anerkennung verweigern, könnte der „Übernehmer“-Erbe durch Hinauszögern der Auseinandersetzungsvereinbarung erreichen, dass der „weichende“ Erbe Gewinnanteile versteuern müsste, die ihm zivilrechtlich nicht zustehen. Durch die von der Finanzverwaltung vorgesehene Lösung, dass bei einem Streit über den Nachlasswert eine steuerliche Rückwirkung nur dann anzuerkennen ist, wenn der Erbauseinandersetzungsvertrag zumindest dem Grund nach – also ggf. unter Hintanstellung der Wertermittlung – innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall geschlossen wird (BMF-Schreiben in BStBl I 1993, 62, Tz. 8 und 9 [= MittBayNot 1993, 109]), lässt sich dieser Gefahr nicht wirksam vorbeugen (vgl. auch FG Niedersachsen in EFG 1994, 507).

dd) Der Senat hat erwogen, ob dem Erfordernis, dass ein Miterbe nicht Gewinne versteuern muss, an denen er nicht teilgehabt hat, auf andere Weise Rechnung getragen werden kann. Zu denken wäre daran, dass im Jahr der Auseinandersetzung die den „weichenden“ Erben zugerechneten Gewinnanteile deren Veräußerungsgewinne vermindern (Erhöhung der Kapitalkonten), oder, sofern keine Abfindungszahlungen erfolgen, zu Veräußerungsverlusten führen. Hiervon ist im Streitfall das FA ausgegangen, indem es für die Klägerin einen Veräußerungsverlust in Höhe von 232 714 DM festgestellt hat. Auch die Klägerin begehrte in ihrer Revisionsbegründung die Feststellung eines solchen Verlustes, allerdings in Höhe von rd. 2 Mio. DM. Gegen eine solche Lösung spricht jedoch, dass bei ihrer Anwendung Ausgleichszahlungen, die an sich zu einem steuerbegünstigten Gewinn i.S. der §§ 16 Abs. 1, 34 des Einkommensteuergesetzes (EStG) führen würden (vgl. BMF-Schreiben in BStBl I 1993, 62, Tz. 21 [= MittBayNot 1993, 109]), mit dem für laufende Einkünfte geltenden Steuersatz zu versteuern wären.

g) Im Streitfall sind nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen die Voraussetzungen für eine Zurechnung der Gewinne beim begünstigten Erben, dem Schwager der Klägerin, erfüllt. Die Teilungsanordnung sah keine Gewinnbeteiligung der Klägerin vor. Die Zahlung einer Ausgleichszahlung war ausdrücklich ausgeschlossen. Die Miterben haben sich dementsprechend dahin gehend geeinigt, dass die anteiligen Unternehmensgewinne vom Tag des Erbfalls an dem Schwager der Klägerin zustehen sollten. Die Klägerin hat mithin an den Gewinnen der KG nicht teilgehabt. Zwar enthält das FG-Urteil den Satz, die Klägerin habe in dem Zeitraum zwischen Erbfall und Auseinandersetzung „die auf sie entfallenden Gewinnanteile“ tatsächlich erhalten. Diese nicht näher begründete Feststellung widerspricht jedoch den vom FG in Bezug genommenen Regelungen des Auseinandersetzungsvertrags vom 19.6.1989 und ist daher für das Revisionsgericht nicht bindend (*Gräber/Ruban*, Finanzgerichtsordnung, § 118 Rdnr. 41, m.w.N.). Im Auseinandersetzungsvertrag ist bestimmt (§ 5, letzter Absatz), dass der Saldo des variablen Kontos des Erblassers per Todestag mit allen Rechten und Pflichten von der Klägerin auf ihren Schwager übertragen wird. Das bedeutet, dass die Gewinne, die diesem Konto nach dem Todestag gutgeschrieben wurden, dem Schwager als Unternehmensnachfolger zugute kommen sollten. Dafür spricht auch § 6 Buchst. c der Vereinbarung. Diese Regelung sieht vor, dass die Klägerin für den Verzicht auf ihre betriebliche Witwenversorgung und auf das ihr in der Teilungsanordnung zugedachte Nießbrauchsrecht am Betriebsgrundstück einen Betrag in Höhe von 2,5 Mio. DM erhalten sollte, dass hierauf jedoch sämtliche Zahlungen, die die Klägerin nach dem

31.10.1988 von ihrem Schwager und den Gesellschaften (GmbH und KG) erhalten hatte, anzurechnen sein sollten. Sofern die Klägerin mithin überhaupt Beträge erhalten haben sollte, die aus Gewinnen der KG herrühren, waren diese jedenfalls insofern im Wege der Anrechnung zurückzugewähren, als sie nach dem 31.10.1988 entnommen waren. Auch der zwischen Erbfall und Auseinandersetzung liegende Zeitraum ist nicht geeignet, Zweifel daran zu begründen, dass die Unternehmensgewinne nach den Vorstellungen der Erben nicht von Anfang an dem Schwager der Klägerin zustehen sollten. Allerdings kann sich nach Ablauf der unter den gegebenen Umständen für die Auseinandersetzung benötigten Zeitspanne die Vermutung, dass sich die Erben an die Teilungsanordnung zu halten gedenken, zunehmend abschwächen, wenn Erben die Auseinandersetzung hinauszögern (vgl. auch BFH-Urteil vom 10.2.1987 VIII R 297/81, BFH/NV 1987, 637).

Im Streitfall hat sich die Erbauseinandersetzung nach dem übereinstimmenden Vortrag der Beteiligten deswegen verzögert, weil Uneinigkeit über den Wert des der Klägerin eingeräumten Nießbrauchs am Betriebsgrundstück bestand. Angesichts der bestehenden Schwierigkeiten war der Zeitraum zwischen Erbfall und Erbauseinandersetzung mit zwei Jahren und drei Monaten nicht ungewöhnlich lang.

2. Die Klägerin hat anlässlich der Erbauseinandersetzung keinen Veräußerungsgewinn erzielt.

a) Allerdings wäre es zu einem Veräußerungsgewinn gekommen, wenn sie für die Aufgabe ihres Erbanteils am Mitunternehmeranteil ihres verstorbenen Ehemannes eine Abfindung erhalten hätte (vgl. Schmidt, a.a.O., § 16 Rdnr. 610, m.w.N.). Hiervon sind offenbar das FA und auch die Klägerin selbst im ersten Rechtszug ausgegangen. Die Umstände des Streitfalls rechtfertigen eine solche Annahme jedoch nicht. Der Schwager der Klägerin sollte der Teilungsanordnung zufolge, an die sich die Auseinandersetzungsvereinbarung gehalten hat, den Mitunternehmeranteil des Erblassers ohne Ausgleichszahlung erhalten. Der Klägerin sollte allerdings u.a. ein Nießbrauch an dem zum Sonderbetriebsvermögen des Erblassers gehörenden Betriebsgrundstück eingeräumt werden. Die Abfindung in Höhe von 2,5 Mio. DM hat die Klägerin für den Verzicht auf ihre Witwenversorgung sowie dafür erhalten, dass dieses Nießbrauchsrecht nicht bestellt worden ist.

b) Geht man davon aus, dass zwar der durch eine Teilungsanordnung begünstigte Erbe das ihm zugedachte Unternehmen oder den Mitunternehmeranteil nicht unmittelbar vom Erblasser, sondern durch Auseinandersetzung mit den übrigen Erben erhält (s.o. unter 1. e), so ist der Teilbetrag für die Abgeltung des Pensionsanspruchs als Sondervergütung i.S. des § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG zu behandeln. Da – nach dem vorstehend unter 1. Ausgeführten – mangels Gewinnbeteiligung die Mitunternehmerstellung der Klägerin vom Zeitpunkt des Erbfalls an nicht mehr bestand, war die Sondervergütung in der Gewinnermittlung des Jahres 1987 zu erfassen.

c) Die Vereinnahmung des für den Verzicht auf den Nießbrauch gezahlten Betrages in Höhe von 2 163 075 DM unterliegt nicht der Einkommensteuer.

aa) Das betrieblich genutzte Grundstück, an dem der Klägerin der testamentarischen Teilungsanordnung zufolge ein Nießbrauch bestellt werden sollte, gehörte zum Sonderbetriebsvermögen des Erblassers. Wäre dieses Grundstück im Rahmen der Erbauseinandersetzung auf die Klägerin übertragen worden, hätte das wegen ihres Ausscheidens aus der KG zu einer

Entnahme und damit zu einer Aufdeckung der stillen Reserven geführt. Das Grundstück wurde jedoch nicht auf die Klägerin, sondern auf deren Schwager übertragen, auf den auch der Mitunternehmeranteil des Erblassers überging. Mithin ist es zu keiner Entnahme des Grundstücks gekommen.

bb) Wäre entsprechend der Teilungsanordnung der Nießbrauch an dem Grundstück zugunsten der Klägerin in tatsächlich bestellt worden, so hätte auch hierin keine Entnahme des Grundstücks gelegen. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die Klägerin infolge der Nießbrauchsbestellung wirtschaftliche Eigentümerin des Grundstücks geworden wäre. Das ist jedoch nicht der Fall, wenn das Grundstück – wie in der Teilungsanordnung vorgesehen und von den Beteiligten tatsächlich durchgeführt – im Wege der Vermietung an den Betriebsinhaber weiterhin dem Betrieb des Unternehmens dient und wenn es nach Beendigung des lebenslangen Nießbrauchs voraussichtlich weiterhin betrieblich genutzt wird (BFH-Urteil vom 1.3.1994 VIII R 35/92, BStBl II 1995, 241, unter III. 3. c, bb der Gründe; *Willenkemper*, FinanzRundschau – FR – 1991, 101, 102). Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH, der sich der erkennende Senat anschließt, wird auch das Nießbrauchsrecht nicht entnommen (BFH-Urteile vom 30.10.1984 IX R 2/84, BStBl II 1985, 610, unter 3. b der Gründe; in BStBl II 1995, 241, unter III. 3. c, bb, bbb (3) der Gründe; weitere Nachweise bei *Schmidt*, FR 1988, 133).

cc) Da die Klägerin mangels Teilhabe am Gewinn vom Zeitpunkt des Erbfalls an nicht mehr als Mitunternehmerin anzusehen war, hätte der Nießbrauch – wäre er bestellt worden – zu ihrem Privatvermögen gehört. Sie hätte die von der KG gezahlten Mieten als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung versteuern müssen.

dd) Auch die Ablösung des bestellten Nießbrauchsrechts hätte nicht zu steuerpflichtigen Einkünften der Klägerin geführt. Der BFH hat mit Urteil vom 9.8.1990 X R 140/88 (BStBl II 1990, 1026) entschieden, dass der Verzicht auf ein testamentarisch vermachtes obligatorisches Wohnrecht gegen Entgelt im privaten Bereich nicht steuerbar ist. Das Gleiche muss für den entgeltlichen Verzicht auf einen aufgrund testamentarischer Teilungsanordnung eingeräumten Nießbrauch gelten (BMF-Schreiben vom 24.7.1998, BStBl I 1998, 914 Tz. 64). Schließlich kommt keine andere steuerliche Behandlung in Betracht, wenn der in der testamentarischen Teilungsanordnung vorgesehene Nießbrauch nicht bestellt wird, sondern der zur Nießbrauchsbestellung verpflichtete Miterbe stattdessen eine Abfindungszahlung leistet.

ee) Da im Streitfall der Nießbrauch zum Privatvermögen gehört hätte (s. oben unter 2. c, cc), ist auch die Ablösesumme dem Bereich der privaten Vermögensverwaltung zuzurechnen.

3. Die Zahlungen, die die KG an die Klägerin für die Nutzung des Betriebsgrundstücks leistete, sind von der Klägerin als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu versteuern. Sie stellen keine Sondervergütungen i.S. des § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG dar, weil die Klägerin nach dem vorstehend Ausgeführten vom Zeitpunkt des Erbfalls an mangels Gewinnbeteiligung nicht mehr als Mitunternehmerin anzusehen war.

28. UStG 1980 § 4 Nr. 9 Buchst. a (*Umsatzsteuerpflicht der Übertragung von Architekturleistungen*)

Überträgt der Veräußerer eines unbebauten Grundstücks dem Erwerber mit dem Grundstück gegen Entgelt sog. bauvorbereitende Leistungen zur Errichtung eines Gebäudes auf dem Grundstück (u. a. Architektenleistungen in Bezug auf die Baugenehmigung und die Rohbauerstellung), ohne dass Lieferungsgegenstand das bebaute Grundstück ist, so werden diese zusätzlichen Leistungen nicht von der Steuerbefreiung des § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG für die Grundstückslieferung umfasst.

BFH, Urteil vom 24.2.2000 – V R 89/98 –

29. EStG § 2 Abs. 2 Nr. 2, § 21 Abs. 1 (*Einkünfteerzielungsabsicht bei Wiederverkaufsgarantie*)

Das FG kann die Absicht des Steuerpflichtigen, langfristig Überschüsse bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen, wegen einer beim Erwerb erteilten sog. Wiederverkaufsgarantie nur dann verneinen, wenn erkennbar ist, dass der Steuerpflichtige bereits beim Erwerb des Objekts ernsthaft in Betracht gezogen hat, sich mit Rücksicht auf diese Garantie von dem Objekt wieder zu trennen (Anschluss an das BFH-Urteil vom 14.2.1995 IX R 95/93, BFHE 177, 95, BStBl II 1995, 462).

BFH, Urteil vom 14.9.1999 – IX R 59/96 –

1. Umsatzsteuer: Geschäftsveräußerung beim Verkauf eines von mehreren vermieteten Grundstücken

OFD Karlsruhe, USt-Kartei S 7100b, Karte 1; § 1 Abs. 1a UStG v. 31.8.1999

Zur Frage, ob beim Verkauf eines von mehreren vermieteten Grundstücken und Fortführung des Mietvertrags durch den Erwerber eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung vorliegt, gilt Folgendes.

Nach § 1 Abs. 1 a UStG unterliegen die Umsätze im Rahmen einer Geschäftsveräußerung an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen nicht der Umsatzsteuer. Eine Geschäftsveräußerung liegt vor, wenn ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen entgeltlich oder unentgeltlich übereignet wird. Dies ist der Fall, wenn die übereigneten Gegenstände die wesentlichen Grundlagen eines Unternehmens oder eines gesondert geführten Betriebs waren, so dass der Erwerber das Unternehmen oder den gesondert geführten Betrieb ohne nennenswerte finanzielle Aufwendungen fortsetzen kann (Abschn. 154 Abs. 1 Sat 2 UStR 1992).

Ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb liegt vor, wenn er wirtschaftlich selbständig ist. Dies setzt voraus, dass der veräußerte Teil des Unternehmens einen für sich lebensfähigen Organismus gebildet hat, der unabhängig von den anderen Geschäften des Unternehmens nach Art eines selbständigen Unternehmens betrieben worden ist und nach außen hin ein selbständiges, in sich abgeschlossenes Wirtschaftsgebilde gewesen ist. Soweit einkommensteuerlich eine Teilbetriebsveräußerung angenommen wird, kann umsatzsteuerlich von der Veräußerung eines gesondert geführten Betriebs ausgegangen werden (Abschn. 5 Abs. 3 UStR). Besondere Einrichtungen einer betrieblichen Organisation muss ein Unternehmen im umsatzsteuerlichen Sinne nicht aufweisen (BFH-Urteil vom 21.5.1987, BStBl II 1987, 735).

Nach Ansicht des BFH ist nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zu entscheiden, ob ein Betriebsteil die für die Annahme eines Teilbetriebs erforderliche gewisse Selbständigkeit besitzt und dass den verschiedenen Abgrenzungsmerkmalen unterschiedliches Gewicht zukommt, je nachdem, um welche Art von Tätigkeit es sich handelt (BFH-Urteil vom 24.8.1989, BStBl II 1990, 55).

Ein Grundstück ist ein wirtschaftlich selbständiger Teilbetrieb. Tritt der Erwerber in die Mietverträge ein, kann er grundsätzlich die unternehmerische Tätigkeit ohne nennenswerte finanzielle Aufwendungen fortsetzen. Vom BFH wurde mit Urteil vom 11.5.1993, BStBl II 1993, 700 entschieden, dass auch bei Übereignung eines Grundstücks die Erwerberhaftung nach § 75 AO eingreift, wenn das Grundstück der Vermietung und Verpachtung dient und der Pachtvertrag mit übergeht (vgl. auch BFH-Beschluss vom 7.3.1996, BFH/NV 1996, 726). Von der Übertragung eines gesondert geführten Betriebs kann auch dann ausgegangen werden, wenn der Eigentümer eines Grundstücks, das nach dem WEG aufgeteilt ist, nur ein Teileigentum veräußert.

2. Ständiges Deutsches Schiedsgericht für Wohnungseigentum

In der Gesellschafterversammlung vom 8.3.2000 haben die Gesellschafter, nämlich das Evangelische Siedlungswerk in Deutschland, das Deutsche Volksheimstättenwerk und der Dachverband Deutscher Immobilienverwalter, beschlossen, den Sitz von Leipzig nach Berlin zu verlegen. Die Geschäftsstelle befindet sich nunmehr in 10623 Berlin, Straße des 17. Juni 114 (Räume des Deutschen Volksheimstättenwerks), Tel. 030/39047321, Fax 030/39047319. Gleichzeitig wurde die Satzung in der Weise geändert, dass ein sog. vereinbarungseretzender Mehrheitsbeschluss die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht mehr begründen kann. Dies geschah im Hinblick auf die neue Entwicklung zur Frage der Gültigkeit solcher Beschlüsse, die von Bundesrichter *Dr. Joachim Wenzel* eingeleitet wurde (ZWE 2000, 5 = NZM 2000, 257). Das geänderte Statut kann unter der obigen Adresse angefordert werden.

Zugleich wurde beschlossen, die Zuständigkeit des Ständigen Schiedsgerichts zu erweitern und auf Ersterwerbsverträge von Wohnungs- und Teileigentum, insbesondere Bauträgerverträge, auszudehnen. An den dazu erforderlichen Änderungen des Statuts wird gegenwärtig gearbeitet.

Anm. der Schriftleitung:

Allgemein zum Schiedsgericht für Wohnungseigentumssachen vgl. *Schmidt*, MittBayNot 1998, 163.

Personaländerungen

1. Ehrungen/ Ehrenämter:

Ab August 2000:

Notar a. D. Dr. Peter Limmer, Würzburg

Wiederbestellung zum Prüfer für die Erste Juristische Staatsprüfung (Prüfungsort Würzburg)

2. Verstorben:

Notar a. D. Prof. Dr. Gerhard Knöchlein, Nürnberg, verst. 5.6.2000

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.2000:

Notar Gunter Rissmann, Schwabach

Notar Alexander Benesch, Kötzing (*Geschäftsführer der Bundesnotarkammer mit Dienstort Würzburg*)

Mit Wirkung vom 1.8.2000:

Notar Dr. Hansjörg Weigel, Augsburg

Mit Wirkung vom 1.9.2000:

Notar Heinz Kuhn, Coburg
(*Berichtigung zu MittBayNot 2000, 157*)

Mit Wirkung vom 1.10.2000:

Notar Walter Schott, München

Mit Wirkung vom 1.2.2001:

Notar Dr. Johannes Schick, Bad Tölz

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 15.6.2000:

Kötzing	dem Notarassessor Alexander Benesch (bisher in München Notarstellen Dr. Keidel/Dr. Korte)
---------	---

Mit Wirkung vom 1.7.2000:

Augsburg	dem Notarassessor Gerhard Weichselbaumer (bisher in München Notarstellen Dr. Stummer/ Dr. Schalkhaußer)
----------	---

Bad Bergzabern

dem Notarassessor
Dr. Bastian Endrulat
(bisher in Kaiserslautern
Geschäftsführer der Notar-
kammer Pfalz)

Kötzing

dem Notarassessor
Dr. Henning Schwarz
(bisher in München Notar-
stellen Prof. Dr. Geimer/
Dr. Graf v. Stosch)

Münchberg

dem Notarassessor
Michael Grötsch
(bisher in Landshut
Notarstelle Dr. Schervier)

Naila

dem Notarassessor
Axel Adrian
(bisher in Fürth Notarstellen
Prof. Dr. Bengel/ Roedel)

Ochsenfurt

(in Sozietät mit
Notar Dr. Grafberger)

dem Notarassessor
Dr. Martin Dörnhöfer
(bisher in München
Notarstellen Dr. Wolfsteiner/
Dr. Bohrer)

Schwabach

(in Sozietät mit
Notar Hagg)

dem Notarassessor
Lars Liebing
(bisher in Regensburg Notar-
stellen Strobel/Dr. Sauer)

Zusmarshausen

dem Notar
Dr. Peter Gassner
(bisher in München)

Mit Wirkung vom 15.7.2000:

Aichach

dem Notarassessor
Ferdinand Huwendiek
(bisher in München Notar-
stellen Dr. Reinl/Zöllner)

Mainburg

dem Notarassessor
Dr. Manfred Reisnecker
(bisher in Landsberg Notar-
stellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)

München

(in Sozietät mit
Notar Dr. Gerstner)

dem Notar
Dr. Heinz Kollmar
(bisher in Schwabach)

Tegernsee

dem Notar
Dr. Bernhard Senft
(bisher in Schongau)

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.8.2000:

Braun Thomas, Burglengenfeld (Notarstelle Kolb)

Freitag Holger, Kelheim (Notarstelle Lebert)

Kuhn Thomas, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

Sedlmayer Eleonore, Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr.
Kanzleiter/Dr. Winkler)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Dr. Jörg Budnick, Ingolstadt (Notarstellen
Edler von Koch/Dr. Schmidt), ab 15.3.2000 in Schwabach
(Notarstellen Reißmann/Hagg)

Notarassessorin Cathrin Caspary, Augsburg (Notarstelle Hille), ab 1.4.2000 in Rosenheim (Notarstellen Schiebel/Lederer)

Notarassessor Stefan Gutheil, Cadolzburg (Notarstelle Ellert), ab 1.4.2000 in Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl)

Notarassessor Georg Mehler, Münchberg (Notarstelle Dr. Kössinger), ab 1.7.2000 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Armbruster/Bensch)

Inspektorin i. N. Michaela Gold, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard), ab 1.6.2000 in Fürstfeldbruck (Notarstellen Dr. Spinar/Schüßler)

Oberinspektorin i. N. Roswitha Poidinger-Kreppold (derzeit Sonderurlaub zur Kindererziehung), ab 1.8.2000 in Aichach (Notarstelle letzter Inhaber Notar Becherer)

7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2000

Zum Notariatsoberrat i. N. (VerGr I b BAT):

Herbert Brand, Würzburg (Notarstellen Dr. Grimm/Friederich)

Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr II a BAT):

Walter Konrad, Landau i. d. Pf. (Notarstellen Baumann/Schütz)

Herbert Ring, Landau i. d. Pf. (Notarstellen Baumann/Schütz)

Zum Amtsrat i. N. (VerGr III BAT):

Werner Held, Landshut (Notarstellen Volland/Schmidmeister)

Johann Hilz, Freising (Notarstelle Rückerl)

Wolfgang Klungenberger, Klingenberg a. Main (Notarstelle Harms)

Helmut Reinhold, Altötting (Notarstellen Spaett/Lickleder)

Horst Salzmann, Würzburg (Notarstellen Grimm/Friederich)

Helmut Winkler, Rothalmünster (Notarstellen Meier-Kraut/Jenewein)

Zum Amtmann i. N. (VerGr IV a):

Andreas Köck, Passau (Notarstelle Braun)

Margarete Mayer, Haag i. OBB (Notarstelle Schreiber)

Bernhard Nitschke, Freising (Notarstelle Gebele)

Zum Oberinspektor i.N./zur Oberinspektorin i. N. (VerGr IV b BAT):

Sabine Adam, Passau (Notarstelle Bächer)

Volker Bitzer, Kempten (Notarstellen Büttel/Dr. Huber)

Sigrid Fischer, München (Notarstellen Dr. Schöner/v. Grafenstein)

Michael Gramm, Kaiserslautern (Notarstelle JR Dr. Wischermann)

Patrick Hickertseder, München (Notarstellen Singer/Dr. Anton)

Martin Kremhöller, Grafenau (Notarstelle Dr. Maurer)

Christian Lender, Zwiesel (Notarstelle Dr. Streber)

Andreas Lingg, München (Notarstelle Dr. Winkler)

Stefan Moderegger, Bad Reichenhall (Notarstelle Massinger)

Jürgen Reisner, München (Notarstellen Kelch/Dr. Keller)

Heiko Ritter, Altdorf (Notarstellen Kirchner/Dr. Thiele)

Angelika Rothhaar, Traunstein (Notarstellen Blail/Zahnbrecher)

Nicoletta Schlosser, Babenhausen (Notarstelle Brunner)

Mario Schrenk, Bischofsheim (Notarstelle Koch)

Daniela Wilhelm, Coburg (Notarstellen Dannecker/Dr. Heil)

Uwe Woll, Pirmasens (Notarstelle Dr. Fried)

Mit Wirkung vom 1.8.2000

Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr II BAT):

Walter Settele, München (Notarstellen Dr. Dr. Braun/Siller-Bauer)

Zum Amtsrat i. N./Amtsrätin i. N. (VerGr III BAT):

Ernst Engelhardt, Krumbach (Notarstelle Meyer-Littmann)

Alfred Heinrich, Aichach (Notarstelle Dr. Vassel)

Ingrid Maier, Aichach (Notarstelle Dr. Vassel)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Günter Glassl, Amberg (Notarstellen Herbolzheimer/Dr. Hoffmann), ab 1.7.2000 i. R.

Amtsärztin i. N. Erika Kosch, München (Notarstellen Dr. Bader/Uhlig), ab 1.7.2000 i. R.

Amtsärztin i. N. Sigrid Jeschke, Speyer (Notarstellen Dr. Ball/Kaempfe), ab 1.7.2000 i. R.

Amtmann i. N. Michael Uecker, Eltmann (Notarstelle Dr. Weinberger), ab 1.7.2000 i. R.

Oberamtsrat i. N. Werner Ermer, Fürstfeldbruck (Notarstellen Dr. Spinar/Schüßler), ab 1.8.2000 i. R.

Amtsrat i. N. Manfred Erhardt, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Reinhold), ab 1.8.2000 i. R.

Amtsrat i. N. Josef Mach, Bad Kissingen (Notarstelle Makowka), ab 1.8.2000 i. R.

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M., Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/55166-0, Telefax: 089/55166234, E-Mail: notare.bayern@t-online.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 65,- DM einschließlich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.

Sonstiges:

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Neunburg vorm Wald, Notarstelle Dr. Jursnik, Hauptstraße 20, 92431 Neunburg vorm Wald, Tel.: 09672/9223-0, Fax-Nr.: 09672/922317

München, Notarstelle Dr. Stummer/Dr. Schalkhauser, Bayerstraße 15/VI, 80335 München, Tel.: 089/515561-0, Fax-Nr.: 089/51556129

Erding, Notarstelle Birgit Olk, Gestütring 19, 85435 Erding, Telefon-Nr.: 08122/892043, Fax-Nr.: 08122/8920444

München, Notarstelle Ursula Wilfart-Kammer, Maffeistraße 5, 80333 München, Telefon-Nr.: 089/25559797, Fax-Nr.: 089/25559799

Veranstaltungen des DAI 4/2000

1. Intensivkurs Grundstücksrecht
4.–8. August 2000 in Würzburg
2. Intensivkurs Erbrecht
7.–9. September 2000 in Berlin
3. Personengesellschaften, Gesellschafts- und Steuerrecht
7.–9. September 2000 in Fischbachau
4. Bauträgervertrag
21. September 2000 in Wiesbaden
22. September 2000 in Bochum

Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare –, Postfach 250254, 44740 Bochum, Telefon 0234/970 64 18, Telefax 0234/70 35 07, e-mail: notare@anwaltsinstitut.de

Programm des 63. Deutschen Juristentages in Leipzig, 26. bis 29. September 2000

Dienstag, 26. September 2000

Eröffnungssitzung (15.00 Uhr)

mit Präsident des 63. DJT, Präsident des OLG Prof. Dr. Reinhard **Böttcher**, Ministerpräsident des Freistaates Sachsen Prof. Dr. Kurt **Biedenkopf**, Oberbürgermeister der Stadt Leipzig Wolfgang **Tiefensee**, Ministerin für Justiz der Französischen Republik Mme. Elisabeth **Gigou**, Bundesministerin der Justiz Prof. Dr. **Herta Däubler-Gmelin**

Festvortrag (17.00 Uhr)

Thema: Über die Akzeptanz von Demokratie und Rechtsstaat in den neuen Bundesländern
Es spricht: Vizepräsident der Humboldt-Universität Professor Dr. h.c. Dr. theol. habil. Richard **Schröder**

Mittwoch/Donnerstag, 27./28. September 2000

Abteilung Zivilrecht

Thema: Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?
Vorsitzende: Präsidentin des BPatG Antje **Sedemund-Treiber**, München
Stv. Vorsitzende: Professor Dr. Dagmar **Coester-Waltjen**, München
Gutachter: Professor Dr. Jochen **Taupitz**, Mannheim
Referenten: Professor Dr. med. Ruth **Mattheis**, Berlin (Bereich Medizin)
Vorsitzender Richter am OLG Werner **Ruhl**, Frankfurt/Main (Bereich Recht)
Dr. med. Bettina **Schöne-Seifert**, M.A., Frankfurt/Main (Bereich Ethik)
Schriftführerin: Richterin am BPatG Susanne **Werner**, München

Abteilung Arbeits- und Sozialrecht

Thema: Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?
Vorsitzender: Professor Dr. Manfred **Weiss**, Frankfurt/Main
Stv. Vorsitzender: Professor Dr. Martin **Henssler**, Köln
Gutachter: Professor Dr. Dres. h.c. Peter **Hanau**, Köln
Professor Dr. Gerhard **Kleinhenz**, Nürnberg/Passau
Referenten: Professor Dr. Wolfgang **Däubler**, Bremen
Professor Dr. Meinhard **Heinze**, Bonn
Schriftführer: Wiss. Mitarbeiter Dr. Achim **Seifert**, Frankfurt/Main

Abteilung Strafrecht

Thema: Ist für die Strafjustiz ein dreigliedriger Justizaufbau, eine Reform des Rechtsmittelsystems und eine Aufgabenverlagerung auf außergerichtliche Verfahren zu empfehlen?
Vorsitzender: Staatssekretär a. D. Rechtsanwalt Rainer **Robra**, Magdeburg
Stv. Vorsitzender: Professor Dr. Heinz **Schöch**, München
Gutachter: Professor Dr. Hans **Lilie**, Halle
Referenten: Vorsitzender Richter am BGH Prof. Dr. Lutz **Meyer-Goßner**, Karlsruhe
Rechtsanwältin Regina **Michalke**, Frankfurt/Main
Professor Dr. Ursula **Nelles**, Münster
Schriftführer: Ministerialdirigent Jürgen **Konrad**, Magdeburg

Abteilung Öffentliches Recht

Thema: Inwieweit ist die Verfolgung ökonomischer und anderer öffentlicher Zwecke durch Instrumente des Abgabenrechts zu empfehlen?

Vorsitzender: Professor Dr. Eberhard **Schmidt-Abmann**, Heidelberg

Stv. Vorsitzender: Oberbürgermeister a. D. Dr. Hinrich **Lehmann-Grube**, Leipzig

Gutachter: Professor Dr. Christoph **Trzaskalik**, Mainz

Referenten: Ministerialdirektor Dr. Gerhard **Juchum**, Berlin
Rechtsanwalt Prof. Dr. Arndt **Raupach**, München
Professor Dr. Reiner **Schmidt**, Augsburg

Schriftführer: Wiss. Assistent Dr. Oliver **Zugmaier**, Augsburg

Abteilung Wirtschaftsrecht

Thema: Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?

Vorsitzender: Rechtsanwalt Dr. Michael **Hoffmann-Becking**, Düsseldorf

Stv. Vorsitzender: Professor Dr. Peter **Ulmer**, Heidelberg

Gutachter: Professor Dr. Theodor **Baums**, Frankfurt/Main

Referenten: Rechtsanwalt Dipl.-Kfm. Dr. Norbert **Götz**, Baden-Baden
Rechtsanwalt Dr. Reinhard **Marsch-Barnier**, Frankfurt/Main
Professor Dr. Karsten **Schmidt**, Bonn

Schriftführer: Rechtsanwalt Nikolaos **Paschos**, LL.M., Düsseldorf

Aktuelles Forum Justizreform

Thema: Eckpunkte einer Justizreform

Vorsitzender: Professor Dr. Rolf **Stürner**, Freiburg

Stv. Vorsitzender: Präsident des Verfassungsgerichts und des Oberlandesgerichts Dr. Peter **Macke**, Brandenburg

Einführungsreferat: Bundesministerin der Justiz Prof. Dr. Herta **Däubler-Gmelin**, Berlin

Kurzreferate: Rechtsanwalt (BGH) Dr. Hermann **Büttner**, Karlsruhe
Rechtsanwalt Felix **Busse**, Bonn
Präsident des Oberlandesgerichts Gero **Debusmann**, Hamm
Professor Dr. Peter **Gottwald**, Regensburg
Präsident des Landesarbeitsgerichts Dr. Udo **Isenhardt**, Köln
Professor Dr. Friedrich **Schoch**, Freiburg

Schriftführer: Wiss. Assistent Dr. Robert **Schumacher**, LL.M., Freiburg

Freitag, 29. September 2000

Schlussveranstaltung (10.30 Uhr)

Thema: Die Völkerrechtsordnung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert

Referat: Professor Dr. Jochen A. **Frowein**, Heidelberg

Korreferate: Richter des Internationalen Gerichtshofs Dr. Carl-August **Fleischhauer**, Den Haag
Ministerialdirektor Dr. Klaus **Scharioth**, Berlin, Politischer Direktor des Auswärtigen Amtes

Tagungsbeitrag: 210,00 DM für Nichtmitglieder
140,00 DM für Mitglieder
70,00 DM für Referendarmitglieder und Studenten

Auskünfte erteilt der:
Deutsche Juristentag e.V.
Postfach 11 69, 53001 Bonn
Telefon: 0228/98391-0, Telefax: 0228/98391-40
e-Mail: info@djt.de, Internet: www.djt.de

NEUERSCHEINUNGEN

1. Brambring/Jerschke (Hrsg.), Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 1421 Seiten, DM 188,-.
2. Bunjes/Geist, UStG-Kommentar, 6. Auflage, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 862 Seiten, DM 148,-.
3. Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 3. Auflage, 2000, RWS-Verlag, Köln, ca. 180 Seiten, ca. DM 74,-.
4. Haft, Verhandlung und Mediation, 2. Auflage, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 253 Seiten, DM 38,-.
5. Hagen/Brambring, Der Grundstückskauf – Neuere höchstgerichtliche Rechtsprechung und notarielle Gestaltungshinweise, 7. Auflage, 2000, RWS-Verlag, Köln, ca. 430 Seiten, ca. DM 96,-.
6. von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 288 Seiten, DM 128,-.
7. Hopt (Hrsg.), Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts-, Bank- und Transportrecht, 2. Auflage, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 1434 Seiten, DM 268,-.
8. Schmidt, EStG-Kommentar, 19. Auflage, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 2443 Seiten, DM 168,-.
9. Weitnauer, Handbuch Venture Capital – Von der Innovation zum Börsengang, 2000, Verlag C. H. Beck, 500 Seiten, DM 148,-.

1. BGH: Sicherungsumfang einer Grundschuld

(BGB § 1191; AGBG § 3)

Bei der Grundschuld ist die formularmäßige Erstreckung der dinglichen Haftung sowie einer zusätzlichen persönlichen Haftungsübernahme auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des jeweiligen Sicherungsgebers nicht überraschend im Sinne des § 3 AGBG

(Beschluss vom 23.5.2000 – XI ZR 214/99 –)

2. BGH: Notarielle Vollmacht und Widerrufsrecht

(BGB §§ 166, 172, 173; HaustürWG § 1)

Bei Einschaltung eines Vertreters zum Abschluss eines Darlehensvertrages kommt es für die Widerruflichkeit der Vertragserklärung nach dem Haustürwiederrufgesetz jedenfalls grundsätzlich nicht auf die Haustürsituation des Vertretenen bei der Vollmachtserteilung, sondern auf die des Vertreters bei Abschluss des Darlehensvertrages an.

Der in seinem Vertrauen auf eine ihm vorgelegte notariell beurkundete Treuhandvertrags- und Vollmachtserteilung geschützte Darlehensgeber darf ohne weiteres davon ausgehen, dass dem Vertretenen ein Recht zum Widerruf der Treuhandvertrags- und Vollmachtserklärung nicht zusteht (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 HaustürWG).

(Beschluss vom 2.5.2000 – XI ZR 150/99 –)

3. BGH: Rückgewährpflicht bei nicht valutierter Grundschuld

(BGB §§ 273 Abs. 1, 1191 Abs. 1)

Gegenüber dem Anspruch auf Rückgewähr oder Löschung einer Sicherung Grundschuld kann kein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB wegen einer nach der Sicherungsabrede durch die Grundschuld nicht gesicherten Forderung geltend gemacht werden.

(Beschluss vom 9.5.2000 – XI ZR 299/99 –)

4. OLG Hamm: Schenkung von Wohnungseigentum

(BGB §§ 1795 Abs. 1, 883 Abs. 1 S. 2)

Die Schenkung eines Wohnungseigentums begründet für den Minderjährigen nicht lediglich einen recht-

lichen Vorteil, wenn sie mit dem Eintritt in den Verwaltervertrag verbunden ist.

Eine Vormerkung, die die gesetzlichen Rückübertragungsansprüche des Schenkers nach den §§ 528, 530 BGB sichern soll, kann nicht im Grundbuch eingetragen werden.

(Beschluss vom 23.5.2000 – 15 W 119/00 –)

5. OLG Hamm: Testamenterrichtung durch Schreib- und Sprechunfähigen

(BGB § 2232; BeurkG §§ 22, 24 Abs. 1 u. 3, 35, 31)

Der Senat hält nach der Entscheidung des BVerfG v. 19.1.1999 daran fest, dass ein schreibunfähiger Stummer ein Testament nicht durch reine Gebärden oder Bewegungszeichen errichten kann.

Belange der Rechtssicherheit und des Schutzes dieses Personenkreises gebieten es, die vom BVerfG vorgesehene Übergangsregelung für die künftige Errichtung letztwilliger Verfügungen auch auf bereits errichtete notarielle letztwillige Verfügungen als Mindeststandard anzuwenden. Danach bedarf es wie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden der in §§ 22, 24 BeurkG vorgesehenen Mitwirkung einer Vertrauensperson und eines Zeugen oder zweiten Notars.

(Beschluss vom 15.5.2000 – 15 W 476/99 –)

6. AG Ilmenau: Keine Genehmigungspflicht bei Veräußerung von GmbH-Zwerganteilen eines Minderjährigen

(BGB §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3)

Die Veräußerung einer von einem Minderjährigen gehaltenen GmbH-Beteiligung bedarf nur dann der familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB, wenn der Minderjährige eine Alleingesellschafterstellung oder eine bedeutende wirtschaftliche Stellung aufgibt. Dies ist bei der Veräußerung einer Beteiligung von lediglich 6 % nicht der Fall.

(Beschluss vom 21.6.2000 – F 154/2000 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F

Schlichtung und Mediation

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse
und der Landesnotarkammer Bayern – MittBayNot

MittBayNot

Sonderheft
zu Ausgabe 4
Juli/August
2000

Begründet 1864

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

www.notare.bayern.de:

Formulare und Muster
zum downloaden
(Rubrik „Notare intern“)

ISSN 0941-4193

Beiträge

	Seite
Grußwort des Bayerischen Staatsministers der Justiz	1
Heßler, Das Bayerische Schlichtungsgesetz: Einführung und Erwartungen an dessen Umsetzung	2
Birnstiel, Empfehlungen des Schlichtungsausschusses der Landesnotarkammer Bayern zur Handhabung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens	8
Ponschab/Brinkmann, Das Bayerische Schlichtungs- gesetz aus Anwaltssicht	29
Walz, Eine Basisstrategie zur vorprozessualen Mediation	32
Götz, Das Nachbarrecht in der Schlichtung	37
Schneider, Studiengang Mediation an der FernUniversität Hagen	61
Schwarzmann, „Mediation und Streitschlichtung“ als Thema des 51. Deutschen Anwaltstages in Berlin	64

Materialien

Bayerisches Schlichtungsgesetz	67
Bayerische Güteordnung	71
Nachbarrechtliche Spezialregelungen	73

Buchbesprechungen

Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept: sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln (<i>Schneider</i>)	77
Haft, Verhandlung und Mediation – Die Alternative zum Rechtsstreit (<i>Schneeweiß</i>)	78

Schlichtung und Mediation

MittBayNot

Sonderheft
zu Ausgabe 4
Juli/August
2000

Begründet 1864

Inhaltsübersicht

Beiträge

Grußwort des Bayerischen Staatsministers der Justiz	1
Heßler, Das Bayerische Schlichtungsgesetz: Einführung und Erwartungen an dessen Umsetzung	2
Birnstiel, Empfehlungen des Schlichtungsausschusses der Landesnotarkammer Bayern zur Handhabung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens gemäß § 15 EGZPO i. V.m. dem Bayerischen Schlichtungsgesetz	8
Ponschab/Brinkmann, Das Bayerische Schlichtungsgesetz aus Anwaltssicht	29
Walz, Eine Basisstrategie zur vorprozessualen Mediation	32
Götz, Das Nachbarrecht in der Schlichtung	37
Schneider, Weiterbildendes Studium „Mediation“ an der FernUniversität Hagen	61
Schwarzmann, „Mediation und Streitschlichtung“ als Thema des 51. Deutschen Anwaltstages in Berlin	64

Materialien

Bayerisches Schlichtungsgesetz	67
Bayerische Güteordnung	71
Nachbarrechtliche Spezialregelungen	73

Buchbesprechungen

Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept: sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln (<i>Schneider</i>)	77
Haft, Verhandlung und Mediation – Die Alternative zum Rechtsstreit (<i>Schneeweiß</i>)	78

Schlichtung und Mediation

Sonderheft zu Ausgabe 4/2000 der
Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer Bayern – MittBayNot

Schriftleiter: Notarassessor
Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M.
Druck: Mediengruppe Universal
Grafische Betriebe Manz und Mühthaler GmbH
Kirschstr. 16, 80999 München-Allach
Gedruckt auf Recyclingpapier
Sonderheft-Preis: DM 25,-

Herausgeber:
Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Grußwort des Bayerischen Staatsministers der Justiz

Am 13. April 2000 hat der Bayerische Landtag einstimmig das neue Bayerische Schlichtungsgesetz verabschiedet. Die Vertreter aller Fraktionen haben in der abschließenden Diskussion die Bedeutung dieses Gesetzes für die Weiterentwicklung unserer Rechtskultur gewürdigt. Was auf den ersten Blick nur eine Regelung zur Entlastung der Justiz in Bagatellangelegenheiten zu sein scheint, erweist sich bei näherer Betrachtung in der Tat als Schritt in eine veränderte Justizlandschaft. Ich freue mich deshalb besonders, dass die bayerischen Notarinnen und Notare diese Entwicklung von der ersten Minute an begleiten und mitgestalten. Dies zeigt sich auch in dem hier vorliegenden Sonderheft der MittBayNot. Die in diesem Heft enthaltenen Beiträge stoßen nicht nur die wissenschaftliche Diskussion an und werden deshalb weit über den Bereich des bayerischen Notariats hinaus auf reges Interesse treffen. Sie enthalten daneben auch wertvolle praktische Hinweise für das neue Tätigkeitsfeld.

Das neue Bayerische Schlichtungsgesetz, das am 1. Mai 2000 in Kraft getreten ist und für alle Klagen gelten wird, die ab dem 1. September 2000 bei Gericht eingehen, will als Katalysator wirken: für einen Teil zivilrechtlicher Streitigkeiten wird der Versuch vorgerichtlicher einvernehmlicher Streitbeilegung zur Prozessvoraussetzung gemacht. Die Parteien werden im Anwendungsbereich des Gesetzes, also vor allem im Streitwertbereich bis 1500 DM und bei Nachbarschaftsstreitigkeiten, zunächst mit Hilfe eines neutralen Dritten versuchen müssen, ihren Rechtsstreit einvernehmlich beizulegen. Wie oft beobachten unsere Richter gerade bei Nachbarschaftsstreitigkeiten, dass vor Gericht gar nicht über den Kern der Auseinandersetzung gestritten wird. Wie hilfreich kann es da sein, das Recht nicht in einem gerichtlichen Urteil, sondern in einer einvernehmlichen Vereinbarung zu suchen, die in die Zukunft wirken und zu einer endgültigen Befriedung beitragen kann. Das obligatorische Schlichtungsverfahren soll der einvernehmlichen Streitbeilegung im Bewusstsein der rechtsuchenden Bevölkerung einen gleichberechtigten Platz neben der Streitentscheidung durch die Gerichte einräumen.

Der Bundesgesetzgeber hat die Auswahl der Gütestellen den Ländern überlassen. Die Bereitschaft der bayerischen Notarinnen und Notare zur Mitwirkung an der obligatorischen außergerichtlichen Streitbeilegung hat uns dabei einen nicht



zu unterschätzenden Startvorteil verschafft, für den ich außerordentlich dankbar bin. Die Position des neutralen Dritten ist den Notaren ohnehin nicht neu: in ihren Händen liegt bereits bisher die Streitvermeidende vorsorgende Rechtspflege. Das Vertrauen, das sich hier gerade die bayerischen Notare in der rechtsuchenden Bevölkerung erworben haben, wird für die neue Aufgabe nützlich sein. Einvernehmliche Streitbeilegung kann nämlich nur dann gelingen, wenn der neutrale Schlichter Autorität genießt und die Parteien sich auf seine rechtliche und tatsächliche Einschätzung des Streitfalles verlassen können. Hierfür bringen die bayerischen Notarinnen und Notare die besten Voraussetzungen mit.

Das Bayerische Schlichtungsgesetz zeigt an vielen Stellen, dass der Gesetzgeber auf die Kompetenz der rechtsberatenden Berufe vertraut. Die Notare waren hierbei das Leitbild des Gesetzgebers. Auf überflüssige Detailregelungen wurde auch im Vergleich zu Entwürfen anderer Länder verzichtet.

Das Bayerische Schlichtungsgesetz ist als Zeitgesetz ergangen. Der Landtag wird also die Auswirkungen des Gesetzes genau verfolgen. Sollte sich das Gesetz als ein Erfolg erweisen, wovon ich gerade wegen der Mitwirkung der Notare ausgehe, wird auch über eine Ausweitung des Modells nachzudenken sein. Hier liegt die besondere Chance über den heutigen Anwendungsbereich hinaus. Die Justiz gibt mit dem neuen Gesetz erstmals ihr Monopol auf und erkennt andere Streitbeilegungsmethoden als gleichberechtigt an. Für die neue Schlichtungstätigkeit wünsche ich deshalb allen bayerischen Notarinnen und Notaren an dieser Stelle im Interesse der Rechtspflege viel Erfolg.

A handwritten signature in black ink, reading "Manfred Weiß". The signature is written in a cursive, flowing style.

Dr. Manfred Weiß
Bayerischer Staatsminister der Justiz

Das Bayerische Schlichtungsgesetz: Einführung und Erwartungen an dessen Umsetzung

Von Ministerialrat *Dr. Hans-Joachim Heßler*, München

Am 1. Mai 2000 ist das Bayerische Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitbeilegung in Zivilsachen und zur Änderung gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften – kurz Bayerisches Schlichtungsgesetz (BaySchlG) – in Kraft getreten. Es wird nach Art. 19 BaySchlG für alle Klagen gelten, die ab dem 1. September 2000 bei Gericht eingehen. Bayern nimmt damit für sich in Anspruch, als erstes Land von der neuen Öffnungsklausel in § 15a EGZPO Gebrauch gemacht zu haben. Das ist in zweierlei Hinsicht richtig: Der Bayerische Landtag hat am 13. April 2000 wenige Stunden vor dem Landtag Nordrhein-Westfalens über die Gesetzesvorlage entschieden. Außerdem wird das Schlichtungsgesetz NRW¹ erst am 1. Oktober 2000 in Kraft treten. In Baden-Württemberg wurde am 28. Juni 2000 ein Schlichtungsgesetz verabschiedet. Andere Länder werden folgen. Der Bayerische Landtag hat das Bayerische Schlichtungsgesetz nach ausführlichen Beratungen und einer Sachverständigenanhörung, an der auch Vertreter des Bayerischen Notariats teilgenommen haben, einstimmig verabschiedet. In der abschließenden Debatte hoben alle Fraktionen nochmals die Bedeutung des Gesetzes für die Rechtspflege hervor². Erwartet wird nicht weniger als eine grundlegende Änderung im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung. Die konsensuale Streitbeilegung soll neben der Streitentscheidung durch die Gerichte ihren festen Platz in den Streitbeilegungsmethoden bekommen³. Im Folgenden soll deshalb das neue Bayerische Schlichtungsgesetz unter dem Aspekt der mit seiner Einführung verbundenen Erwartungen vorgestellt werden.

I. Gesetzgebungsgeschichte

Die Genese des Bayerischen Schlichtungsgesetzes kann nur im Zusammenhang mit der Öffnungsklausel des § 15a EGZPO betrachtet und gewürdigt werden. Die Länder haben bedingt durch den teilweise außerordentlichen Anstieg der Geschäftszahlen und die Notwendigkeit des Aufbaus einer rechtsstaatlichen Justiz in den neuen Bundesländern vor allem seit Beginn der 90er-Jahre nach neuen Möglichkeiten für eine Entlastung der Zivilgerichte gesucht. Nach Verabschiedung des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes von 1990 und des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege 1993 setzte die Justizministerkonferenz 1994 eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe ein, die weitere Vorschläge unterbreiten sollte. Der Kreis denkbarer Entlastungen durch Verfahrensänderungen ist naturgemäß begrenzt. Seit Jahren waren die Länder außerdem

bemüht, die außergerichtliche Streitbeilegung zu stärken.⁴ Es hatten sich im Lauf der Zeit eine Vielzahl von Schlichtungseinrichtungen entwickelt, die mehr oder weniger bekannt und mehr oder weniger erfolgreich auf unterschiedlichste Weise außergerichtliche Streitbeilegung betrieben. Die umfanglichsten Erfahrungen konnte dabei Bayern sammeln, da bereits 1985 damit begonnen wurde, in einem Modellversuch bei den Amtsgerichten München, Traunstein, Regensburg und Würzburg Schlichtungsstellen für Zivilsachen einzurichten, die mit erfahrenen pensionierten Richtern besetzt wurden.⁵ Trotz kostengünstigen Angebots wurden diese Stellen aber viel zu selten in Anspruch genommen. Häufig scheiterte die Schlichtung daran, dass der Antragsgegner seine notwendige Zustimmung versagte. Erschienen aber beide Parteien im Schlichtungstermin, so konnte in der überwiegenden Zahl der Fälle ein Vergleich erreicht werden. Daraus wurde die Idee entwickelt, das Erscheinen im Schlichtungstermin jedenfalls in Bagatellangelegenheiten obligatorisch auszugestalten. Gleichzeitig begann die Rechtswissenschaft – angespornt vom angloamerikanischen Vorbild der „Alternative Dispute Resolution“ – die Mediation genauer zu untersuchen und als juristische Streitbeilegungsmethode zu entdecken.⁶ Legten die Rechtspolitiker zu Beginn ihrer Überlegungen den Akzent eher auf den Entlastungsgedanken, arbeitete die Wissenschaft mehr die Vorteile konsensualer Streitbeilegung heraus: die Gewinner-Verlierer-Struktur des gerichtlichen Entscheidungsprozesses mit streitentscheidendem Urteil wurde der in gewissen Konstellationen überlegenen Vermittlung eines in die Zukunft weisenden Vergleichs gegenübergestellt. Neben diese Überlegungen trat im Übrigen der Gedanke der Privatisierung staatlichen Handelns, dem in der Rechtspflege naturgemäß enge Grenzen gesetzt sind, der aber auch vor der Justiz letztlich nicht halt macht.⁷ Die obligatorische außergerichtliche Streitbeilegung

¹ Schlichtungsgesetz NRW vom 9. Mai 2000, GVBl S. 268.

² Der Abgeordnete *Dr. Hahnzog* sprach in der abschließende Debatte über den Gesetzentwurf am 13. April 2000 sogar vom wichtigsten Justizgesetz des Landtags der letzten zehn Jahre; s. Plenarprotokoll 14/38 v. 13. April 2000, S. 2561.

³ So schon Allgemeiner Teil der Begründung des Gesetzentwurfs der Staatsregierung, LT-Drs. 14/2265, S. 9.

⁴ Vgl. dazu *Heßler*, Das Schlichtungsverfahren in Bayern, in: *Mayr*, Öffentliche Einrichtungen zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten, Wien 1999, S. 167 ff.; ders., Der Entwurf eines Bayerischen Gesetzes zur obligatorischen außergerichtlichen Streit-schlichtung in Zivilsachen (Bayerisches Schlichtungsgesetz – BaySchlG), notar 1999, 132; der Einrichtung der amtsgerichtlichen Schlichtungsstellen vorausgegangen waren erste Diskussionen über die außergerichtliche Streitbeilegung auf einer Tagung „Alternativen zur Ziviljustiz“ 1981, s. dazu *Gottwald/Stempel*, Streitschlichtung, Köln 1995, S. 9.

⁵ *Bethke*, Das Schlichtungsverfahren in Bayern – eine Möglichkeit der außergerichtlichen Beilegung von bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, NJW 1993, 2728.

⁶ Vgl. zu der bereits erschienenen umfangreichen rechtswissenschaftlichen Literatur *Blankenburg/Stock*, Sekundäranalyse der Literatur zur außergerichtlichen Streitbeilegung, Basel 1999; zu Alternative Dispute Resolution in den USA vor allem *Breidenbach*, Mediation, Köln 1995; *Weiß*, Schlichtung von Streitigkeiten im Gerichtsverfahren und außerhalb des Gerichtsverfahrens – Chancen zur Entlastung der Gerichte, FS für Rolland, S. 395.

⁷ So auch der Abschlussbericht der Sachverständigenkommission „Schlanker Staat“, Abschlussbericht Bd. I, S. 195; *Eylmann*, Überlegungen zu den Zielen einer Justizreform, RPflegler 1998, S. 45.

fügt sich dabei in ein Bündel von Maßnahmen; so diene die Novellierung des 10. Buches der ZPO zum Schiedsverfahrensrecht der Stärkung der privatautonomen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten. Im Ende 1999 vorgelegten Referentenentwurf für ein Zivilprozessreformgesetz soll auch im gerichtlichen Verfahren selbst nach dem Vorbild des Arbeitsgerichtsprozesses eine Güteverhandlung vorgesehen werden. Zudem fügt sich die Stärkung der außergerichtlichen Streitbeilegung in Konzepte der EU; schließlich haben auch andere europäische Länder in ihre Überlegungen um eine Reform des Zivilprozesses die außergerichtliche Streitbeilegung einbezogen.

II. Grundprinzipien der Öffnungsklausel

Der Gesetzentwurf der Länder zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁸ ist in der 13. Legislaturperiode im Vermittlungsausschuss gescheitert. Auch die neuen Regierungsfractionen der 14. Wahlperiode haben die Stärkung der außergerichtlichen Streitbeilegung als wichtiges Reformziel erkannt. Die Öffnungsklausel des § 15a EGZPO wurde deshalb aus dem gesamten Vorschlag der Länder herausgelöst und als eigenes Gesetz eingebracht⁹ und verabschiedet. Die Formulierung der Öffnungsklausel wurde im Gesetzgebungsprozess weiterentwickelt. Die Grundstruktur und die Grundüberlegungen blieben dabei aber stets erhalten.

1. Sachlicher Umfang der Öffnungsklausel

Der Streitwertbereich vermögensrechtlicher Streitigkeiten sollte von Anfang an auf den Bagatellbereich begrenzt werden. Schließlich einigte man sich auf die Berufungssumme des § 511 ZPO. Dahinter steckt zunächst einmal der Wunsch, gerichtliche Ressourcen den wichtigeren Streitigkeiten vorzubehalten, aber auch die Idee, die rechtssuchenden Bürger im niedrigeren Streitwertbereich deutlich auf die eigenverantwortliche Regelung von Streitigkeiten zu verweisen. Hinzukamen die Nachbarschaftsstreitigkeiten; gerade in diesem Bereich greift die Grundidee konsensualer Streitbeilegung. Die Parteien verbergen hinter einem vordergründigen Streit über Gartenzäune nicht selten tiefergreifende Konflikte, die in einem gerichtlichen, am zivilprozessualen Streitgegenstand orientierten Verfahren überhaupt nicht erörtert, geschweige denn geregelt werden. Bei den Streitigkeiten über Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden ist, besteht die Parallele zur strafrechtlichen Verfolgung als Privatklagedelikt mit dem dort vorgeschalteten Sühneversuch.

2. Schlichtungsstellen

In der bundesgesetzlichen Öffnungsklausel bleibt offen, wer die obligatorische Schlichtung durchführen soll: gerade diese zentrale Frage soll der Landesgesetzgeber lösen. Verständlich wird dies, wenn man die unterschiedliche Struktur von Schlichtungseinrichtungen in den Ländern bedenkt. Während die ehemals preußischen Länder die Institution der Schiedsleute kennen, in den Hansestädten Hamburg und Bremen die Öffentlichen Rechtsauskunftsstellen (ÖRA) eingerichtet sind¹⁰,

fehlt in Bayern und Baden-Württemberg eine derartige Tradition. In der vergleichbaren Situation des § 380 StPO werden in Bayern die Gemeinden tätig¹¹. Damit musste die Öffnungsklausel auf eine nähere Festlegung, vor allem etwa auf ein Modell der Laienschlichtung, verzichten.

3. Vorrang der Freiwilligkeit

Die zahlreichen anderen Schlichtungseinrichtungen – beginnend mit KFZ-Schlichtungsstellen bis hin zum Ombudsmann der privaten Banken¹² – leisten zwar erfolgreiche Arbeit, gehen aber nach unterschiedlichen Verfahrensordnungen vor. Zu obligatorischen Schlichtungsstellen verwandelt, müssten sie in ein bestimmtes Verfahrenskonzept gezwängt und die Bestellung ihrer Schlichter gesetzlich geregelt werden. Damit würden die Vorteile dieser Art der Schlichtung, die häufig als Kundenpflege betrieben wird und dann für den Verbraucher kostenlos ist, beseitigt. Das schriftliche Verfahren des Bankenombudsmanns könnte ebenso wenig fortbestehen wie die einseitige Bestellung der Schlichter bei den Innungen. Ergebnis dieser Überlegungen war § 15a Abs. 3 EGZPO: wer einvernehmlich zu einer dauerhaft eingerichteten Schlichtungsstelle geht, erspart sich den Gang zur obligatorischen Schlichtungsstelle. Eine detaillierte Definition der sonstigen Schlichtungsstellen enthält die bundesgesetzliche Öffnungsklausel nicht, um der Vielgestaltigkeit der bestehenden und künftigen Einrichtungen gerecht zu werden.

4. Offenheit der bundesgesetzlichen Öffnungsklausel

§ 15a EGZPO enthält sich weitgehend eigener Regelungen zum Verfahren. § 15a Abs. 5 EGZPO mutet geradezu rudimentär an. Heutige Detailverliebtheit des Gesetzgebers gewöhnt, wurde dies auch sogleich kritisiert.¹³ Die Offenheit findet ihren Grund wiederum in der unterschiedlichen Schlichtungsstruktur und dem Gedanken eigenverantwortlicher Streitregelung unter Zuhilfenahme eines neutralen Dritten. Der juristische Laie mag als Schlichter ausführlicherer Regelungen bedürfen als der Fachmann. Letztlich bietet die Öffnungsklausel damit einen weiten Spielraum für die Länder, der auch ganz unterschiedlich genutzt wird.

III. Umsetzung im Bayerischen Schlichtungsgesetz – rechtspolitischen Ziele und Erwartungen im Spiegel der Detailregelungen

In Bayern standen am Anfang der Umsetzungsüberlegungen, die bereits frühzeitig vor In-Kraft-Treten der Öffnungsklausel aufgenommen wurden, drei Maximen: Eine Realisierung der obligatorischen außergerichtlichen Streitbeilegung war politisch erwünscht; sie sollte der Entlastung der Justiz und der Verbesserung der Rechtspflege dienen. Eine Schiedsleutenstruktur war nicht vorhanden, außerdem herrschte von Beginn an Skepsis gegenüber der Einschaltung juristischer Laien, jedenfalls im Bereich obligatorischer Schlichtung. Die eigenen amtsgerichtlichen Schlichtungsstellen – zwar als Modellversuch unentbehrlich und hilfreich – waren zu sehr an den Gerichtsbetrieb angelehnt und auch nur als Modellversuch

⁸ BT-Drs. 13/6398.

⁹ Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung, Materialien in BT-Drs. 14/980.

¹⁰ *Stock/Thünte/Wolff*, Schnittstellen von außer- und innergerichtlicher Konfliktbearbeitung im Zivilrecht, Köln 1995, S. 146.

¹¹ Vgl. Verordnung über den Sühneversuch in Privatklagesachen vom 13. Dezember 1956, BayRS 2026-4-I.

¹² *Parsch*, Fünf Jahre Schlichtungsverfahren der privaten Banken, WM 1997, 1228.

¹³ *Ernst*, Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, Bremen 1998, Band II/1, S. O 57.

gedacht. Schließlich sollte soweit als möglich privatisiert werden, also eine möglichst gerichtsferne Lösung gefunden werden.¹⁴ Damit bot sich auch die Schlichtung durch die Gemeinden als öffentliche Pflichtaufgabe – angelehnt an den Sühneversuch bei den Privatklagedelikten – nicht an.

1. Die Gütestellen

a) Notare und Rechtsanwälte als anerkannte Gütestellen

Zunächst war an Anwaltschlichtung gedacht.¹⁵ Schon in dieser Phase zeigten aber die bayerischen Notare Interesse an der neuen Aufgabe. Ergebnis ist ein Modell, das auch nach den derzeit vorliegenden Plänen anderer Länder in Deutschland einzigartig sein wird.¹⁶ Nach Art. 5 Abs. 1 BaySchlG sind alle Notare Gütestellen i. S. v. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO; Rechtsanwälte werden von den Rechtsanwaltskammern als solche anerkannt, wenn sie sich diesen gegenüber verpflichtet haben, Schlichtung als dauerhafte Aufgabe zu betreiben. Weitere Voraussetzungen für die Anerkennung eines Rechtsanwalts als Gütestelle sieht Art. 5 Abs. 2 BaySchlG nicht vor; diese Frage war im Rechtsausschuss des Bayerischen Landtags ausführlich diskutiert worden. Der Regierungsentwurf hatte noch ein Ermessen der Anwaltskammern bei der Zulassung vorgesehen. Die Rechtsanwaltskammern sahen insoweit berufsrechtliche Probleme. Eine gesetzliche Einengung auf bestimmte Anwälte schien dem Landtag letztlich nicht veranlasst. Die Gesetz gewordene Lösung fügt sich gut in die Gesamtkonzeption, die die Angehörigen der rechtsberatenden Berufe insgesamt kraft ihrer beruflichen Kompetenz als geeignete Schlichter ansieht.¹⁷ Eine Einrichtung von Gütestellen bei Gericht¹⁸ erübrigte sich dabei, weil Notare ohnehin über ihre Geschäftsstelle verfügen und Rechtsanwälte ihren Kanzleibetrieb unterhalten müssen.

Neue Berufspflichten bestimmt Art. 5 Abs. 1, 2 BaySchlG nicht, dazu würde dem Landesgesetzgeber angesichts abschließender Regelung in BNotO und BRAO auch die Kompetenz fehlen. Die gesetzliche Formulierung in Art. 5 Abs. 1, 2 BaySchlG wurde deshalb im Rechtsausschuss des Landtags gegenüber der Fassung im Regierungsentwurf nochmals präzisiert¹⁹: die ursprünglich vorgesehene Fassung hätte mit ihren Formulierungen zur „Einrichtung“ von Gütestellen durch Notare und Rechtsanwälte den Schluss auf neue berufsrechtliche Bestimmungen nahe gelegt. Daraus ergibt sich auch, dass Rechtsanwälte und Notare nur im Rahmen ihrer beruflichen Kapazitäten zur Annahme von Schlichtungsverfahren verpflichtet sind. Andererseits würde es sich aber auch

nicht mit dem Gedanken der Dauerhaftigkeit der Schlichtungsaufgabe, die bei den Rechtsanwälten immerhin Anerkennungsvoraussetzung ist, vertragen, wenn gar keine Schlichtungsverfahren erledigt würden, die Anerkennung als Schlichter also nur als willkommene Werbung missbraucht würde. Notare und Rechtsanwälte unterliegen bei der Schlichtung ihren berufsrechtlichen Verpflichtungen, auf die Art. 8 Abs. 1 S. 2 BaySchlG verweist. Art. 8 enthält daneben weitere grundlegende Bestimmungen zu den Pflichten der Schlichter, an vorderster Stelle natürlich das Gebot der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit. Gerade für die Notare ergibt sich hier nichts Neues. Die Aufsicht über die Notare und Rechtsanwälte üben die Landesnotarkammer und die Rechtsanwaltskammern aus. Bei den Rechtsanwälten kommt bei gröblicher Verletzung der mit der Schlichteraufgabe verbundenen Pflichten auch der Widerruf der Zulassung in Betracht. Auch an dieser Stelle der gesetzlichen Umsetzung zeigt sich das Element weitestgehender Privatisierung im untechnischen Sinnen.

Auf ausführliche Befangenheitsregelungen über den Verweis auf § 41 ZPO in Art. 3 Abs. 2 BaySchlG hinaus hat der Gesetzgeber verzichtet. Vor allem eine Ablehnungsregelung, die sich an § 42 ZPO anlehnen müsste, wurde nicht kodifiziert. Hier sollen die Grundprinzipien der Eigenverantwortlichkeit und der Eigeninitiative greifen. Der Schlichter, der Grund zu Besorgnis der Befangenheit gibt, wird von sich aus auf die zugrunde liegenden Tatsachen verweisen. Der Antragsteller, der Interesse an der einvernehmlichen Lösung der Streitigkeit hat, wird nicht den Schlichter auswählen, den der Gegner nicht akzeptieren kann. Schließlich kann der Antragsgegner notfalls den Vergleichsschluss verweigern, wenn er im Schlichtungstermin Zweifel an der Unparteilichkeit des Schlichters hegt. Mit dem Risiko, später mit Kosten belastet zu werden, kann er der Schlichtungsverhandlung auch fern bleiben.

b) Freiwillige Gütestellen

Den Gedanken des § 15a Abs. 3 EGZPO greift Art. 3 BaySchlG auf. Das Gesetz setzt gleichzeitig auf Vorrang der Freiwilligkeit und obligatorische Schlichtung durch rechtsberatende Berufe. Wie das Bundesrecht enthält auch Art. 3 Abs. 1 S. 1 BaySchlG keine weitergehende Definition der sonstigen Schlichtungsstelle. Als freiwillige Schlichter kommen im Übrigen auch Rechtsanwälte und Notare in Betracht. Die Unterscheidung zwischen der Tätigkeit als Schlichter nach Art. 3 BaySchlG und als obligatorischer Schlichter nach Art. 5 Abs. 1, 2 BaySchlG ist bedeutsam, weil Rechtsanwälte und Notare nur bei der obligatorischen Schlichtung an die Vorschriften der Abschnitte II, III und IV BaySchlG gebunden sind. Maßgeblich ist der Parteiwille: erscheint zunächst nur der Antragsteller bei der Gütestelle, so wird regelmäßig die obligatorische Schlichtung gewünscht sein. Kommen die Parteien gemeinsam, ist aufzuklären, wobei den Parteien die unterschiedlichen, auch gebührenrechtlichen Folgerungen klar sein müssen.

Schließlich hat der Präsident des Bayerischen Obersten Landesgerichts nach Art. 5 Abs. 3 BaySchlG die Möglichkeit, weitere Gütestellen anzuerkennen, die die Voraussetzungen des neu geschaffenen Art. 22 AGGVG erfüllen müssen. Enger definierte Anerkennungskriterien werden sich in der Anerkennungspraxis entwickeln. Dabei wird sich der Präsident des Bayerischen Obersten Landesgerichts am Gesetzeszweck orientieren. Sonstige Schlichtungsstellen, die die Mindestvoraussetzungen des Art. 22 AGGVG einhalten können, werden durch die Anerkennung Gütestellen auch im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO und können dann Titel schaffen. Gegenüber

¹⁴ Der Vorschlag des DAV hätte Schlichtungsstellen bei Gericht angesiedelt, also letztlich den staatlichen Richter nur durch einen Rechtsanwalt ersetzt; zum DAV-Modell s. AnwBl 1997, S. 545.

¹⁵ Vgl. die ersten Überlegungen des DAV Fn. 14; hierzu auch *Ponschab*, Streitschlichtung – Anwaltssache, AnwBl 1997, S. 520; *Schwackenberg*, Einführung einer obligatorischen Streitschlichtung, AnwBl 1997, 524; *Grisebach*, Das DAV-Modell der obligatorischen Streitschlichtung – weitergedacht, AnwBl 1997, 528.

¹⁶ An eine Einschaltung der Notare neben Schiedsleuten und Rechtsanwälten wird derzeit in Berlin und in Sachsen-Anhalt gedacht.

¹⁷ Im Ergebnis wird künftig bei der Ausbildung des juristischen Nachwuchses ein stärkerer Akzent auf die mit vermittelnder Streitbeilegung zusammenhängenden Fertigkeiten gelegt werden müssen; vgl. hierzu *Schöbel*, Verhandlungsmanagement und Mediation in der Juristenausbildung, JuS 2000, 372.

¹⁸ Eine derartige Lösung sieht der Entwurf Baden-Württembergs zur Umsetzung des § 15a EGZPO vor.

¹⁹ Vgl. LT-Drs. 14/3293.

den freiwilligen Schlichtungsstellen nach Art. 3 Abs. 1 BaySchlG müssen die nach Art. 5 Abs. 3 BaySchlG anerkannten Gütestellen damit eine zusätzliche Qualität aufweisen, die das Vertrauen rechtfertigt, das sich aus Stellung nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergibt. Insbesondere müssen die anerkannten Gütestellen einen Standard in den Rechtskenntnissen aufweisen, der demjenigen der Rechtsanwälte und Notare entspricht. Das Schlichtungsgesetz ist mit der Anerkennungsmöglichkeit nach Art. 5 Abs. 3 BaySchlG offen für künftige Entwicklungen: So können sich etwa Schlichtungsstellen von Gemeinden, die die Streitbeilegung, vielleicht gerade im Zusammenhang mit dem Sühnetermin nach § 380 StPO als freiwillige Aufgabe erledigen wollen, anerkennen lassen. Möglicherweise lassen sich auch Trägerformen finden, die es pensionierten Richterpersönlichkeiten erlauben, als Schlichter tätig zu werden, ohne den Umweg über eine Anwaltszulassung gehen zu müssen. Gerade mit dem Ansehen und der Erfahrung der pensionierten Richter konnten während des Modellversuchs des Staatsministeriums der Justiz zu den amtsgerichtlichen Schlichtungsstellen gute Erfahrungen gesammelt werden.

2. Sachlicher Umfang der obligatorischen Schlichtung

Art. 1 BaySchlG übernimmt den sachlichen Anwendungsbereich aus § 15a Abs. 1 S. 1 EGZPO beinahe in vollem Umfang. Der Streitwertbereich bis 1500 DM wird zur Gänze ausgeschöpft. Im Bereich von § 15a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 EGZPO hätte daneben auch die Möglichkeit bestanden, im Zuständigkeitsbereich des Landgerichts obligatorische Schlichtung vorzusehen. Hierauf wurde verzichtet. Die bayerische Umsetzung zieht damit die Konsequenzen aus dem Angebot professioneller Schlichtung durch juristische Fachleute, will aber gleichzeitig möglichst klar bleiben. Landesgesetzliche Regelungen, die auf Laienschlichtung setzen, erwägen teilweise eine niedrigere Streitwertgrenze.²⁰ Eine Erweiterung des Ausnahmekatalogs nach § 15a Abs. 2 EGZPO²¹ kennt das BaySchlG nicht.

3. Örtlicher Anwendungsbereich

Die Schlichtung wird nach Art. 2 S. 1 BaySchlG auf Streitigkeiten zwischen Parteien beschränkt, die im selben Landgerichtsbezirk wohnen, ihren Sitz oder ihre Niederlassung haben. Diese örtliche Einschränkung beruht auf zwei Überlegungen: das Schlichtungsverfahren soll von dem persönlichen Gespräch der Parteien mit dem Schlichter leben. In ländlichen Bezirken wird dazu die Kenntnis der örtlichen Verhältnisse und die Vertrautheit der Parteien mit dem Schlichter treten. Die persönliche Anwesenheit von Antragsteller und Antragsgegner im Schlichtungstermin soll der Regelfall sein. Dies zeigt auch die Anwesenheitsregelung in Art. 11 BaySchlG. Zugleich darf das Schlichtungsverfahren aber nicht mit zu hohen Kosten belastet werden. Die Reisekosten zum Termin soll jede Partei selber tragen. Damit musste der Kreis der Streitigkeiten über § 15a Abs. 2 S. 2 EGZPO hinaus örtlich eng gezogen werden. Zudem sollte die Kapazität der Schlichtungsstellen nicht überfordert werden, jedenfalls in der Anfangsphase. Der engen Verflechtung des Großraumes München wird

durch die Ausnahmeregelung des Art. 2 S. 2 BaySchlG Rechnung getragen. Im Münchener Raum besteht außerdem eine hohe Anwalts- und Notardichte, sodass Kapazitätsprobleme bei den Schlichtern nicht auftreten dürften.

4. Örtliche Zuständigkeit der Gütestellen

Art. 6 BaySchlG regelt die örtliche Zuständigkeit der Schlichtungsstellen. Der Gesetzentwurf der Staatsregierung sah hier noch eine Auswahl der Gütestelle durch den Antragsteller unter den Gütestellen des Landgerichtsbezirks vor²². Die Vorschrift wurde in den Beratungen des Rechtsausschusses modifiziert und der Satz 2 eingefügt. Die örtliche Zuständigkeit ist jetzt an §§ 12, 13 ZPO angelehnt. Dem Rechtsausschuss war es unbillig erschienen, dem Antragsteller die Möglichkeit zu geben, den Antragsgegner zu einer Gütestelle seines Wohnorts zitieren zu können. Rechtstechnisch musste deshalb auf die im Amtsgerichtsbezirk des Antragsgegner vorhandenen Gütestellen abgestellt werden. Damit dürfte jetzt zugleich eine verbraucherfreundlichere Regelung gefunden worden sein. Bei Anwendung des Art. 6 S. 2 BaySchlG ist im Übrigen auf den Amtsgerichtsbezirk insgesamt, nicht etwa auf amtsgerichtliche Zweigstellen abzustellen.

5. Verfahrensregeln

Die Verfahrensregeln des BaySchlG beschränken sich auf das Notwendige. Sie sind an die Verfahrensregeln angelehnt, die die Schlichter der amtsgerichtlichen Schlichtungsstellen angewendet haben.²³ Sie stecken den Rahmen des Verfahrens ab, ohne eine neue Prozessordnung zu schaffen. Das Verfahren wird, soweit dies unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien möglich ist, nach Art. 10 Abs. 4 BaySchlG in das Ermessen der Schlichter gestellt. Der Schlichter wird von Formalismen entlastet, Maxime ist die möglichst zügige Durchführung des Verfahrens. Das Schlichtungsverfahren wird auf diese Weise weitgehend privatisiert. Dies ist ungewohnt und führt zu besonderer Verantwortung des Schlichters und der Parteien. Auch hier zeigt sich der bayerische Ansatz: das Vertrauen in die rechtsberatenden Berufe rechtfertigt die Zurückhaltung des Gesetzgebers. Die Offenheit des Verfahrens fördert zugleich das Verhandlungsklima. Unter diesen Gesichtspunkten müssen die Verfahrensregeln des Gesetzes bewertet und ausgelegt werden.

a) Einleitung des Verfahrens, verjährungsunterbrechende Wirkung

Dem Beschleunigungsgedanken entspricht zunächst Art. 7 BaySchlG insoweit, als er neben der schriftlichen Einreichung des Antrages auch die Erklärung zu Protokoll der Gütestelle erlaubt. Formblattlösungen werden hier für Standardfälle empfehlenswert sein. Die Frage, welche Regelungen das Landesrecht zur Mitteilung des Schlichtungsantrags an den Antragsgegner enthalten muss, wurde heftig debattiert. Hintergrund dieser Diskussion ist die verjährungsunterbrechende Wirkung, die mit der Anbringung eines Schlichtungsantrags bei einer anerkannten Gütestelle nach § 209 Abs. 2 Nr. 1a BGB

²⁰ Das Schlichtungsgesetz NRW wird den Streitwertbereich bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten auf 1200 DM beschränken.

²¹ Die praktisch bedeutsamste Ausnahme enthält § 15a Abs. 2 Nr. 5 EGZPO: das Mahnverfahren bleibt als schnelle und kostengünstige Möglichkeit der Titulierung unbestrittener Forderungen in vollem Umfang erhalten.

²² Vgl. LT-Drs. 14/2265, S. 12; für die Lösung des Regierungsentwurfs sprach, kein weiteres Ausweichen auf das Mahnverfahren zu provozieren, gegen diese Lösung allerdings ein Abweichen vom Leitbild der ZPO-Regelung, die sich z. B. in Mietangelegenheiten offenkundig gezeigt hätte, weil für das vorgerichtliche Verfahren der § 29a ZPO immanente Schutzgedanke obsolet gewesen wäre.

²³ Bek. des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, JMBl. 1984, S. 146.

verbunden ist. Daraus werden Forderungen nach Förmlichkeiten abgeleitet. Die verjährungsunterbrechende Wirkung tritt nach der Rechtsprechung nur ein, wenn der Güteantrag dem Antragsgegner demnächst mitgeteilt wird²⁴: die wörtliche Auslegung der Vorschrift, die die Verjährungsunterbrechung bereits durch Einreichung des Antrags nahe legen würde, könne nämlich dazu führen, dass Verjährungsunterbrechung ohne Kenntnis des Antragsgegners eintrete. Dies widerspreche aber dem Gesamtzusammenhang der Verjährungsvorschriften, die stets jedenfalls Kenntnisnahme durch den Anspruchsgegner voraussetzen. Diese Rechtsprechung ist sicherlich zutreffend. Sie gebietet aber keinesfalls eine Zustellung im Sinne der ZPO in jedem Schlichtungsverfahren. Art. 9 S. 3 BaySchlG spricht von förmlicher Mitteilung des Schlichtungsantrags. Die Vorschrift setzt bewusst auf die Eigenverantwortung der Gütestelle. Sie wird selbst nach den Umständen des Einzelfalles prüfen, welchen Nachweis der Übermittlung des Antrags sie für notwendig erachtet. So ist sogar im Schiedsverfahren nach dem 10. Buch der ZPO eine förmliche Zustellung des verfahrenseinleitenden Schiedsantrags nicht vorgesehen²⁵. Wie im Schiedsverfahren wird sich, wenn ein anderer Nachweis nicht geführt werden kann und Verjährungsunterbrechung bedeutsam ist, eine Einschreibesendung mit Rückschein empfehlen.²⁶ Die Gütestelle ist aber kein Gericht: sie nimmt den Schlichtungsantrag nach Art. 7 S. 1 BaySchlG während der üblichen Geschäftszeiten entgegen; der Rechtsuchende kann also nicht einen Nachtbriefkasten erwarten und muss sich auch vergewissern, dass die Gütestelle seinen Güteantrag behandeln kann, wenn er auf verjährungsunterbrechende Wirkung angewiesen ist.²⁷ Der Fortgang des Schlichtungsverfahrens bestimmt die Dauer der Verjährungsunterbrechung. Sie endet mit Beendigung des Schlichtungsverfahrens nach § 212a S. 1 BGB, wirkt aber fort, wenn sich nach Scheitern sogleich ein gerichtliches Verfahren anschließt. Wird das Güteverfahren nicht mehr weiterbetrieben, gilt § 211 Abs. 2 BGB entsprechend. Die Rücknahmefiktion des Art. 11 Abs. 4 S. 1 BaySchlG bei unentschuldigtem Fehlen des Antragstellers im Schlichtungstermin ist nur als Verfahrensregelung zu verstehen; sie kann die Regelung im BGB nicht modifizieren und die materiellrechtliche Wirkung des § 212a S. 3 BGB nicht auslösen. Die Fiktion des § 11 Abs. 4 S. 1 BaySchlG hat nicht die rechtlichen Folgen einer ausdrücklichen Rücknahme des Güteantrags. Die unterbrechende Wirkung endet auch in diesem Fall nach §§ 212a S. 2, 211 Abs. 2 BGB.

b) Durchführung des Verfahrens, Erscheinenspflicht

Die Grundprinzipien des Schlichtungsverfahrens sind Mündlichkeit, Parteienwesenheit, Nichtöffentlichkeit und freige-

²⁴ OLG Hamburg MDR 1965, 130; *Palandt*, BGB, 59. Aufl. 2000, § 209 Rdnr. 17.

²⁵ *Zöller*, ZPO, 21. Auflage 1999, § 1044 Rdnr. 1.

²⁶ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 5. Auflage 1995, Kap. 16 Rdnr. 27. § 9 Abs. 3 SchlichtungsG NRW sieht dies als Regelfall vor.

²⁷ Im Schiedsverfahren wird die Auffassung vertreten, der Schiedskläger habe für den Nachweis des Empfangs selbst zu sorgen, wenn die Schiedsvereinbarung zur Frage der Übermittlung nichts enthalte, s. dazu *Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann*, ZPO, 58. Aufl. 2000, § 1044 Rdnr. 2: Ob die verjährungsunterbrechende Wirkung des § 209 Abs. 2 Nr. 1a BGB dadurch erreicht werden kann, dass nach Anbringung des Antrags im Parteiwege die Zustellung veranlasst wird, erscheint mir jedenfalls dann fraglich, wenn eine Güteverhandlung mangels Kapazität von der Schlichtungsstelle gar nicht beabsichtigt ist.

stellte Beweisaufnahme. Das neue Schlichtungsverfahren integriert die Erkenntnisse der Rechtswissenschaft über außergerichtliche Streitbeilegungsmethoden, ohne sich auf eine bestimmte Lehre festzulegen. Im Zentrum des Schlichtungsverfahrens steht das Schlichtungsgespräch. Die Parteien sollen in aller Regel selbst anwesend sein. Sie können sich im Termin eines Rechtsanwalts oder eines sonstigen Beistandes bedienen; die Vertretung durch einen Rechtsanwalt ist aber nicht notwendig, vielmehr soll das Schlichtungsverfahren so ablaufen, dass die Parteien ihre Interessen selber wahrnehmen können. Zeugen und Sachverständige können angehört werden, wenn die Parteien sie auf ihre Kosten mitgebracht haben. Der Schlichtungsvorschlag wird mit den Parteien erarbeitet. In geeigneten Fällen kann der Schlichter auch Einzelgespräche mit den Parteien führen, um den Hintergrund des Streites genauer auszuloten.

Die Anwesenheit der Parteien im Schlichtungstermin ist nach Art. 9 Abs. 1 BaySchlG Pflicht. Der Gesetzgeber war vor der Frage gestanden, auf welche Weise ein unentschuldigtes Fernbleiben sanktioniert werden sollte. Nach § 15 a Abs. 5 EGZPO hätte die Verhängung eines Ordnungsgeldes im Landesrecht vorgesehen werden können. Einige Schiedsordnungen der Länder mit Schiedsleutetradition sehen dies bereits heute vor, ohne dass sich dadurch die Vergleichsquote dieser Einrichtungen hätte steigern lassen. Ein Ordnungsgeld hätte das Schlichtungsverfahren bürokratisiert, zugleich auch die Amtsgerichte belastet. Gegen ein vom Schlichter verhängtes Ordnungsgeld hätte ein Rechtsbehelf zum Amtsgericht vorgesehen werden müssen. Deshalb wurde das Nichterscheinen im Termin nur indirekt mit Kostenfolgen belegt. Erscheint der Antragsteller nicht, gilt sein Antrag nach § 11 Abs. 4 S. 1 BaySchlG als zurückgenommen. Er muss die angefallenen Gebühren nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 BaySchlG aufbringen, der Weg zum Gericht bleibt ihm gleichwohl versperrt. Der Antragsgegner kann durch Fernbleiben das Schlichtungsverfahren zwar obstruieren; er läuft aber Gefahr, in einem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren zu verlieren. Er hat dann dem Antragsteller auch die Kosten des Schlichtungsverfahrens zu ersetzen. Scheitert das Schlichtungsverfahren hingegen am Fernbleiben des Antragsgegners und obsiegt dieser im späteren gerichtlichen Verfahren, so verbleiben die Kosten des Schlichtungsverfahrens beim Antragsteller; auch dieses Ergebnis erscheint aber nicht unbillig, weil sich im gerichtlichen Verfahren schließlich herausgestellt hat, dass der Anspruch nicht bestand. Für eine generelle Auferlegung der Mehrkosten auf den nichterschiedenen Antragsgegner ähnlich wie in § 95 ZPO fehlt eine bundesgesetzliche Rechtsgrundlage.

c) Protokollierung des Vergleichs

Das erfolgreiche Schlichtungsgespräch endet mit der Protokollierung des Vergleichs. Grundsätzliche Regelungen hierzu enthält Art. 12 BaySchlG. Der Vergleich soll auch eine Regelung über die Frage der Kosten enthalten. Der vor den obligatorischen Schlichtern geschlossene Vergleich ist Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Art. 5 Abs. 3 S. 1 BaySchlG nimmt auf § 15a Abs. 6 EGZPO Bezug. Beachtenswert ist dabei besonders, dass die Anerkennung durch Landesrecht sich nicht auf den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 2 BaySchlG beschränkt. Damit kann erstmals ein Rechtsanwalt, der als Gütestelle anerkannt ist, in unbeschränktem Umfang Titel schaffen. Diese Erleichterung im Zusammenhang mit der obligatorischen Schlichtung ist gewollt und ein in die Zukunft weisendes Element der konsen-

sualen Streitbeilegung. Ihre Tragweite wird im Kontrast zu den komplizierten Regelungen in der ZPO zum Anwaltsvergleich, der deshalb nie praktische Bedeutung gewonnen hat, deutlich.²⁸

d) Ausstellung der Bescheinigung, Prüfung der Prozessvoraussetzung durch das Gericht

Die Parteien benötigen im Falle eines erfolglosen Schlichtungsversuches einen Nachweis über dessen Durchführung gegenüber dem Gericht. Dazu dient die Bescheinigung nach Art. 4 BaySchlG. Das Gericht muss das Vorliegen der Prozessvoraussetzung in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen prüfen²⁹. Das Gericht ist an die rechtlichen Einschätzungen der Gütestelle nicht gebunden. Weder § 15a EGZPO noch das BaySchlG sind aber auf Formalismen angelegt. Ratio legis ist es, die Parteien im Anwendungsbereich der Vorschrift zunächst auf die konsensuale Streitbeilegung mit Hilfe eines Dritten zu verweisen. Die Bescheinigung soll deshalb die Prüfung der Prozessvoraussetzung ermöglichen. Diese Funktion stellt Art. 4 BaySchlG sicher: zunächst sind die Fälle aufgezählt, in denen das Zeugnis auszustellen ist. Neben dem Hauptfall des Scheiterns steht der Ablauf der Dreimonatsfrist nach § 15a Abs. 1 S. 3 EGZPO. Art. 4 Abs. 2 BaySchlG enthält sonstige Fälle, in denen die Schlichtungsverhandlung ohne Vergleichsschluss endet. So kann der Schlichter nach Annahme des Schlichtungsantrags und Prüfung der Angelegenheit zu dem Ergebnis gelangen, der sachliche oder örtliche Anwendungsbereich der obligatorischen Schlichtung sei nicht eröffnet, etwa der Streitwertbereich des Art. 1 Nr. 1 BaySchlG überschritten. Das Gericht wird dann bei seiner Prüfung einen favor consensus walten zu lassen haben: die Parteien haben versucht, ihren Streit beizulegen; damit ist in der Regel der Weg zum Gericht eröffnet, auch wenn das Gericht die Frage des Streitwertes wieder anders beurteilen würde als die Gütestelle. Jedenfalls erscheint es nach dem Sinn der Vorschriften wenig wünschenswert, die Parteien zur Gütestelle zurückzuschicken. Beschreiten die Parteien im umgekehrten Fall, etwa in Verkennung des sachlichen Anwendungsbereichs aus Art. 1 BaySchlG, sogleich den Weg zum Gericht, wäre die Klage ohne Rücksicht auf die sachliche Begründetheit abzuweisen. Die Klage kann wiederholt werden, sobald das Schlichtungsverfahren nachgeholt ist.³⁰ Weil die Prozessvoraussetzung nachholbar ist, sollte das Gericht den Parteien auch die Möglichkeit des Ruhens des Verfahrens einräumen; diese Anordnung sollte mit Blick auf die Zielrichtung der obligatorischen Schlichtung nicht von der Zulässigkeit der Klage zu diesem Zeitpunkt abhängig gemacht werden.³¹

Art. 4 Abs. 2 BaySchlG zeigt im Übrigen erneut das Vertrauen des Gesetzgebers in die professionellen Schlichter, und setzt damit wieder hohe Erwartungen. Die bayerischen Schlichter haben – wohl im Gegensatz zu allen anderen erwogenen Lösungen – die Möglichkeit, das Zeugnis auszustellen, wenn sie die Angelegenheit von vorneherein für ungeeignet halten. Dabei reichen rechtliche und tatsächliche Gründe. Die Vorschrift hat Ausnahmecharakter: tatsächliche Gründe können einmal

vorliegen, wenn sich bereits aus dem Sachverhalt die Notwendigkeit einer Aufklärung durch umfangreiche Beweisaufnahme ergibt, weil ansonsten kein vernünftiger Vergleichsvorschlag unterbreitet werden kann. Rechtliche Gründe mögen vorliegen, wenn eine ganz grundsätzliche Rechtsfrage inmitten steht, bei der die Parteien trotz des geringen Streitwertes nach Wegen für eine obergerichtliche Klärung suchen.

Der Inhalt der Bescheinigung ist auf diese Fallkonstellationen zugeschnitten. Parteien und Streitgegenstand sind anzugeben, um dem Gericht die Identifizierung zu ermöglichen. Zum Streitgegenstand genügen dabei in aller Regel stichwortartige Angaben. Soweit die Streitwertgrenze nach Art. 1 Nr. 1 BaySchlG ganz eindeutig eingehalten ist, wird auch eine Formulierung wie „jedenfalls nicht über 1500 DM“ ausreichen. Detaillierte Angaben sind nur bei Zweifeln über die Streitwerthöhe gefragt. Bei Ungeeignetheit für eine Schlichtung sind die Gründe anzugeben, warum die Schlichtung nicht durchgeführt wurde. Damit wird einem Missbrauch dieses sinnvollen Instruments vorgebeugt. Schließlich ist der Zeitpunkt der Beendigung des Schlichtungsverfahrens zu vermerken, um das Einsetzen der neuen Verjährung bestimmen zu können.

6. Kostenfragen

Der bayerische Gesetzgeber hatte nur einen engen Spielraum für die Gebühren des Schlichters. Professionelle Schlichtung ist aufwendig und muss angemessen bezahlt werden. Auf der anderen Seite sind die Streitwerte in der Regel gering, der Rechtsstreit darf nicht über Gebühr verteuert werden. Die Vergütungsregelung in Art. 13 BaySchlG ist deshalb auch in den Beratungen des Landtags immer wieder Gegenstand der Diskussion gewesen. Beinahe in einem Atemzug wurden die Gebühren als zu hoch für die Parteien und als zu niedrig für die Schlichter kritisiert. Sie sind ein Kompromiss. Die Erhebung der Gebühren soll möglichst wenig bürokratischen Aufwand auslösen. Mittellosen muss durch öffentliche Hilfe der Zugang zur Schlichtung garantiert werden, weil ihnen ansonsten das gerichtliche Verfahren verschlossen bliebe.

Dass im Zentrum der Güteverhandlung das persönliche Schlichtungsgespräch mit den Parteien steht, wird auch in der Gebührenstruktur zum Ausdruck gebracht. Die Gebühr von 100 € nach Art. 13 Abs. 2 Nr. 2 BaySchlG (in der Übergangsphase bis zum 1. Januar 2002 200 DM) wird fällig, wenn das Schlichtungsgespräch stattgefunden hat, egal ob ein Vergleich geschlossen wurde oder nicht. Nach Art. 14 Abs. 1 BaySchlG hat der Antragsteller den Gesamtbetrag der Vergütung, der sich aus Art. 13 BaySchlG errechnet, vorzuschließen. Der Schlichter wird also davon entlastet, seine Gebührenforderung durch Vollstreckung realisieren zu müssen. Mittellose Parteien erhalten für das Schlichtungsverfahren staatliche Leistungen nach den Grundsätzen der Beratungshilfe. Die Verweise in Art. 15 Abs. 2 BaySchlG stellen dabei sicher, dass die staatliche Hilfe stets vorher bei den Amtsgerichten zu beantragen ist. Als Nachweis erhält die mittellose Partei dort einen Schein, der dem Beratungshilfeschein entspricht.

Die Kosten der Gütestelle gehören nach § 15a Abs. 4 EGZPO zu den Kosten des Rechtsstreits im Sinne von § 91 Abs. 1, 2 ZPO. Sie sind damit von der unterlegenen Partei zu erstatten, wenn sich an die gescheiterte Schlichtung ein Rechtsstreit vor Gericht anschließt. Im vor der Gütestelle geschlossenen Vergleich ist eine Kostenregelung zu treffen. Lässt sich eine Partei im Schlichtungsverfahren durch einen Rechtsanwalt vertreten, erhält dieser dafür eine Verfahrensgebühr von 10/10 nach

²⁸ Der Unterschied rechtfertigt sich im Übrigen aus der unterschiedlichen Funktion des Anwalts als neutralem Schlichter und als Parteivertreter: s. dazu *Zöller*, a.a.O., § 796 a Rdnr. 2.

²⁹ *Stein-Jonas/Schumann*, ZPO, 21. Aufl. 1997, vor § 253 Rdnr. 127; *Zöller*, a.a.O., § 253 Rdnr. 9; *Thomas-Putzo*, ZPO, 22. Aufl. 1999, Vorbem. zu § 253 Rdnr. 10 ff.

³⁰ Vgl. *Zöller*, a.a.O., vor § 253 Rdnr. 9.

³¹ So aber allgemein *Stein-Jonas/Roth*, a.a.O., § 251 Rdnr. 1.

§ 65 Abs. 1 S. 1 BRAGO. Bei Mitwirkung an der Einigung wird eine zusätzliche Einigungsgebühr von 15/10 nach § 65 Abs. 2 BRAGO fällig. Die Verfahrensgebühr ist auf die Prozessgebühr des nachfolgenden gerichtlichen Verfahrens anzurechnen. Benötigt eine mittellose Partei zu ihrer Vertretung im Schlichtungstermin einen Rechtsanwalt, so kann sie hierfür Beratungshilfe erhalten.

IV. Ausblick

Was erwartet sich der Gesetzgeber nun von der Gesamtregelung, welche Anforderungen stellt er zusammenfassend an die rechtssuchenden Bürger, die rechtsberatenden Berufe und die Gerichte? Dem Bürger wird mehr Eigenverantwortung zuge-
traut. Er soll unter fachkundiger Anleitung konsensfähiger werden, er soll seine Streitigkeiten – soweit es geht – eigenverantwortlich und mit Weitblick dauerhaft regeln. Notare und Rechtsanwälte sollen dabei mit ihrer Fachkunde, aber auch mit Menschenkenntnis gerichtsfern als neutrale Dritte helfen. Damit werden Fähigkeiten aufgegriffen, die die rechtsberatenden Berufe ohnehin besitzen müssen. Zusätzliche Fortbildungsmaßnahmen in den hilfreichen Techniken der Gesprächsführung und des Verhandeln mögen die vorhandenen Fähigkeiten weiter fördern und ergänzen. Der Gesetzgeber war dazu bereit, ein hohes Maß an Vertrauensvorsprung zu geben. Bei genauer Betrachtung gibt die Justiz einen Teil ihres Monopols aus der Hand. Die Regelungen sind offen für künftige Entwicklungen. Es wird sich ein Markt an Schlichtungsangeboten entwickeln, in dem sich die rechtsberatenden Berufe behaupten müssen. Der Gesetzgeber erwartet

von den bayerischen Notaren und Rechtsanwälten, dass ihnen dies gelingt. Das BaySchlG geht – zunächst in kleinen Schritten – gänzlich neue Wege. Der Gesetzgeber hat sich deshalb selbst eine automatische Erfolgskontrolle auferlegt. Das BaySchlG ist als Zeitgesetz ergangen und wird deshalb vor dem Ablaufdatum aus Art. 21 Abs. 2 parlamentarisch überprüft werden. Das Bayerische Staatsministerium der Justiz wird von Anfang an eine wissenschaftliche Begleituntersuchung veranlassen. Am Ende der Erprobungsphase hofft der Gesetzgeber auf ein positives Signal, das nicht nur eine Fortschreibung der obligatorischen Schlichtung, sondern sogar den Ausbau der einvernehmlichen Streitbeilegung erlauben würde. Das Schlichtungsmodell könnte dabei auch eine europäische Dimension erhalten, weil die Diskussion um den Zugang zum Recht im europäischen Binnenmarkt sich immer mehr von der gerichtlichen Entscheidung hin zu alternativen Streitbeilegungsmethoden entwickelt.³² Die Überlegungen beschränken sich dabei nicht auf typische Anbieter-Verbraucher-Konstellationen, wie alle jüngst vorgelegten Richtlinienvorschläge zeigen. Für die bayerischen Notare kann sich damit eine Chance für eine interessante Erweiterung ihres Berufsfeldes ergeben.

³² Vgl. dazu Grünbuch über den Zugang der Verbraucher zum Recht und die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt, Dok. KOM(93) 576 endg. vom 16. November 1993, Aktionsplan für den Zugang der Verbraucher zum Recht und die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt, Dok. KOM(96) 13 endg. vom 14. Februar 1996; Empfehlung 98/257/EG der Kommission betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten zuständig sind.

Empfehlungen des Schlichtungsausschusses der Landesnotarkammer Bayern zur Handhabung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens gemäß § 15 a EGZPO i.V.m. dem Bayerischen Schlichtungsgesetz

Von Notarassessorin *Birgit Birnstiel*, München*

Durch die bereits am 1.1.2000 in Kraft getretene neue Vorschrift des § 15 a EGZPO ermächtigt der Bundesgesetzgeber die Landesgesetzgeber, in gewissen Fällen durch Landesrecht zu bestimmen, dass die Erhebung der Klage zu den Zivilgerichten erst dann zulässig ist, wenn vorher versucht wurde, die Streitigkeit vor einer Gütestelle einvernehmlich beizulegen.

Der Bayerische Gesetzgeber hat von dieser Ermächtigungsgrundlage mit Erlass des „Bayerischen Gesetzes zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen“ (nachfolgend „BaySchlG“ genannt) Gebrauch gemacht.

* Dem Schlichtungsausschuss der Landesnotarkammer gehören an: Notar *Dr. Friedrich v. Daumiller*, Prien, Notarin *Roswitha Vogt-Grziwotz*, Regen und Notarassessorin *Birgit Birnstiel*, München. Die berufsrechtlichen, kostenrechtlichen und die verjährungsrechtlichen Passagen der vorliegenden Empfehlungen sind abgestimmt mit den Rechtsanwaltskammern Bamberg, München und Nürnberg sowie mit der Landesnotarkammer Bayern. Herrn RA *Dr. Wieland Horn*, Geschäftsführer der Rechtsanwaltskammer München, und Herrn Notar a. D. *Dr. Hans-Joachim Vollrath*, Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern, sei an dieser Stelle für ihre Hinweise und Formulierungshilfen gedankt.

Demnach wird künftig in Bayern in bestimmten Fällen die Durchführung eines sog. obligatorischen Schlichtungsverfahrens Prozessvoraussetzung für eine Klage zu den Zivilgerichten sein. Die folgenden Erläuterungen und Empfehlungen sollen einen kurzen Überblick über das BaySchlG geben und – zusammen mit den Empfehlungen des Schlichtungsausschusses der Landesnotarkammer Bayern für die im Schlichtungsverfahren zu verwendenden Muster – die Handhabung des Schlichtungsverfahrens in der Praxis erleichtern:

I. Das Schlichtungsverfahren

I. Statthaftigkeit des obligatorischen Schlichtungsverfahrens

1. Zeitlicher Anwendungsbereich

Das BaySchlG ist gem. seinem Art. 21 Abs. 1 zum 01.05.2000 in Kraft getreten und gilt gem. der Übergangsvorschrift des Art. 22 Abs. 1 für alle Klagen, die vier Monate oder später ab In-Kraft-Treten des Gesetzes bei Gericht eingehen, d. h. also ab dem 1.9.2000.

Das Gesetz hat eine „Probelaufzeit“ von ca. fünf Jahren und tritt gem. seinem Art. 21 Abs. 2 mit Ablauf des 31.12.2005 wieder außer Kraft.

2. Sachlicher Umfang

Gem. § 15 a Abs. 1 EGZPO i.V.m. Art. 1 BaySchlG hat in folgenden Streitigkeiten vor Klageerhebung zum *Amtsgericht* ein obligatorisches Schlichtungsverfahren stattzufinden:

- *Vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert bis zu DM 1.500,-*;
- *Nachbarrechtliche Streitigkeiten*² i.S.v. §§ 910 BGB (Überwuchs), 911 BGB (Hinüberfall), 923 BGB (Grenzbaum) sowie in Fällen des § 906 BGB (Immissionen) und der Artt. 43 bis 54 BayAGBGB, soweit es sich nicht um Einwirkungen von einem gewerblichen Betrieb handelt;
- *Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre*³, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden sind.^{4 5}

Ausgenommen sind jedoch:

- Die im Ausnahmekatalog des § 15 a Abs. 2 Satz 1 EGZPO genannten Verfahrensarten⁶. Die wichtigste Ausnahme, die auch in der Praxis am häufigsten eingreifen wird, findet sich hierbei in § 15 a Abs. 2 Nr. 5 EGZPO. Danach muss ein Schlichtungsverfahren dann nicht durchgeführt werden, wenn der Anspruch im Mahnverfahren gem. §§ 688 ff. ZPO geltend gemacht wurde.
- Gem. § 15 a Abs. 3 EGZPO i.V.m. Art. 3 BaySchlG alle Fälle, in denen die Parteien *einvernehmlich* einen Einigungsversuch vor einer sonstigen Gütestelle⁷ unternommen haben.

3. Örtlicher Umfang

Ein obligatorisches Schlichtungsverfahren muss gem. Art 2 BaySchlG jedoch nur dann durchgeführt werden, wenn die Parteien ihren Wohnsitz/Sitz/Niederlassung im *selben* Land-

gerichtsbezirk haben. Die Landgerichtsbezirke München I und München II gelten hierbei wegen ihrer engen Verflechtung als einheitlicher Landgerichtsbezirk.⁸

II. Zuständigkeit

Zuständig für die Durchführung von Schlichtungsverfahren im sachlichen Anwendungsbereich des Art. 1 BaySchlG sind gem. Artt. 3, 5, 6 BaySchlG:

1. bei *einvernehmlicher* Antragstellung beider Parteien (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 und 2 BaySchlG):
 - jeder Notar und jeder Rechtsanwalt, der nicht Parteivertreter ist sowie jede dauerhaft eingerichtete Schlichtungsstelle i. S. § 15a Abs. 3 EGZPO, unabhängig vom Ort ihrer Niederlassung;
2. bei *einseitiger* Antragstellung (Art. 3 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Artt. 5, 6 BaySchlG):
 - jeder Notar
 - Rechtsanwälte, soweit sie von der Rechtsanwaltskammer als Gütestelle zugelassen worden sind,
 - von der Landesjustizverwaltung zugelassene weitere Gütestellen (§ 794 Abs.1 Nr.1 ZPO, Art. 22 BayAGGVG), jedoch *nur dann*, wenn sich die Gütestelle im *selben Landgerichtsbezirk* wie Wohnsitz/Sitz/Niederlassung beider Beteiligten befindet. Der Antragsteller hat gem. Art. 6 Satz 1 BaySchlG unter mehreren im Landgerichtsbezirk ansässigen Gütestellen die freie Auswahl⁹. Dieses freie Auswahlrecht des Antragstellers wird jedoch durch Art. 6 Satz 2 BaySchlG wie folgt eingeschränkt: Befinden sich hiernach in demjenigen *Amtsgerichtsbezirk*, in dem der Antragsgegner seinen Wohnsitz/Sitz/Niederlassung hat, Gütestellen i. S. d. Art. 5 BaySchlG, dann kann der Antragsteller nur diese Gütestellen anrufen¹⁰.

III. Verfahrensablauf bis zum Schlichtungstermin

1. Antragstellung

Die Verfahrenseinleitung erfolgt gem. Art. 9 BaySchlG durch Antragstellung (*s. Muster: „Antrag auf Durchführung eines Schlichtungsverfahrens“*) bei der Gütestelle, wo der Antrag auch zu Protokoll gegeben werden kann (Art. 7 Satz 2 BaySchlG).

Der Antrag *muss* gem. Art. 9 BaySchlG folgende Angaben enthalten:

- Namen der Parteien
- ladungsfähige Anschrift der Parteien
- kurze Darstellung der Streitsache
- Gegenstand des Begehrens.

⁸ Damit zieht der Bayerische Gesetzgeber zur Vermeidung hoher Reisekosten und willkürlichen „Schlichtungstourismus“ den örtlichen Umfang der Schlichtung enger, als vom Bundesgesetzgeber in des § 15 a Abs. 2 Satz 2 EGZPO (Wohnsitz/Sitz/Niederlassung im selben Bundesland) eröffnet.

⁹ Vgl. § 35 ZPO.

¹⁰ Die Einschränkung der örtlichen Zuständigkeit durch Art. 6 Abs. 2 BaySchlG hat der Gesetzgeber bei der letzten Änderung des Gesetzesentwurfs noch aufgenommen, um missbräuchlichen und für den Antragsgegner unzumutbaren „Schlichtungstourismus“ zu verhindern.

¹ Streitwert, bei dem gem. § 511 a ZPO eine Berufung ausgeschlossen ist.

² Soweit sie in die Eingangszuständigkeit des Amtsgerichts fallen, also bis zu einem Streitwert von DM 10.000,-.

³ Soweit sie in die Eingangszuständigkeit des Amtsgerichts fallen, also bis zu einem Streitwert von DM 10.000,-.

⁴ Nachbarrechtliche Streitigkeiten und Streitigkeiten über „private“ Ehrverletzungen eignen sich nach Ansicht des Gesetzgebers wegen ihrer im Vordergrund stehenden Sozialbeziehung besonders für eine Schlichtung.

⁵ Damit schöpft der bayerische Gesetzgeber den bundesrechtlich vorgegebenen Gesetzgebungsrahmen des § 15 a Abs. 1 EGZPO im Zuständigkeitsbereich des Amtsgerichts voll aus und macht diesbezüglich von der in § 15 a Abs. 5 EGZPO enthaltenen Ermächtigung, den Anwendungsbereich durch Landesgesetz einzuschränken, keinen Gebrauch.

⁶ Der Ausnahmekatalog des § 15 a EGZPO umfasst: Klagen gem. §§ 323, 324, 328 ZPO; Widerklagen und Klagen, die binnen einer gesetzlich oder gerichtlich angeordneten Frist zu erheben sind, Familiensachen; Wiederaufnahmeverfahren; Urkunden- und Wechselprozess; streitige Verfahren, wenn ein Mahnverfahren vorausgegangen ist; Klagen wegen vollstreckungsrechtlicher Maßnahmen.

⁷ Z.B. Schlichtungsstellen des Kfz-Handwerks, der Bayerischen Landesärztekammer, der Industrie- und Handelskammer etc. Hierdurch – so die Gesetzesbegründung zu Art. 3 BaySchlG – „wird zum einen der Vorrang der freiwilligen Streitschlichtung betont und soll zum anderen die Entwicklung weiterer Schlichtungsstellen gefördert werden, die die Inanspruchnahme der obligatorischen Schlichtung bei Rechtsanwälten und Notaren überflüssig macht“.

Neben diesen Pflichtangaben sieht das vorliegende Antragsmuster aus Vereinfachungsgründen ferner bereits Angaben zur Kostenzahlung/-rückerstattung und Belehrungen hierzu vor, außerdem Angaben zum Streitwert¹¹, da diese später auch in das Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsversuchs aufzunehmen sind.

Der Antrag ist während der üblichen Geschäftszeiten bei der Geschäftsstelle anzubringen (Art. 7 Satz 1 BaySchlG). Die Einrichtung eines Nachtbriefkastens ist daher nicht erforderlich. In Anlehnung an die im Zivilprozess geltenden Grundsätze genügt eine Antragstellung per Fax zur Form- und Fristwahrung, das Risiko technischer Störungen liegt beim Absender, ebenso der Nachweis des fristgerechten Eingangs.

Dem Antrag sollen die für die förmliche Mitteilung erforderlichen Abschriften beigelegt werden.

Ein wirksamer Schlichtungsantrag, der die in Art. 9 BaySchlG vorgesehenen Mindestangaben enthält, unterbricht gem. § 209 Abs. 2 Nr. 1 a BGB die Verjährung, wenn der Schlichtungsantrag dem Antragsgegner demnächst zugestellt wird (s. dazu unter Abschnitt VII).

2. Bearbeitung des Schlichtungsantrags

Nach Eingang eines Schlichtungsantrages sollte das Schlichtungsverfahren wie folgt weiterbehandelt werden (s. auch *Muster: Laufzettel/Verfügungsbogen*), wobei sich der Schlichter die im Büro bereits vorhandene Organisationsstruktur von Kostenregister und Urkundenrolle zunutze machen kann:

a) Registrierung des Antrags

Die Gütestelle registriert den Schlichtungsantrag gem. Art. 7 BaySchlG¹². Eine Registrierung des Schlichtungsantrags ist wegen seiner verjährungsunterbrechenden Wirkung immer erforderlich, auch wenn die angerufene Gütestelle das Schlichtungsverfahren ausnahmsweise nicht durchführen kann oder nicht durchführen möchte und es folglich – in zulässiger Ausübung ihres Ermessens – ablehnt. In diesem Falle ist dem Antragsteller aber zumindest mitzuteilen, dass sein Antrag bei der angerufenen Gütestelle eingegangen ist, diese das Schlichtungsverfahren aber nicht durchführen wird. Sofern die Gütestelle dem Antragsgegner den Schlichtungsantrag nicht mit dem selben Hinweis zustellt, ist der Antragsteller ferner zumindest darauf hinzuweisen, dass er zur Herbeiführung der verjährungsunterbrechenden Wirkung seinen Antrag dem Antragsgegner selber zur Kenntnis bringen muss. Kosten dürfen im Falle der Ablehnung des Schlichtungsverfahrens nicht erhoben werden.

b) Kostenvorschuss/Beratungshilfe

Sofern nicht bereits bei Antragstellung der gesamte Kostenvorschuss entrichtet wurde, fordert die Gütestelle sodann gem. Art 14 Abs. 1 BaySchlG einen Vorschuss für die gem. Art. 13 BaySchlG anfallenden Verfahrenskosten an (s. *Muster: Anforderung des Kostenvorschusses*), es sei denn, dass

gem. Art. 15 BaySchlG Beratungshilfe zu gewähren ist und der Antragsteller hierüber einen vom zuständigen Amtsgericht ausgestellten Berechtigungsschein für Beratungshilfe vorlegt¹³. Bei der Anforderung des Kostenvorschusses wird dem Antragsteller eine Frist zur Zahlung gesetzt, nach deren fruchtlosem Ablauf der Antrag auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens als zurückgenommen gilt. Für die Einzahlung des Kostenvorschusses empfiehlt es sich – in Anlehnung an die üblicherweise von den Gerichten angewandten Fristen – dem Antragsteller grundsätzlich eine Frist von zwei Wochen zu setzen.

c) Prüfung von Anwendungsbereich und Zuständigkeit

Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses bzw. nach Vorlage des Berechtigungsscheins für Beratungshilfe prüft die Gütestelle,

(1) ob sie im konkreten Fall:

- den sachlichen Umfang des Art. 1 BaySchlG für eröffnet *erachtet*, (vgl. dazu oben Abschnitt I., 2)
- den örtlichen Umfang des Art. 2 BaySchlG für eröffnet *erachtet*¹⁴, (vgl. dazu oben Abschnitt I., 3)
- die Angelegenheit aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen für eine Schlichtung von vorneherein für ungeeignet *erachtet*, Art. 4 Abs. 2 BaySchlG¹⁵.

Je nach Ergebnis dieser Prüfung, kann gegebenenfalls bereits an dieser Stelle das Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsversuchs (s. *Muster*) ausgestellt werden¹⁶.

(2) Ferner prüft die Gütestelle ob

- sie örtlich zuständig ist, Art. 3, 5, 6 BaySchlG,
- persönliche Hinderungsgründe für die Durchführung der Schlichtung vorliegen, Art. 3 Abs. 2, 8 Abs. 2 BaySchlG, § 41 ZPO, § 3 BeurkG.

Da das BaySchlG für die Fälle der örtlichen Unzuständigkeit der Gütestelle oder für die Fälle der Befangenheit des angerufenen Schlichters weder eine Möglichkeit vorsieht, das Zeug-

¹³ Von der Verweisung des Art. 15 Abs. 2 BaySchlG ausdrücklich *ausgenommen* ist § 4 Abs. 2 Satz 4 BeratungshilfeG. D.h., dass der Rechtsuchende den Antrag auf Gewährung von Beratungshilfe nicht auch erst nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens stellen kann. Damit ist klargestellt, dass die Gütestelle die Voraussetzungen für die Beratungshilfe nicht selber prüfen muss.

¹⁴ Der Halbsatz des Art. 4 Abs. 2 BaySchlG „sofern dies zwischen den Parteien strittig ist“ wurde erst bei der letzten Entwurfsfassung vom 1.11.1999 in den Gesetzestext aufgenommen. Gründe für die Aufnahme dieses Zusatzes sind aus der Gesetzesbegründung nicht ersichtlich. Nach Auffassung des Schlichtungsausschusses der Landesnotarkammer Bayern soll dieser Zusatz jedoch lediglich nochmals den Vorrang der freiwilligen Schlichtung betonen, so dass ein Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsversuchs gem. Art. 4 Abs. 2 BaySchlG auch dann erteilt werden kann, wenn der Antragsgegner den Mangel des örtlichen Umfangs des Art. 2 BaySchlG nicht explizit gerügt hat.

¹⁵ Beispiele laut Gesetzesbegründung hierfür sind z. B.: (1) eine Vielzahl von Zeugen müsste vernommen werden oder (2) komplizierte Rechtsfrage, die eine gütliche Einigung als ausgeschlossen erscheinen lässt.

¹⁶ Sofern der Antragsteller nicht auf die sofortigen Erteilung eines Zeugnisses über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsversuchs besteht und die Gütestelle den sachlichen und /oder örtlichen Anwendungsbereich des BaySchlG für nicht eröffnet *erachtet*, kann die Gütestelle beiden Parteien zunächst auch anbieten, ein freiwilliges Schlichtungsverfahren durchzuführen, was allerdings voraussetzt, dass sich der Antragsgegner dem Antrag des Antragstellers anschließt.

¹¹ Zur Streitwertfestlegung vgl. §§ 2 ff. ZPO – Mangels bundesgesetzlicher Rechtsgrundlage kann es sich bei der „Streitwertfestlegung“ im Schlichtungsverfahren nur um eine Schätzung handeln, um auszuloten, ob nicht ggf. die Eingangszuständigkeit des Landgerichts gegeben ist (vgl. § 253 Abs. 3 ZPO). Eine Bindungswirkung für die spätere Streitwertfestsetzung durch das Amtsgericht oder für die Berufungszulassung für das Berufungsgericht (§ 519 b ZPO) besteht nicht.

¹² Der Zeitpunkt des Eingangs ist deshalb genau festzuhalten, weil er für den Eintritt der verjährungsunterbrechenden Wirkung des § 209 Abs. 2 Nr. 1 a BGB maßgeblich ist.

nis über die Erfolglosigkeit der Schlichtung auszustellen, noch irgendwelche Verweisungsvorschriften enthält, liegt es im Ermessen des Schlichters, wie er das Verfahren beendet, wenn er örtlich unzuständig oder befangen ist. Es empfiehlt sich, dem Antragsteller in diesen Fällen „formlos“ mitzuteilen, dass und aus welchen Gründen das obligatorische Schlichtungsverfahren nicht von der angerufenen Gütestelle durchgeführt werden kann. Im Falle der örtlichen Unzuständigkeit, kann die Gütestelle ferner anbieten, ein freiwilliges Schlichtungsverfahren durchzuführen, was allerdings voraussetzt, dass sich der Antragsgegner dem Antrag des Antragstellers anschließt.

Endet das Schlichtungsverfahren aus einem der in Nr. (1) oder (2) genannten Gründe an dieser Stelle, muss mit dem Antragsteller über die Kosten abgerechnet werden (*s. dazu unten Abschnitt VI*). Ferner ist immer zu empfehlen, dem Antragsgegner zur Kenntnisnahme und zur Herbeiführung der verjährungsunterbrechenden Wirkung (§ 209 Abs. 2 Nr. 1 a, §§ 212 a, 217 BGB, *dazu näher unten Abschnitt VII*) den Schlichtungsantrag und ggf. eine Abschrift des Zeugnisses zuzustellen. Für die „förmliche Mitteilung“ des Antrags sieht das BaySchlG keine bestimmte Zustellungsart vor. Diese liegt daher im Ermessen der Gütestelle. Wegen der verjährungsunterbrechenden Wirkung gem. § 209 Abs. 2 Nr. 1 a BGB und deren Beweisbarkeit, sollte der Schlichtungsantrag dem Antragsgegner per Einschreiben zugesandt werden.

d) Durchführung des Schlichtungsverfahrens i.e.S.

Ist das Schlichtungsverfahren nicht gem. vorstehend lit. c) beendet, wird nun das Schlichtungsverfahren i.e.S. durchgeführt. Der Schlichter hat sodann grundsätzlich einen Termin für ein Schlichtungsgespräch zu bestimmen, zu dem die Parteien persönlich zu laden sind (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BaySchlG) (*s. Muster: „Ladung des Antragstellers“ und „Ladung des Antragsgegners mit Zustellung des Schlichtungsantrages“*).

In geeignet erscheinenden Fällen kann der Schlichter ausnahmsweise gem. Art. 10 Abs. 1 Satz 5 BaySchlG von der Anberaumung eines Schlichtungstermins absehen und stattdessen die Durchführung des schriftlichen Verfahrens anordnen.

Im Übrigen bestimmt der Schlichter den für eine zügige Erledigung der Streitsache zweckmäßigen Verfahrensablauf gem. Art 10 Abs. 4 BaySchlG nach seinem freien Ermessen. Die maximale Verfahrensdauer soll unabhängig vom Verlauf des konkreten Verfahrens gem. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 BaySchlG *drei Monate* ab fristgerechter Einzahlung des Kostenvorschusses nicht überschreiten. Nach Ablauf dieser Frist ist dem Antragsteller auf gesonderten Antrag ein Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsverfahrens auszustellen (*s. dazu unten Abschnitt V*). Teilt der Antragsgegner dem Schlichter auf eine Ladung hin mit, er werde auf keinen Fall zum Termin erscheinen und sei nicht bereit, sich auf einen Schlichtungsversuch einzulassen, kann das Zeugnis auch schon vor Ablauf der drei Monate erteilt werden (Art. 4 Abs. 2 BaySchlG) – der Antragsgegner soll es nicht in der Hand haben, den Rechtsweg zu verzögern.

IV. Der Schlichtungstermin

1. Durchführung des Schlichtungstermins

Zum anberaumten Schlichtungstermin, der gem. Art. 10 Abs. 2 BaySchlG nicht öffentlich ist, müssen gem. Art. 11 Abs.1 BaySchlG grundsätzlich beide Parteien *persönlich* erscheinen.

Eine Stellvertretung im Schlichtungstermin ist gem. Art. 11 Abs. 2 BaySchlG nur ausnahmsweise und nur dann zulässig, wenn der Bevollmächtigte zur Aufklärung des Sachverhalts in der Lage und zum unbedingten Vergleichsabschluss schriftlich ermächtigt ist. Außerdem muss der Schlichter dem Fernbleiben der Partei zustimmen. Diese Zustimmung (vorherige Einwilligung oder nachträgliche Genehmigung) zur Stellvertretung sollte jedoch nur in begründeten Ausnahmefällen erteilt werden. Ansonsten würde der – auch vom Gesetzgeber unterstrichene – persönliche Charakter der Schlichtung verkannt. Ferner könnte sich die Beurteilung der Säumnisfolgen (*s. dazu unten Abschnitt IV, 5*) schwierig gestalten, wenn ein zugelassener Stellvertreter den Sachverhalt im Schlichtungstermin wider Erwarten nicht ausreichend aufklären kann.

Die Parteien können sich zum Schlichtungstermin gem. Art. 11 Abs. 3 BaySchlG von einem Rechtsanwalt oder Beistand begleiten lassen. Dies erscheint im Gegensatz zur Stellvertretung sinnvoll. Sofern die Parteien also bzgl. des Schlichtungsgegenstandes bereits anwaltlich vertreten sind, sollten die Rechtsanwälte nach Möglichkeit zum Schlichtungstermin mit erscheinen, da sich eine Partei, die bereits Rechtsberatung gesucht hat, ohne den Rat ihres Rechtsanwaltes nur schwer auf eine Einigung im Schlichtungsverfahren einlassen wird.

Gem. Art. 10 Abs. 1 BaySchlG erörtert der Schlichter mit den Parteien mündlich die Streitsache und die Konfliktlösungsvorschläge der Parteien. Er *kann* zur Aufklärung der Interessenlage im Einvernehmen mit den Parteien auch Einzelgespräche führen und auf Grundlage der Schlichtungsverhandlung selbst einen Vorschlag zur Konfliktlösung unterbreiten. Aufgabe des Schlichters ist es allerdings nicht, eine voraussichtliche Gerichtsentscheidung zu antizipieren oder mit den Beteiligten die Rechts- und Beweislage zu erörtern, denn Sinn und Zweck der Schlichtung ist ja gerade, unabhängig von der Rechtslage im gegenseitigen Einvernehmen und durch gegenseitiges Nachgeben eine vernünftige Einigung zu finden. Die Verhandlungslast im Schlichtungstermin sowie die Verantwortung für das Zustandekommen einer Einigung liegen daher ausschließlich bei den Parteien. Eine Basisstrategie für das Schlichtungsgespräch, bestehend aus

- gemeinsamer Eröffnungsrunde (mit eher zurückhaltender Rolle des Schlichters, offenen Fragen, die die eigene [Rechts-] Meinung des Schlichters nicht erkennen lassen) und
- anschließenden Einzelgesprächen mit den Parteien (mit deren Einverständnis, vgl. Art. 10 Abs. 1 Satz 3 BaySchlG), um Konfliktbelegungsmöglichkeiten auszuloten, ohne dass die Parteien das Gefühl haben müssen, ihre Positionen in Gegenwart des Gegners preiszugeben,

empfiehlt *Walz*¹⁷.

Der Schlichter *kann* im Schlichtungstermin außerdem:

- gem. Art. 10 Abs. 3 Satz 2 BaySchlG Zeugen und Sachverständige anhören, die von den Parteien auf deren Kosten herbeigeschafft werden; oder
- gem. Art. 10 Abs. 3 Satz 2 Augenschein nehmen;

sofern durch eine Beweisaufnahme der Abschluss des Schlichtungsverfahrens nicht unverhältnismäßig verzögert würde.

¹⁷ In diesem Heft, S. 32

2. Protokollierung der Einigung

Kommt auf Basis der Gespräche eine Einigung zu Stande – welche auch eine Einigung über die Kosten des Schlichtungsverfahrens, welche der Höhe nach auszuweisen sind, beinhalten muss¹⁸ – so ist diese gem. Art. 12 BaySchlG unter Angabe des Tages ihres Zustandekommens schriftlich niederzulegen, von den Parteien zu unterschreiben und vom Schlichter durch seine Unterschrift zu bestätigen. Auf Antrag ist den Parteien eine Abschrift der Schlichtungsvereinbarung zu erteilen.

Sofern die im Schlichtungstermin erzielte Einigung Regelungen enthält, die aufgrund materiellrechtlicher Formvorschriften der notariellen Beurkundung bedürfen, ist eine Beurkundung zwingend erforderlich, da die gem. Art. 12 BaySchlG protokollierte Einigung keine formersetzende Wirkung hat. Die §§ 127 a und 925 Abs. 1 Satz 2 BGB gelten für Konfliktbeilegungen einer Gütestelle *nicht*.¹⁹ Ansonsten liegt es im Ermessen der Gütestelle, ob die Einigung zwischen den Beteiligten zusätzlich notariell beurkundet wird. Eine generelle Beurkundung *aller* erzielten Einigungen wird nicht empfohlen.

3. Vollstreckung

Aus einem vor dem Schlichter der Gütestellen i.S. Art 5 BaySchlG geschlossenen Vergleich findet gem. Art. 18 BaySchlG die Zwangsvollstreckung gem. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statt. Die Vollstreckungsklausel erteilt:

- für Vergleiche, die vor einer Gütestelle gem. Art. 5 Abs. 1 BaySchlG (Notar) geschlossen wurden, gem. Art. 19 Abs. 1 BaySchlG der Notar;
- für Vergleiche, die vor einer Gütestelle gem. Art. 5 Abs. 2 und 3 BaySchlG (Rechtsanwälte, sonstige Gütestellen) geschlossen wurden, gem. Art. 19 Abs. 2 BaySchlG der Rechtspfleger des Amtsgerichts in dessen Bezirk die Gütestelle eingerichtet ist.

4. Zeugniserteilung bei Erfolglosigkeit des Schlichtungstermins

Kommt eine Einigung nicht zu Stande, stellt die Gütestelle gem. Art. 4 Abs. 1 BaySchlG dem Antragsteller ein Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsverfahrens aus (s. *dazu unten Abschnitt V*).

5. Rechtsfolgen im Falle des Ausbleibens einer Partei

Die Parteien können nicht zum Erscheinen im Schlichtungstermin gezwungen werden – der Bayerische Gesetzgeber macht von der Ermächtigungsgrundlage des § 15 a Abs. 5 EGZPO, gegen eine nicht erschienene Partei ein Ordnungsgeld zu verhängen, *keinen* Gebrauch. Im Einzelnen gilt:

¹⁸ Fraglich ist, ob eine Einigung über die Kosten des Schlichtungsverfahrens Wirksamkeitsvoraussetzung für die Einigung in der Sache ist. Insoweit hatte die Landesnotarkammer Bayern eine Klarstellung durch den Gesetzgeber erbeten, die aber leider nicht mehr in den endgültigen Gesetzestext aufgenommen wurde. Die Gesetzesbegründung besagt zu dieser Frage nur, dass die Kosteneinigung eine „unbürokratische“ Abwicklung der Kosten *entsprechend dem Schlichtungsergebnis* ermöglichen soll. Daher wird man wohl auf den Willen der Parteien abstellen und zumindest immer sicherstellen müssen, dass die Verteilung der Kostenbelastung bei der Frage des gegenseitigen Entgegenkommens bewusst in die Einigung mit einbezogen wird.

¹⁹ *Palandt/Heinrichs*, BGB, 59. Aufl. 2000, § 127 a BGB Rz. 2.

a) Säumnis des Antragstellers

Erscheint der *Antragsteller* zum Schlichtungstermin *unentschuldigt* nicht und wird diese Säumnis innerhalb von 14 Tagen nicht entschuldigt, gilt der Antrag auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens gem. Art. 11 Abs. 4 Satz 1 BaySchlG als zurückgenommen. Das Verfahren ist beendet und der Schlichter rechnet mit dem Antragsteller über die Kosten ab (s. *dazu unten Abschnitt VI*). Diese *Fiktion* der Antragsrücknahme lässt die verjährungsunterbrechende Wirkung des zugestellten Schlichtungsantrag unberührt; § 212 a Satz 3 BGB gilt hier nicht (s. *dazu unten Abschnitt VII*).

Im Falle der *entschuldigten* Säumnis des Antragstellers *muss* die Gütestelle (innerhalb der Verfahrensfrist) gem. Art. 11 Abs. 4 Satz 1, 2. HS BaySchlG einen neuen Schlichtungstermin bestimmen.

b) Säumnis des Antragsgegners

Erscheint der *Antragsgegner unentschuldigt* nicht zum Schlichtungstermin und wird diese Säumnis nicht innerhalb von 14 Tagen entschuldigt, ist dem Antragsteller nach Ablauf dieser Frist gem. Art. 11 Abs. Satz 3 BaySchlG ein Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsverfahrens auszustellen.

Im Falle der *entschuldigten* Säumnis (nur) des Antragsgegners liegt es im Ermessen der Gütestelle, ob und wie sie das Schlichtungsverfahren innerhalb der Verfahrensfrist weiterführt, z. B. indem sie zu einem neuen Schlichtungstermin lädt.

c) Hinweispflichten

Auf die Folgen ihres Ausbleibens im Schlichtungstermin sind die Parteien gem. Art. 11 Abs. 4 Satz 4 BaySchlG in der Ladung hinzuweisen. (s. *Muster*: „*Ladung des Antragstellers*“ und „*Ladung des Antragsgegners und Zustellung des Schlichtungsantrages*“).

V. Ausstellen des Zeugnisses über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsverfahrens

Ein Zeugnis (s. *Muster*) über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsverfahrens ist auszustellen, wenn

- im Schlichtungstermin keine Einigung erzielt wurde (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BaySchlG),
- der Antragsgegner im Schlichtungstermin unentschuldigt fehlte (Art. 11 Abs. 4 Satz 3 BaySchlG)
- der Antragsteller nach Ablauf der dreimonatigen Verfahrensfrist die Erteilung des Zeugnisses gesondert beantragt (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 BaySchlG)
- die Gütestelle den sachlichen Umfang des Art. 1 BaySchlG für nicht eröffnet erachtet (Art. 4 Abs. 2 BaySchlG)
- die Gütestelle den örtlichen Umfang des Art. 2 BaySchlG für nicht eröffnet erachtet (Art. 4 Abs. 2 BaySchlG)
- die Gütestelle die Angelegenheit aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen für eine Schlichtung von vornherein für ungeeignet erachtet (Art. 4 Abs. 2 BaySchlG); die Gründe hierfür – etwa die Weigerung des Antragsgegners, sich überhaupt auf einen Schlichtungsversuch einzulassen – sind im Zeugnis zu erläutern.

Im Zeugnis sind gem. Art. 4 Abs. 3 BaySchlG Name und Anschriften der Parteien, Streitgegenstand²⁰, Streitwert²¹, Zeitpunkt der Verfahrensbeendigung anzugeben, außerdem im Falle der Beratungshilfe, ob die Verfahrenskosten durch die Staatskasse erstattet wurden.

VI. Kosten

Die Kosten für das obligatorische Schlichtungsverfahren werden grundsätzlich *nur* nach dem BaySchlG erhoben.

Die nach dem BaySchlG für das *obligatorische* Schlichtungsverfahren zu erhebenden Kosten betragen gem. Art. 13 BaySchlG:

- Abs. 2 Nr. 1.: 100,- DM²² zzgl. MwSt., wenn das Verfahren ohne Schlichtungsgespräch endet,
- Abs. 2 Nr. 2.: 200,- DM²³ zzgl. MwSt., wenn ein Schlichtungsgespräch durchgeführt wurde,
- Abs. 3: weitere 100,- DM²⁴ zzgl. MwSt. für Vollzugstätigkeiten,
- Abs. 4: 40,- DM²⁵ zzgl. MwSt. Auslagenpauschale.²⁶

Gem. Art. 14 BaySchlG erhebt der Schlichter *vor Durchführung des Schlichtungsverfahrens* einen Kostenvorschuss von insgesamt DM 240,- zzgl. MwSt. (Art. 13 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 4 BaySchlG), über den nach Verfahrensbeendigung mit dem Antragsteller abgerechnet wird.

Wurde das Schlichtungsverfahren ohne ein Schlichtungsgespräch beendet, sei es durch Erteilung des Zeugnisses über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsversuchs (s. *dazu oben Abschnitt V.*), sei es durch Antragsrücknahme oder Fiktion der Antragsrücknahme nach erfolgter Ladung, werden dem Antragsteller DM 100,- zzgl. MwSt. erstattet²⁷.

²⁰ Lt. Gesetzesbegründung soll durch diese Angaben im Zeugnis sichergestellt werden, dass das Prozessgericht eine später erhobene Klage einem erfolglosen Schlichtungsversuch zuordnen kann, insofern genügen stichwortartige Angaben.

²¹ Zur Streitwertfestlegung vgl. §§ 2 ff. ZPO – Mangels bundesgesetzlicher Rechtsgrundlage kann es sich bei der „Streitwertfestlegung“ im Schlichtungsverfahren nur um eine Schätzung handeln, um auszuloten, ob nicht ggf. die Eingangszuständigkeit des Landgerichts gegeben ist (vgl. § 253 Abs. 3 ZPO). Eine Bindungswirkung für die spätere Streitwertfestsetzung durch das Amtsgericht oder für die Berufungszulassung für das Berufungsgericht (§ 519 b ZPO) besteht nicht.

²² Gem Artt. 13, 22 BaySchlG ab dem 1.1.2002 Euro 50,-.

²³ Gem Artt. 13, 22 BaySchlG ab dem 1.1.2002 Euro 100,-.

²⁴ Gem Artt. 13, 22 BaySchlG ab dem 1.1.2002 Euro 50,-.

²⁵ Gem Artt. 13, 22 BaySchlG ab dem 1.1.2002 Euro 20,-.

²⁶ Die Höhe der Gebühren ist lt. Gesetzesbegründung ein ausgewogener Kompromiss zwischen den i.d.R. niedrigen Streitwerten des Schlichtungsverfahrens und der dennoch anspruchsvollen Schlichtungstätigkeit der Gütestelle (*Vergleiche: einfache Prozessgebühr gem. § 11 Abs. 2 GKG bei Streitwert 1.500,- DM = DM 70,-*).

²⁷ Hat der Schlichter außer der Entgegennahme des Schlichtungsantrags keine weitere *Verfahrenshandlung* vorgenommen, also weder zum Schlichtungstermin geladen noch ein Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsversuchs erteilt, und das Verfahren z.B. wegen örtlicher Unzuständigkeit oder Befangenheit durch „formlose“ Mitteilung an den Antragsteller beendet, müssen dem Antragsteller wohl außer der Auslagenpauschale alle Kosten, also DM 200,- erstattet werden.

Der Kostenvorschuss entfällt, wenn Beratungshilfe zu gewähren ist (Art. 15 BaySchlG), in diesem Fall erfolgt eine Erstattung durch die Staatskasse.

Mit der Gebühr gem. Art. 13 BaySchlG ist die gesamte Schlichtungstätigkeit – auch die evtl. materiellrechtlich nicht vorgeschriebene Beurkundung einer erzielten Einigung (welche dann gem. § 16 KostO zu bewerten ist) – abgegolten. Die Kostenordnung gilt neben den Artt. 13, 14, 15 BaySchlG nur, wenn die erzielte Einigung nach den allgemeinen gesetzlichen Formvorschriften beurkundet werden muss (z.B. Teilflächenabtretung nach Überwuchsstreitigkeit), so dass zusätzliche Beurkundungsgebühren auch dann angefallen wären, wenn das Schlichtungsverfahren durch einen Rechtsanwalt durchgeführt worden wäre.

Jede Partei trägt gem. Art. 17 BaySchlG ihre Auslagen für das Schlichtungsverfahren selbst. Eine Kostenerstattung zwischen Antragsteller und Antragsgegner erfolgt immer nur untereinander und auch nur dann, wenn hierüber in der Schlichtungsvereinbarung eine Einigung erfolgt.

Sofern das Schlichtungsverfahren erfolglos bleibt, zählen die Kosten des Schlichtungsverfahrens zu den Kosten des Rechtsstreits und sind im anschließenden Prozess vor dem Amtsgericht von der unterlegenen Partei auszugleichen²⁸.

Die Gebührenregelung des BaySchlG gilt *nicht* für freiwillige Schlichtungen oder die Tätigkeit als Gütestelle außerhalb des BaySchlG:

- Für *Notare* bestimmt sich der Geschäftswert in diesen Fällen nach § 30 KostO. Zur Gebührenhöhe verweist die Notarkasse A.d.ö.R. auf §§ 148, 116 KostO.²⁹
- Für *Rechtsanwälte* bestimmen sich die Gebühren bei freiwilliger Schlichtung nach § 118 BRAGO; denn die freiwillige Schlichtung erfolgt aufgrund privatrechtlicher Vereinbarung der Parteien mit dem Schlichter und ist gebührenrechtlich nicht anders zu behandeln als ein Mandat.
- Da die Tätigkeit des Schlichters auf Auftrag und im Interesse beider Seiten erfolgt, fällt auch die Erhöhungsgebühr nach § 6 Abs. 1 Satz 2 BRAGO an.
- Hat die Tätigkeit des Schlichters Erfolg und kommt eine Einigung im Sinne des § 779 BGB zu Stande, entsteht die Vergleichsgebühr nach § 23 BRAGO und zwar in Höhe von ¹⁵/₁₀, da die Einigung außergerichtlich erfolgt.³⁰

VII. Verjährungsunterbrechung

§ 209 Abs. 2 Nr. 1 a BGB regelt, dass die Geltendmachung eines Anspruchs durch Anbringung eines Güteantrags bei einer Gütestelle i.S.d. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO wie die Erhebung einer Klage die Verjährung unterbricht. Die Unterbrechungswirkung gilt für die Dauer des Güteverfahrens (§ 212 a BGB). Nach § 217 BGB führt die Verjährungsunterbrechung dazu, dass nach Beendigung der Unterbrechung eine neue Verjährung beginnt.

²⁸ Vgl. § 15 a Abs. 4 EGZPO.

²⁹ Auch die Bundesnotarkammer schlägt im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Reform der KostO für die Schlichtungstätigkeit Gebührentabestände vor, die §§ 148, 116 KostO i.E. entsprechen.

³⁰ S. zum Gebührenanfall bei Tätigkeit des Anwalts als Mediator *von Eicken*, in Gerold-Schmidt, BRAGO, 14. Aufl. 1999, § 23 Randnote 2 a).

Voraussetzung für die Verjährungsunterbrechung durch Schlichtungsantrag ist über den Wortlaut des § 209 Abs. 2 Nr. 1 a BGB – insoweit ebenso wie bei Klageerhebung, vgl. § 270 Abs. 3 ZPO – hinaus, dass der Schlichtungsantrag dem Antragsgegner „demnächst“ mitgeteilt wird.³¹ Der Antragsgegner muss die Möglichkeit haben, sich auf die Situation einzustellen. Da weder Notar noch Rechtsanwalt beruflich verpflichtet sind, jeden Antrag auf Durchführung eines Güteverfahrens auch anzunehmen, muss der Antragsteller bei Anträgen kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist sicherstellen, dass der Antragsgegner Kenntnis vom Antrag erlangt. Besteht die Möglichkeit, dass die Gütestelle das Verfahren nicht annimmt, muss er den Antrag dem Gegner daher selber zustellen. Die Vorschriften der ZPO, die die Zustellung der Klage im Parteibetrieb hindern (§ 198 Abs. 1 Satz 2), gelten hier nicht.³²

Die Verjährungsunterbrechung erfolgt bereits mit der Antragstellung, nicht erst zum Zeitpunkt der Mitteilung an den Antragsgegner. Eine förmliche Zustellung des Antrags an den Antragsgegner ist nicht erforderlich, es genügt, dass der Antragsgegner vom Schlichtungsantrag Kenntnis erlangt. Dass der Antrag dem Antragsgegner – bei Annahme durch die Gütestelle – erst nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses mitgeteilt wird, hindert die Verjährungsunterbrechung ebenfalls nicht. Verzögerungen aus dem Bereich des Gerichts (hier: der Gütestelle) können dem Antragsteller nicht zum Nachteil gereichen.

Die verjährungsunterbrechende Wirkung entfällt gem. § 212 a Satz 3 BGB, wenn der Antrag auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens zurückgenommen wird. § 212 Abs. 2 BGB gilt in diesen Fällen nicht. Die bloße Fiktion der Rücknahme durch das BaySchlG oder Verfahrensordnungen der Gütestelle hingegen dürfte die verjährungsunterbrechende Wirkung nicht entfallen lassen; das Verjährungsrecht des BGB beansprucht Vorrang.

B. Die Gütestellen

I. Der Notar als Gütestelle

1. Berufsrechtliche Einordnung

Jeder bayerische Notar ist gem. Art. 5 Abs. 1 BaySchlG „als Träger eines öffentlichen Amtes Gütestelle“ und damit gem. Art. 5 Abs. 3 BaySchlG i.V.m. § 15 a Abs. 6 EGZPO automatisch Gütestelle im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO³³.

³¹ OLG Hamburg, MDR 1965, 130; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 59. Aufl. 2000, § 209 BGB Rdnr. 17.

³² § 198 Abs. 1 Satz 2 ZPO ist unmittelbar gar nicht anwendbar. Auch eine entsprechende Anwendung scheidet, (1) da der Schlichtungsantrag nicht von Amts wegen zuzustellen ist – es fehlt ein dem § 271 Abs. 1 ZPO vergleichbarer Befehl des Gesetzgebers an die Gütestelle und (2) die Gütestelle – anders als das Gericht – keine verfahrensleitenden Anordnungen trifft. Zum Ganzen aus Sicht der ZPO näher die Kommentierung bei *Zöller/Stöber*, ZPO, 21. Aufl. 1999, § 198 Rdnr. 5.

³³ Durch den Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 BaySchlG wird klargestellt, dass sich der Landesgesetzgeber lediglich die nach bundesrechtlichen Normen (§ 24 BNotO) erbrachte Tätigkeit des Notars für Zwecke des Landesrechts nutzbar macht, indem er den Notar als Gütestelle anerkennt und nicht etwa eine eigenständige Pflichtaufgabe zu begründen sucht.

Die Durchführung obligatorischer oder freiwilliger Schlichtungsverfahren ist als Aufgabe i. S. d. §§ 23, 24 BNotO einzuordnen und somit *keine Pflichtaufgabe* gem. § 15 BNotO³⁴.

Allerdings lassen auch die §§ 23, 24 BNotO dem Notar nicht völlig freie Hand, ob er seine Amtstätigkeit gewähren will, er hat vielmehr entsprechend seiner Stellung als Amtsträger auch bei der Wahrnehmung seiner sonstigen Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen über die Annahme oder Ablehnung einer angetragenen Tätigkeit zu entscheiden.³⁵ Der Umstand, dass die Verjährung des streitgegenständlichen Anspruchs droht, präjudiziert die Entscheidung des Notars nicht; der Antragsteller hat es selber in der Hand, die verjährungsunterbrechende Wirkung herbeizuführen. (*s. dazu oben Abschnitt A., VII.*)

Der Notar als Schlichter unterliegt gem. Art. 8 BaySchlG bei Ausübung der Schlichtungstätigkeit seinen *allgemeinen Berufspflichten*, er übt sein Amt unparteiisch und unabhängig aus. In der Person des Schlichters dürfen gem. Art. 3 Abs. 2 BaySchlG keine Ausschlussgründe i.S.d. § 41 ZPO vorliegen. Bezieht sich die Streitigkeit auf eine früher errichtete Urkunde des Notars, der um Schlichtung gebeten wird, so stellt die frühere Urkundstätigkeit keinen Ausschlussgrund i.S.d. § 41 ZPO dar; weder Ziff. 4 noch Ziff. 6 des § 41 ZPO sind einschlägig, da der Notar nicht Parteivertreter war und das Beurkundungsverfahren einem früheren *gerichtlichen* Verfahren nicht vergleichbar ist. Die beurkundungsrechtlichen Mitwirkungsverbote des § 3 BeurkG gelten über die Verweisung des § 16 Abs. 1 BNotO auch für Tätigkeiten nach § 24 BNotO. Fühlt sich der Notar wegen einer früheren Amtstätigkeit befangen, kann er gem. § 16 Abs. 2 BNotO die Schlichtungstätigkeit wegen Befangenheit ablehnen.

Natürlich ist der Notar über § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG nicht gehindert, das Ergebnis einer erfolgreichen Konfliktbeilegung zu notarieller Urkunde zu protokollieren. Die Schlichtung ist notarielle Amtstätigkeit; notarielle Amtstätigkeit führt niemals zu einer „Vorbefassung“ i.S.d. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG.

Ob den Notar aufgrund seiner besonderen Pflichten im Urkundsverfahren (vgl. § 17 BeurkG) gegenüber anderen Schlichtern besondere Pflichten treffen, muss hier offen bleiben: § 17 BeurkG ist unmittelbar auf Schlichtungstätigkeiten nicht anwendbar (vgl. § 1 BeurkG), die Verweisung in § 16 Abs. 1 BNotO gilt nur für § 3 BeurkG. Eingriffe des Schlichters zugunsten der verhandlungsschwächeren Partei entsprechen zudem nicht notwendig dem Selbstverständnis aller Schlichter.

Die Aufsicht über die Tätigkeit der Notare als Gütestellen nach Art. 5 Abs. 1 BaySchlG ist gem. Art. 8 Abs. 3 BaySchlG auf die Landesnotarkammer Bayern delegiert. Die Landesno-

³⁴ Allerdings lässt auch § 15 BNotO dem Notar einen vergleichsweise großen Freiraum zu entscheiden, ob er einem Antrag entsprechen will oder nicht: *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO und BeurkG, 1. Aufl. 2000, § 15 Rdnr. 25 zählen u.a. die Verhinderung aus tatsächlichen Gründen (Krankheit, vorrangige andere Amtsgeschäfte) und das Fehlen einer erforderlichen eigenen Fachkompetenz in Teilbereichen auf. Mit der pauschalen Anerkennung aller bayerischen Notare als Gütestellen verbindet der Gesetzgeber des BaySchlG aber ebenso wie die Berufsorganisationen des bayerischen Notariats die Erwartung, dass sich alle bayerischen Notare solidarisch dieser neuen Aufgabe stellen.

³⁵ Vgl. § 15 Abs. 2 2. Alt. BNotO und *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 4. Aufl. 2000, Rdnr. 7 zu § 15; *Eylmann/Vaasen/Frenz*, BNotO und BeurkG, 1. Aufl. 2000, Rdnr. 27 ff. und *Bohrer*, Berufsrecht, Rdnr. 205.

tarkammer kann die erforderlichen Verwaltungsanordnungen treffen, insbesondere Dokumentationspflichten (*s. dazu unten Abschnitt 2.*) anordnen und Aufbewahrungsfristen (*s. dazu unten Abschnitt 3.*) regeln.

Der Notar kann sich bei der Durchführung des Schlichtungsverfahrens – soweit es die Pflicht zur persönlichen Amtsausübung zulässt – durch sein Büropersonal unterstützen lassen. Auch Angestellte des Notars können also z. B. den Schlichtungsantrag zu Protokoll nehmen oder Vorgespräche führen, in denen Einigungsmöglichkeiten ausgelotet werden.

Wie bei allen Amtstätigkeiten kann sich der Notar im Schlichtungsverfahren durch einen Notarassessor vertreten lassen. Gem. §§ 23, 24, 19 Abs. 2 BNotO i.V.m. § 9 Abs. 3 der „Verordnung zur Regelung von Angelegenheiten auf dem Gebiet des Notarwesens“ vom 10.2. 2000 besteht ferner die Möglichkeit, die Schlichtung zur selbständigen Erledigung auf den Assessor zu übertragen³⁶. Einzelheiten hierzu wird die Landesnotarkammer Bayern noch in den Ausbildungsrichtlinien für Notarassessoren regeln.

2. Dokumentationspflichten

Um eine Erfolgskontrolle des BaySchlG zu ermöglichen, hat die Landesnotarkammer Bayern als aufsichtsführende Stelle Richtlinien für die Dokumentation der Schlichtungstätigkeit formuliert.

Gem. § 10 Abs. 1 GüteO müssen die Notare der Landesnotarkammer bis zum 15. Februar eines Jahres mitteilen,

- wie viele Anträge auf Durchführung eines Güteverfahrens im Vorjahr insgesamt eingegangen sind;
- in wie vielen Fällen es nicht zu einem Schlichtungsgespräch kam;
- in wie vielen Fällen Einigungen zur Konfliktbeilegung protokolliert wurden.

3. Aufbewahrung der Schlichtungsakten

Zu den Aufbewahrungspflichten und -fristen bzgl. der Unterlagen aus den Schlichtungsverfahren trifft das BaySchlG keine Regelung. Die Landesnotarkammer Bayern hat die Aufbewahrung in Anlehnung an die Aufbewahrungsvorschriften der DONot geregelt: § 10 Abs. 2 der GüteO sieht vor, dass Anträge und Einigungen wie Urkunden (in einer eigenen Urkundensammlung), sonstiger Schriftverkehr wie Nebenakten aufzubewahren sind (§ 10 Abs. 3 GüteO).

II. Der Rechtsanwalt als Gütestelle

Die Tätigkeit des Schlichter gehört zum Aufgabenbereich eines Anwalts, und es gelten die Regeln des Berufsrechts (§ 18 der Berufsordnung für Rechtsanwälte).

Dem entspricht Artikel 8 Abs. 1 Satz 2 BaySchlG, wo es heißt, dass die Schlichter bei Ausübung des Schlichteramts ihre allgemeinen Berufspflichten beachten. Der Anwalt darf

also insbesondere *nicht* tätig werden, wenn er mit der Schlichtung in eine Interessenkollision geraten würde, weil er beispielsweise bereits eine der Parteien beraten hat.

Darüber hinaus sagt Artikel 8 Abs. 1 Satz 3 BaySchlG, dass die Schlichter ihr Amt unparteiisch und unabhängig ausüben. Im Übrigen ist der Schlichter ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen von § 41 ZPO vorliegen (Art. 3 Abs. 2 BaSchlG).

Ein Anwalt ist als Schlichter auch dann verhindert, wenn er in Sozietät oder Bürogemeinschaft tätig ist und einer der Sozizen oder Bürogemeinschafter entsprechend den vorstehend dargelegten Grundsätzen nicht tätig werden dürfte. Das folgt, wenn nicht schon aus der Pflicht zur Unparteilichkeit und Unabhängigkeit (Art. 8 Abs. 1 Satz 3 BaySchlG), aus § 3 Abs. 2 der Berufsordnung für Rechtsanwälte.

Umgekehrt kann ein Anwalt, wenn er als Schlichter tätig war, keine der Parteien in derselben Sache im gerichtlichen Verfahren vertreten. An sich versteht sich das von selbst, Art. 8 Abs. 2 Satz 2 BaySchlG hält es aber ausdrücklich fest.

Die Aufsicht über die Tätigkeit der Rechtsanwälte als Gütestellen führt die jeweils zuständige Rechtsanwaltskammer (Art. 8 Abs. 3 BaySchlG, also die Rechtsanwaltskammer Bamberg, die Rechtsanwaltskammer München oder die Rechtsanwaltskammer Nürnberg).

Im Übrigen wird zum BaySchlG aus anwaltlicher Sicht auf den Aufsatz von RA *Dr. Reiner Ponschab* und *Marcus C. Brinkmann* verwiesen, der bereits in den Mitteilungen des Münchner Anwaltvereins erschienen und nachstehend mit freundlicher Genehmigung der Autoren nochmals abgedruckt ist.

III. Der Rechtsanwalt als Parteienvertreter vor der Gütestelle

Anders als der Notar kann der Anwalt im Schlichtungsverfahren auch als Parteivertreter tätig werden. In Art. 11 Abs. 3 BaySchlG heißt es ausdrücklich, dass sich jede Partei im Termin eines Beistandes oder eines Rechtsanwalts bedienen kann.

Wird ein Anwalt in dieser Rolle tätig, handelt er kraft Auftrags der einen oder der anderen Partei. Es gelten deshalb dieselben Regeln wie auch sonst bei Mandatierung eines Anwalts.

Die Gebühren des Anwalts, der als Parteivertreter tätig wird, bemessen sich nach den besonderen Regeln für Güteverfahren in § 65 BRAGO. Danach entsteht insgesamt nur *eine* volle Gebühr. Eine Verhandlungs- oder Beweisgebühr tritt *nicht* hinzu.

Die eine volle Gebühr, die gemäß § 65 Abs. 1 Satz 1 BRAGO entsteht, ist nach der Neufassung von § 65 Abs. 1 Satz 2 BRAGO in obligatorischen Güteverfahren (§ 15 a EGZPO) auf die Prozessgebühr in einem nachfolgenden Rechtsstreit anzurechnen.

Kommt es in dem Schlichtungsverfahren zu einer Einigung im Sinne von § 779 BGB, erhält der als Parteivertreter tätige Anwalt eine Vergleichsgebühr und zwar in Höhe von ^{15/10} (§ 65 Abs. 2 BRAGO).

³⁶ Vgl. hierzu auch die Gesetzesbegründung zu Art. 8 BaySchlG.

1. Formular: Antrag

Antrag auf Durchführung eines
Schlichtungsverfahrens

I. Gütestelle: _____

Eingangsstempel Gütestelle

II. Personalangaben

1. Antragsteller

Name, Vorname / Firma	
Geburtsdatum, ggf. abweichender Geburtsname	
Straße, Hausnummer	
PLZ, Ort	Landgerichtsbezirk

Name, Vorname / Firma	
Geburtsdatum, ggf. abweichender Geburtsname	
Straße, Hausnummer	
PLZ, Ort	Landgerichtsbezirk

2. Antragsgegner

Name, Vorname / Firma		
Geburtsdatum, ggf. abweichender Geburtsname		
Straße, Hausnummer		
PLZ, Ort	Landgerichtsbezirk	Amtsgerichtsbezirk

Name, Vorname / Firma		
Geburtsdatum, ggf. abweichender Geburtsname		
Straße, Hausnummer		
PLZ, Ort	Landgerichtsbezirk	Amtsgerichtsbezirk

IV. Verfahrenskosten

Dem Antragsteller ist bekannt, dass er gem. Artt. 13, 14 BaySchlG für die Durchführung des Schlichtungsverfahrens einen *Kostenvorschuss* in Höhe von DM 240,- zzgl. 16% MwSt. (= DM 278,40 inkl. MwSt.), an die Gütestelle zahlen muss, sofern der Antragsteller nicht die Voraussetzungen für die Gewährung von Beratungshilfe nach dem Beratungshilfegesetz erfüllt. Hierzu erklärt der Antragsteller (*Zutreffendes bitte ankreuzen*):

- Der Kostenvorschuss für das Schlichtungsverfahren wird bei Antragstellung in bar* / per Scheck* beglichen.
(*Unzutreffendes bitte streichen)
- Der Kostenvorschuss für das Schlichtungsverfahren wird nach gesonderter Aufforderung unverzüglich an die Gütestelle überwiesen. Dem Antragsteller ist bekannt, dass sein Antrag auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens *als zurückgenommen gilt*, wenn der Kostenvorschuss nicht innerhalb der von der Gütestelle gesetzten Zahlungsfrist beglichen wird.
- Ein Berechtigungsschein für Beratungshilfe des Amtsgerichts wird diesem Antrag beigelegt* / unverzüglich nachgereicht*. (*Unzutreffendes bitte streichen)

Dem Antragsteller ist bekannt, dass weitere Verfahrensmaßnahmen durch die Gütestelle erst nach fristgerechtem Zahlungseingang des Kostenvorschusses bzw. Vorlage des Berechtigungsscheins für Beratungshilfe erfolgen. Dem Antragsteller ist ferner bekannt, dass nur ein Teilbetrag des eingezahlten Kostenvorschusses zurückerstattet wird, wenn das beantragte Schlichtungsverfahren ohne Schlichtungsgespräch endet. Eine evtl. teilweise Erstattung des Kostenvorschusses ist auf folgendes Konto des Antragstellers zu leisten:

Konto-Nr. _____ Bank _____ BLZ _____

V. Anwaltliche Vertretung

Ist der Antragsteller in der antragsgegenständlichen Streitsache bereits anwaltlich vertreten?

Nein Ja, durch _____

Ist der Antragsgegner in der antragsgegenständlichen Streitsache bereits anwaltlich vertreten?

Nein Ja, durch _____

Die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens bei der in Abschnitt I. bezeichneten Gütestelle zwischen den in Abschnitt II. genannten Beteiligten wegen des in Abschnitt III. bezeichneten Schlichtungsgegenstandes wird hiermit gem. Art. 9 BaySchlG

b e a n t r a g t.

Ort, Datum, Unterschrift

Hinweise zum Schlichtungsverfahren nach dem BaySchlG:

Warum bestimmt der Gesetzgeber, dass ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden soll?

Durch das Schlichtungsverfahren soll den Beteiligten die Möglichkeit gegeben werden, sich selbst *freiwillig* und eigenverantwortlich auf eine Lösung ihres Konflikts zu einigen, anstatt sofort Klage zu erheben und sich dann dem Richterspruch zu unterwerfen. Der Versuch einer gütlichen Einigung kann mehr Raum für kreative, dauerhafte und zukunftsorientierte Lösungen schaffen als ein Gerichtsurteil und kann nebenbei auch die Prozesskosten ersparen. Ob im Schlichtungsverfahren tatsächlich eine gütliche Einigung erzielt wird, liegt allerdings bei den Beteiligten selbst, die Gütestelle wirkt hierbei lediglich als neutraler Vermittler bei einem persönlichen Schlichtungsgespräch zwischen den Beteiligten mit. Kommt eine gütliche Einigung nicht innerhalb von drei Monaten – gerechnet ab dem Zeitpunkt des Eingangs des Kostenvorschusses bei der Gütestelle – zustande, kann anschließend bei Gericht geklagt werden.

Wann ist die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens erforderlich?

Nach dem Bayerischen Schlichtungsgesetz muss vor Klageerhebung zum *Amtsgericht* in Bayern ab dem 1.9.2000 ein obligatorisches Schlichtungsverfahren grundsätzlich durchgeführt werden, wenn:

- a) – eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert bis zu DM 1.500,- oder;
– eine nachbarrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert bis zu DM 10.000,- vorliegt oder
– Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden sind, bis zu einem Streitwert von DM 10.000,- geltend gemacht werden;
und dieser Anspruch nicht bereits im Mahnverfahren geltend gemacht wurde *und*
- b) beide Parteien ihren Wohnsitz/Sitz/Niederlassung im *selben* bayerischen Landgerichtsbezirk haben. Die Landgerichtsbezirke München I und München II gelten hierbei als einheitlicher Landgerichtsbezirk.

Die Durchführung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens ist nicht erforderlich, wenn sich beide Parteien gemeinsam *einvernehmlich* für einen Schlichtungsversuch an eine dauerhaft eingerichtete Schlichtungsstelle der Kammern, Innungen, Berufsverbände oder ähnlicher Institutionen wenden.

Wer ist für die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens zuständig?

Für die Durchführung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens sind zuständig:

- jeder bayerische Notar,
- jeder bayerische Rechtsanwalt, der von der Rechtsanwaltskammer als Gütestelle zugelassen ist,
- von der Landesjustizverwaltung zugelassene weitere Gütestellen.

Die angerufene Gütestelle muss sich jedoch in demjenigen Amtsgerichtsbezirk befinden, in dem der Antragsgegner seinen Wohnsitz/Sitz/Niederlassung hat. Der Antragsteller hat unter mehreren zuständigen Gütestellen die freie Auswahl.

Wie muss der Antrag auf Durchführung eines Schlichtungsverfahrens gestellt werden?

Das vorliegende Antragsformular ist vom Antragsteller auszufüllen, zu unterschreiben und bei der zuständigen Gütestelle in dreifacher Ausfertigung einzureichen. Der Antrag kann auch direkt zu Protokoll der Gütestelle gegeben werden. Ein *wirksamer* Antrag liegt dann nur vor, wenn *Namen* und *ladungsfähige Anschriften der Parteien* sowie eine *kurze Darstellung der Streitsache* und der *Gegenstand des Begehrens vollständig* angegeben werden!

Wann erteilt die Gütestelle ein Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsversuchs?

Die Gütestelle stellt ein zur Erhebung der Klage berechtigendes Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsverfahrens aus, wenn

- im Schlichtungstermin keine Einigung erzielt wurde,
- der Antragsgegner im Schlichtungstermin unentschuldigt fehlte,
- der Antragsteller nach Ablauf der dreimonatigen Verfahrensfrist die Erteilung des Zeugnisses gesondert beantragt
- die Gütestelle den sachlichen und / oder örtlichen Umfang des BaySchlG für nicht eröffnet erachtet oder
- die Gütestelle die Angelegenheit aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen für eine Schlichtung von vorneherein für ungeeignet erachtet.

Wer erteilt weitere Informationen?

Weitere Informationen zum Schlichtungsverfahren nach dem BaySchlG sowie über die anerkannten Gütestellen erhalten Sie:

- beim Schlichtungstelefon der Landesnotarkammer Bayern unter der gebührenfreien Telefonnummer 0800-NOTARIUS (0800 – 6 68 27 48)
- im Internet unter www.notare.bayern.de; dort können Sie mehr über die Tätigkeit der Bayerischen Notare erfahren
- bei jeder anerkannten Gütestelle in Bayern, also jedem Notar und besonders hierfür zugelassenen Rechtsanwälten
- aus der Broschüre des Bayer. Staatsministeriums der Justiz „Schlichten ist besser als Prozessieren“; diese liegt bei den örtlichen Gerichten aus.

Schlichtungsantrag vom eingegangen am

Beteiligte: (Ast.) (Agn.)

1. Kostenvorschuss, Beratungshilfe Artt. 13, 14, 15 BaySchlG

- Kostenvorschuss wurde bei Antragstellung entrichtet
(=> Übertrag des Antrags- und Kosteneingangsdatums in Nr. 12)
- Kostenvorschuss gesondert angefordert am Zahlungsfrist bis
Wiedervorlage nach Ablauf der Zahlungsfrist am
- Kostenvorschuss fristgerecht eingegangen am
(=> Übertrag des Kosteneingangsdatums in Nr. 12)
- Kein fristgerechter Eingang des Kostenvorschusses,
Antrag gilt als zurückgenommen am
- Berechtigungsschein für Beratungshilfe vorgelegt am
(=> Übertrag des Vorlagedatums in Nr. 12)
Erstattung bei der Staatskasse beantragt am eingegangen am

2. Wird der sachliche Umfang für eröffnet erachtet, Artt. 1, 4 Abs. 2 BaySchlG?

- Ja**, Ausnahmen § 15 a Abs. 2 und 3 EGZPO greifen nicht; Art der Streitigkeit:
 - Vermögensrechtliche Streitigkeit mit Streitwert bis zu DM 1.500,-
 - Nachbarrechtliche Streitigkeit §§ 906, 910, 911, 923 BGB, Artt. 43 – 54 BayAGBGB
bis zu einem Streitwert von DM 10.000,- (sonst Eingangszuständigkeit LG)
 - Anspruch wegen Verletzung der persönlichen Ehre bis zu einem Streitwert von DM 10.000,-
(sonst Eingangszuständigkeit LG)
- Nein**, Zeugnis über die Erfolglosigkeit der Schlichtung ausgestellt am

3. Wird der örtliche Umfang für eröffnet erachtet, Artt. 2, 4 Abs. 2 BaySchlG?

- Ja**, beide Parteien haben Wohnsitz im selben LG-Bezirk / in LG München I oder II
- Nein**, Zeugnis über die Erfolglosigkeit der Schlichtung ausgestellt am

4. Wird die Angelegenheit für eine Schlichtung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen von vorneherein für ungeeignet erachtet, Art. 4 Abs. 2 BaySchlG?

- Nein**, Schlichtungsverfahren soll durchgeführt werden
- Ja**, weil
Zeugnis über die Erfolglosigkeit der Schlichtung ausgestellt am

5. Örtliche Zuständigkeit der Gütestelle, Artt. 3 i.V.m. 5, 6 BaySchlG

- Ja**, gem.
 - Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BaySchlG (einvernehmliche Antragstellung)
 - Art. 3 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Artt. 5, 6 BaySchlG (einseitige Antragstellung)
Amtsgerichtsbezirk des Antragsgegners:
Liegt die angerufene Gütestelle im selben Amtsgerichtsbezirk?
 - Ja**, dann zuständig
 - Nein**, dann unzuständig
- Nein**, Veranlassungen:

6. Persönliche Hinderungsgründe, Artt. 3 Abs. 2, 8 Abs. 2 BaySchlG, § 41 ZPO, § 3 BeurkG

- Nein**
- Ja, weil**
Veranlassungen:

7. Zustellung des Schlichtungsantrags / Ladung Artt. 9, 10 BaySchlG

Ladung zum Schlichtungstermin lt. Nrn. 1 bis 6 erforderlich und sachdienlich?

- Ja,**
 - Ladung an Antragsteller am
 - Ladung und zugleich Zustellung d. Antrags an Antragsgegner am
 - Termin für Schlichtungsgespräch anberaumt am
 - Persönliches Erscheinen beider Beteiligten in der Ladung angeordnet?
 - Ja (Regelfall gem. Art. 11 Abs. 1 BaySchlG)
 - Ausnahmsweise Stellvertretung zugelassen (Art. 11 Abs. 2 BaySchlG), für Antragsteller / Antragsgegner weil
- Nein,**
 - Zeugnis gem. Nr. an Antragsteller am
 - Mitteilung über sonst. Hinderungsgrund für Ladung
an Antragsteller am
 - Isolierte Zustellung des Antrags / und ggf. des Zeugnisses zur Kenntnisnahme an Antragsgegner am
 - Ausnahmsweise Durchführung des schriftlichen Verfahrens angeordnet u. Antrag zugestellt:
an Antragsteller am / an Antragsgegner am

**8. Erscheinen der Parteien zum ersten Schlichtungstermin am
Art. 11 BaySchlG**

a) Erscheinen des Antragstellers o. eines tauglichen Bevollmächtigten

- Ja**
- Nein,** Wiedervorlage in zwei Wochen am
Säumnis wurde innerhalb dieser zwei Wochen:
 - entschuldigt,** Ladung zum zweiten Schlichtungstermin zwingend (s. lit. c))
 - nicht entschuldigt,** Antrag gilt als zurückgenommen am

b) Erscheinen des Antragsgegners o. eines tauglichen Bevollmächtigten

- Ja**
- Nein,** Wiedervorlage in zwei Wochen am
Säumnis wurde innerhalb dieser zwei Wochen:
 - entschuldigt,** Ladung zum zweiten Schlichtungstermin möglich (s. lit. c)/d)
 - nicht entschuldigt,** Zeugnis über die Erfolglosigkeit der Schlichtung ausgestellt am

c) im Falle der entschuldigten Säumnis von Antragsteller und/oder Antragsgegner:

- Anberaumung eines zweiten Schlichtungstermins am
Zweite Ladung an Antragsteller am
Zweite Ladung an Antragsgegner am

d) im Falle der entschuldigten Säumnis nur vom Antragsgegner

- Anberaumung eines zweiten Schlichtungstermins nicht sachdienlich,
weil

**9. Erscheinen der Parteien zum zweiten Schlichtungstermin am
Art. 11 BaySchIG**

a) Erscheinen des **Antragstellers** o. eines tauglichen Bevollmächtigten

- Ja**
- Nein**, Wiedervorlage in zwei Wochen am
- Säumnis wurde innerhalb dieser zwei Wochen:
 - entschuldigt**, neue Ladung innerhalb Frist gem. Nr. 12 zwingend (s. lit. c))
 - nicht entschuldigt**, Antrag gilt als zurückgenommen am

b) Erscheinen des **Antragsgegners** o. eines tauglichen Bevollmächtigten

- Ja**
- Nein**, Wiedervorlage in zwei Wochen am
- Säumnis wurde innerhalb dieser zwei Wochen:
 - entschuldigt**, weitere Ladung innerhalb Frist gem. Nr. 12 möglich (s. lit. c)/d))
 - nicht entschuldigt**, Zeugnis über die Erfolglosigkeit der Schlichtung ausgestellt am

c) im Falle der entschuldigten Säumnis von Antragsteller und/oder Antragsgegner:

- Anberaumung eines dritten Schlichtungstermins am
- Dritte Ladung an Antragsteller am
- Dritte Ladung an Antragsgegner am

d) im Falle der entschuldigten Säumnis nur vom Antragsgegner

- Anberaumung eines dritten Schlichtungstermins nicht sachdienlich, weil

10. Ergebnis des Schlichtungsgesprächs vom, Art 12 BaySchIG

Einigung erzielt

- Ja**,
- Einigung über die Kosten des Schlichtungsverfahrens erzielt
 - Ja Nein
 - Abschriften des Schlichtungsprotokolls auf Antrag an Beteiligte am
 - Einigung / Folgeregelungen beurkundet zu
- Nein**, Zeugnis über die Erfolglosigkeit d. Schlichtung ausgestellt am

11. Besondere Verfahrensmaßnahmen:

a) Beweisaufnahme durch

- aa) Zeugen
- bb) Sachverständige
- cc) Augenschein

b) Ergebnis des schriftlichen Verfahrens

.....

.....

.....

.....

12. Ablauf der 3-Monatsfrist gem. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 BaySchlG am

Gesonderter Antrag des Antragstellers auf Erteilung Zeugnis eingegangen am
Zeugnis über erfolglosen Schlichtungsversuch ausgestellt am

13. Verfahren beendet am

a) Ausgang des Verfahrens (*Übertrag in die Schlichtungsstatistik*):

- Einigung erzielt, gem. Art 12 BaySchlG niedergelegt am
- Zeugnis ausgestellt gem. Nr.
wegen am
- Antrag wurde zurückgenommen am / gilt als zurückgenommen gem. Nr.
wegen am
- Sonstige Beendigungsgründe: örtliche Unzuständigkeit / Befangenheit / Ablehnung des Verfahrens

b) Kostenfolge, falls Schlichtungsgespräch oder Schlichtungsverfahren i.e.S. nicht stattgefunden hat:

Kostenvorschuss i. H. v. DM zzgl. MwSt. erstattet an Antragsteller am

14. Anwaltliche Vertretung

a) Ist Antragsteller in der streitgegenständlichen Angelegenheit anwaltlich vertreten?

- Nein**
- Ja**, durch RA
Tel: Fax:
Mitteilungen an Antragsteller gem. Nr.: jeweils auch zur Kenntnisnahme an RA

b) Ist Antragsgegner in der streitgegenständlichen Angelegenheit anwaltlich vertreten?

- Nein**
- Ja**, durch RA
Tel: Fax:
Mitteilungen an Antragsgegner gem. Nr.: jeweils auch zur Kenntnisnahme an RA

15. Wiedervorlagen:

16. Besondere Vermerke:

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

3. Formular: Anforderung Kostenvorschuss

(Normaler Briefkopf Gütestelle)

An Herrn/Frau

.....
.....
.....

(Ort, Datum)

Betreff: Ihr Antrag auf Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vom

Hier: Einzahlung des Kostenvorschusses
SRNr./2000 (bei Zahlung bitte unbedingt angeben!)

Sehr geehrte,

Ihr im Betreff genannter Antrag auf Durchführung eines Schlichtungsverfahrens ist am bei mir eingegangen.

Ich bin gerne bereit, das von Ihnen beantragte Schlichtungsverfahren durchzuführen und darf Sie daher bitten, hierfür einen Kostenvorschuss in Höhe von DM 240,- zzgl. 16% MwSt., insgesamt also

DM 278,40 inkl. MwSt.

unter Angabe der im Betreff genannten Schlichtungsregisternummer innerhalb von zwei Wochen ab heute auf folgendes Konto einzuzahlen:

Konto-Nr.:, Bank, BLZ:

Vorsorglich weise ich Sie nochmals darauf hin,

- dass ich weitere Verfahrensmaßnahmen erst nach fristgerechtem Eingang dieses Kostenvorschusses vornehmen werde
- und**
- dass Ihr Antrag auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens als zurückgenommen gilt, wenn dieser Kostenvorschuss nicht innerhalb der vorstehenden Frist eingegangen ist; in diesem Fall kann Ihr Antrag höchstens dann verjährungsunterbrechende Wirkung entfalten, wenn Sie selbst dafür sorgen, dass er dem Antragsgegner zur Kenntnis gebracht wird.

Weitere Informationen zum Schlichtungsverfahren können Sie der Rückseite des von Ihnen ausgefüllten Antragsformulars entnehmen. Außerdem stehe ich Ihnen für Rückfragen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

4. Formular: Ladung des Antragstellers

(Normaler Briefkopf Gütestelle)

Per Einschreiben

An Herrn/Frau

.....
.....
.....

Ort, Datum

Betreff: Durchführung eines Schlichtungsverfahrens,
Ihr Antrag vom

Sehr geehrte,

gerne bin ich bereit, das von Ihnen beantragte Schlichtungsverfahren durchzuführen. Als Termin für ein gemeinsames Schlichtungsgespräch zwischen Ihnen und dem Antragsgegner schlage ich

....., **den** **um** **Uhr**

vor und bitte Sie, hierzu *persönlich* in meine Geschäftsräumen zu kommen. Den Antragsgegner habe ich mit Schreiben vom heutigen Tag unter Mitteilung Ihres Schlichtungsantrags ebenfalls zu diesem Termin gebeten.

Sie können sich zum Schlichtungstermin von einem Beistand oder einem Rechtsanwalt begleiten lassen. Sollten Sie in der streitgegenständlichen Angelegenheit bereits anwaltlich vertreten sein, empfehle ich Ihnen, Ihren Anwalt auf jeden Fall zum Schlichtungstermin hinzuzuziehen.

Ich weise Sie darauf hin, dass Ihr Antrag auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens (kostenpflichtig) als *zurückgenommen* gilt, wenn Sie zum vorbenannten Schlichtungstermin nicht kommen und Sie Ihr Fernbleiben nicht innerhalb von 14 Tagen nach dem anberaumten Schlichtungstermin entschuldigen.

Den für die Durchführung des Schlichtungsverfahrens erforderlichen Kostenvorschuss habe ich am dankend erhalten. Sollte das Schlichtungsverfahren nicht innerhalb von drei Monaten seit Eingang des Kostenvorschusses abgeschlossen sein, erteile ich Ihnen *auf gesonderten Antrag* ein Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsversuchs.

Weitere Informationen zum Schlichtungsverfahren können Sie der Rückseite des von Ihnen ausgefüllten Antragsformulars entnehmen. Außerdem stehe ich Ihnen für Rückfragen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

5. Formular: Ladung des Antragsgegners mit Zustellung Schlichtungsantrag

(Normaler Briefkopf Gütestelle)

Per Einschreiben

An Herrn/Frau

.....
.....
.....

(Ort, Datum)

Betreff: Durchführung eines Schlichtungsverfahrens

Sehr geehrte,

seit dem 1.9.2000 kann aufgrund der neuen gesetzlichen Vorschriften des § 15a EGZPO i.V.m. dem BaySchlichtungsG wegen bestimmter Rechtsstreitigkeiten nur noch dann Klage zum Amtsgericht erhoben werden, wenn der Kläger nachweist, dass er zuvor versucht hat, sich mit dem Beklagten in einem sogenannten „Schlichtungsverfahren“ über den Streitgegenstand gütlich zu einigen. Solche Schlichtungsverfahren können bei jedem Bayerischen Notar als Gütestelle durchgeführt werden.

Am hat/haben Herr/Frau (*Antragsteller*) die Durchführung eines solchen Schlichtungsverfahrens bei mir beantragt. Diesen Antrag füge ich diesem Schreiben zu Ihrer Kenntnisnahme bei.

Ich bin gerne bereit, das beantragte Schlichtungsverfahren durchzuführen und schlage als Termin für ein gemeinsames Schlichtungsgespräch zwischen Ihnen und dem Antragsteller

....., **den** **um** **Uhr**

vor. Ich bitte Sie, hierzu *persönlich* in meine Geschäftsräumen zu kommen.

Sie können sich zum Schlichtungstermin von einem Beistand oder einem Rechtsanwalt begleiten lassen. Sollten Sie in der streitgegenständlichen Angelegenheit bereits anwaltlich vertreten sein, empfehle ich Ihnen, Ihren Anwalt auf jeden Fall zum Schlichtungstermin hinzuzuziehen.

Ich weise Sie darauf hin, dass ich dem Antragsteller ein Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsversuchs ausstellen muss, wenn Sie zum vorgenannten Schlichtungstermin nicht kommen und Sie Ihr Fernbleiben nicht innerhalb von 14 Tagen nach dem anberaumten Schlichtungstermin entschuldigen. Mit diesem Zeugnis kann der Antragsteller den behaupteten Anspruch vor Gericht geltend machen. Im Falle Ihres Unterliegens im gerichtlichen Verfahren werden Ihnen dann auch die Kosten des Schlichtungsverfahrens auferlegt.

Weitere Informationen zum Schlichtungsverfahren können Sie der Rückseite des beigefügten Antragsformulars entnehmen. Außerdem stehe ich Ihnen für Rückfragen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

6. Formular: Zeugnis über erfolglosen Schlichtungsversuch

(Gütestelle)

Zeugnis über einen erfolglosen Schlichtungsversuch

In dem auf Antrag *des/der*

vom eingeleiteten Schlichtungsverfahren

zwischen

.....
wohnhaft in LG Bezirk

– Antragsteller –

und

.....
wohnhaft in LG Bezirk

– Antragsgegner –

wird hiermit gem. Art. 4 BaySchlG dem Antragsteller zur Vorlage beim Prozessgericht die

Erfolglosigkeit des Schlichtungsversuchs bescheinigt.

Begründung:

- eine Einigung im Schlichtungstermin war nicht erzielbar, Art. 4 Abs. 1, Satz 1 BaySchlG
- unentschuldigte Säumnis des Antragsgegners im Schlichtungstermin, Art. 11 Abs. 4, Satz 3 BaySchlG
- Antrag des Antragstellers, nachdem das Schlichtungsverfahren innerhalb von drei Monaten ab fristgerechter Einzahlung des Kostenvorschusses nicht durchgeführt worden ist, Art. 4 Abs. 1 Satz 2 BaySchlG
- der sachliche / örtliche Umfang des Art. 1 BaySchlG / Art. 2 BaySchlG wird von der Gütestelle für nicht eröffnet erachtet, Art. 4 Abs. 2 BaySchlG
- die Angelegenheit wird von der Gütestelle gem. Art. 4 Abs. 2 BaySchlG für eine Schlichtung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen für ungeeignet erachtet, weil

Obligatorische Streitschlichtung in Bayern

Das neue Bayerische Schlichtungsgesetz (BaySchlG) aus Anwaltssicht*

Von RA Dr. Reiner Ponschab und Marcus C. Brinkmann

I. Vorbemerkung

Am 13. April dieses Jahres hat der Bayerische Landtag das neue Bayerische Schlichtungsgesetz verabschiedet. Das Gesetz trat bereits am 1. Mai 2000 in Kraft. Auf Grund einer Übergangsfrist von vier Monaten gilt ab dem 1. September „Erst zum Schlichter, dann zum Richter“. Bayern ist damit das erste Land, das die so genannte obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung in zivilrechtlichen Streitigkeiten einführt. Damit ist für die gesetzlich vorgeschriebenen Fälle die erfolglose Durchführung einer Schlichtung Klagevoraussetzung. Diese umfangreiche Neuregelung hat für das Berufsbild und die Tätigkeit der Anwaltschaft enorme Auswirkungen, die in diesem Aufsatz erläutert werden.

II. Die bundesgesetzliche Öffnungsklausel des § 15 a EGZPO

Grundlage für das neue Schlichtungsgesetz ist der vom Bundesgesetzgeber eingeführte § 15 a EGZPO.

1. Einführung des § 15 a EGZPO

Das am 1. Januar 2000 in Kraft getretene Bundesgesetz ermöglicht den Landesgesetzgebern in eng umrissenem Bereich die Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung. Bei zivilrechtlichen Streitigkeiten im Streitwertbereich bis 1.500 DM, bei Nachbarschaftsstreitigkeiten und Ansprüchen aus Ehrverletzung, die nicht in den Medien begangen wurde, ist eine Klage nur noch dann zulässig, wenn die Parteien zuvor versucht haben, sich in einem außergerichtlichen Schlichtungsverfahren zu einigen. Da die Ausgestaltung des § 15 a EGZPO den Ländern überlassen wurde, werden die Länder in einen Wettstreit um das beste Schlichtungsmodell treten.

2. Gesetzliche Ausnahmen zur obligatorischen Streitschlichtung

Als obligatorische Streitschlichtung in Reinform kann der § 15 a EGZPO nicht bezeichnet werden. Der § 15 a II EGZPO enthält einen Katalog an zivilprozessualen Klage- und Verfahrensarten, die vom Schlichtungserfordernis ausgenommen sind, weil ein vorgerichtlicher Schlichtungsversuch mit der Besonderheit dieser Verfahren (z. B. Urkundenprozess, Familienverfahren, einstweiliger Rechtsschutz) nicht in Einklang stehen soll.

Beispielsweise findet das Schlichtungsverfahren keine Anwendung in den summarischen Verfahren der Urkunden-, Wechsel- oder Scheckprozesse und in streitigen Verfahren im Anschluss an das Mahnverfahren. Das Ziel dieser besonders im Hinblick auf das Mahnverfahren zweifelhaften Ausnahmen besteht darin, die bisherige Effizienz der genannten summarischen Verfahren zu erhalten. Durch dieses gesetzliche „Schlupfloch“ verbleibt den Parteien die Möglichkeit, über das Mahnverfahren ohne Schlichtungsversuch zu einem Vollstreckungstitel zu gelangen. Der Rechtsanwalt hat nach stän-

diger Rechtsprechung die Berufspflicht, für die Durchsetzung den sichersten und kostengünstigsten Weg zu wählen. Da dieser in den meisten Fällen das Mahnverfahren ist, besteht damit die Gefahr, dass überwiegend Nachbar- und Ehrstreitigkeiten für die Streitschlichtung verbleiben.

III. Änderungen des § 65 BRAGO

Parallel mit der Einführung der obligatorischen Streitschlichtung wurde für die Anwälte § 65 BRAGO attraktiver gestaltet. Es wurde die Mitwirkung an einer Einigung von ^{10/10} auf ^{15/10} erhöht. Damit kommt es zu einer Anpassung an die Gebühr für einen außergerichtlichen Streit gem. § 23 BRAGO. Dies ist gerechtfertigt und sinnvoll, da die obligatorische Schlichtung ohne Einschaltung eines Richters erfolgt.

Die Einigungsgebühr tritt an die Stelle der Vergleichsgebühr des § 23 BRAGO. Daher ist § 65 II 2 BRAGO unverändert beizubehalten. Im Falle des Scheiterns der Schlichtung ist die Mitwirkungsgebühr nach § 65 I Nr. 1 BRAGO auf eine spätere Prozessgebühr anzurechnen.

IV. Das Bayerische Schlichtungsgesetz (BaySchlG)

Mit dem Bayerischen Schlichtungsgesetz hat das Land Bayern die bundesgesetzliche Öffnungsklausel genutzt und das Bundesrecht wirksam gemacht. Die umfangreiche Neuregelung lässt sich am ehesten verstehen, wenn man sie einmal im Zusammenhang liest. Auf das BaySchlG wird verwiesen, veröffentlicht im Bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 11/2000, Seite 268 ff.

1. Regelungszweck

Durch das BaySchlG soll der Gedanke der außergerichtlichen Streitbeilegung als Alternative zur gerichtlichen Konfliktbewältigung bei der rechtssuchenden Bevölkerung gestärkt werden. Insbesondere scheint der Gesetzgeber durch Privatisierung des Verfahrens zu versuchen, die Inanspruchnahme der staatlichen Gerichte zu steuern, um eine Entlastung der Gerichte zu erreichen.

2. Der Geltungsbereich des BaySchlG

Das BaySchlG hat die vorgezeichneten Möglichkeiten des § 15 a EGZPO hinsichtlich des sachlichen Rahmens weitgehend ausgenutzt. Unter Berücksichtigung des in § 15 a II 2 EGZPO genannten Ausnahmekatalogs, fallen damit alle nicht berufungsfähigen amtsgerichtlichen Zivilsachen mit vermögensrechtlichem Streitgegenstand unter die obligatorische Schlichtung. Die obligatorische Streitschlichtung erfährt in Bayern jedoch eine örtliche Beschränkung. Sie kann nach Art. 2 BaySchlG nur dann vorgenommen werden, wenn die Parteien ihren Sitz im selben Landgerichtsbezirk haben. Dies ist sinnvoll, um bei den geringen Streitwerten hohe Reisekosten zu vermeiden. Eine Besonderheit weisen in München die Landgerichtsbezirke I und II auf. Sie werden als ein Landgerichtsbezirk behandelt.

* Erstmals veröffentlicht in Mitteilungen des Münchener Anwaltsvereins, Juni 2000.

3. Das Schlichtungsverfahren

Es wird zwischen der freiwilligen und der obligatorischen Streitschlichtung unterschieden.

a. Die freiwillige Streitschlichtung

Der freiwilligen Schlichtung wird wie im Bundesgesetz der Vorrang gegenüber einer obligatorischen Schlichtung eingeräumt. Diesen Grundsatz greift Art. 3 BaySchlG auf.

aa. Gütestellen der freiwilligen Streitschlichtung

Der Rechtsanwalt kann gem. Art. 3 BaySchlG bei Einvernehmen der Parteien als Schlichter fungieren, sofern er nicht als Interessenvertreter beauftragt ist. Als weitere Schlichtungsstellen bei Einvernehmen fungieren die Notare und die dauerhaft eingerichteten Schlichtungsstellen der Kammern, Innungen, Berufsverbände oder ähnliche Institutionen.

bb. Der Gang des freiwilligen Schlichtungsverfahrens

Die freiwillige Schlichtung erfolgt auf Grund privatrechtlicher Vereinbarung und basiert auf den zwischen den Parteien vereinbarten Schlichtungsregeln. Die Gebühren sind somit nicht am BaySchlG angelehnt.

Kommt am Ende des Verfahrens eine Vereinbarung zustande, handelt es sich um einen privatrechtlichen Vergleich. Dieser ist kein Vollstreckungstitel, kann aber als Grundlage eines Zivilprozesses dienen. Vollstreckungscharakter wird erreicht, wenn die Schlichtungsstelle vom Präsidenten des Obersten Bayerischen Landesgerichts als Gütestelle nach § 794 I Nr. 1 ZPO anerkannt wird. Die Voraussetzung dafür nennt Art. 22 AGGVG.

b. Die obligatorische Streitschlichtung gemäß Öffnungsklausel § 15 a EGZPO

Erzielen die Parteien hinsichtlich des Schlichters kein Einvernehmen, wird die obligatorische Streitschlichtung von einer Gütestelle nach Art. 5 BaySchlG durchgeführt.

aa. Die obligatorischen Gütestellen gem. Art. 5 BaySchlG

Neben Notaren werden nur Rechtsanwälte als Gütestelle zugelassen, wenn sie sich gegenüber der Rechtsanwaltskammer verpflichten, Schlichtung als dauerhafte Aufgabe zu betreiben. Damit werden die Erfahrungen der Anwaltschaft mit konsensualer Streitbeilegung aufgegriffen, die schon heute durch vorgerichtliche Konfliktlösungen zu einer wesentlichen Entlastung der Gerichte geführt hat.

Die jeweils zuständige Rechtsanwaltskammer übt gem. Art. 8 III BaySchlG die Aufsicht über die anwaltlichen Schlichter aus. Sie kann die Zulassung als Schlichter gem. Art. 5 II 2 BaySchlG widerrufen, wenn die Pflichten aus dem Schlichteramtsamt grüßlich vernachlässigt werden.

Die Einrichtung einer Gütestelle bringt dem Anwalt erhebliche Vorteile. Anwaltliche Gütestellen sind gem. Art. 5 III 1 BaySchlG Gütestellen im Sinne von § 794 I Nr. 1 ZPO, ohne dass es eines anerkennenden Justizverwaltungsaktes nach Art. 22 AGGVG bedarf. Damit können anwaltliche Schlichter Schlichtungsvereinbarungen den Charakter eines Vollstreckungstitels verleihen. Die Vollstreckungsklausel erteilt gem. Art. 19 II BaySchlG der Rechtspfleger des zuständigen Amtsgerichts. Diese Möglichkeit ist streitwertunabhängig. Die vor einem als Gütestelle anerkannten Anwalt abgeschlossenen Vergleiche können daher auch außerhalb einer obligatorischen Schlichtung für vollstreckbar erklärt werden. Ein eingebrachter Antrag unterbricht zudem die Verjährung nach § 209 II Nr. 1 a BGB. Die vereinfachte Erlangung eines Titels

dürfte insbesondere für größere außergerichtliche Streitigkeiten, namentlich für Mediationsverfahren, vorteilhaft sein.

bb. Die Pflichten des obligatorischen Schlichters

Der Anwalt unterliegt auch während der Schlichtungstätigkeit dem Standesrecht. Nach Art. 8 I BaySchlG führt der Schlichter seine Tätigkeit unparteiisch und unabhängig aus. Daher wird durch die Schlichtungstätigkeit nicht das Schutzgut des § 43 a IV BRAO gefährdet. Der Tätigkeit als anwaltlicher Schlichter liegt gerade keine Interessenkollision, sondern ein Interessenausgleich der Parteien auf Grund eines gemeinsam erteilten Mandates zugrunde.

Die Vertraulichkeit des Verfahrens sichert das in Art. 8 II BaySchlG enthaltene Zeugnisverweigerungsrecht bzgl. der Tatsachen, die Gegenstand des Schlichtungsverfahrens geworden sind. Für die als Schlichter tätigen Anwälte ergibt sich das bereits aus § 383 Nr. 6 ZPO.

cc. Der Gang des obligatorischen Schlichtungsverfahrens

Der Art. 10 BaySchlG enthält die grundlegenden Bestimmungen für den Gang des Schlichtungsverfahrens. Er lässt dem Schlichter und den Parteien weitestgehend Freiheit bei der Gestaltung des Verfahrensablaufs. Im Mittelpunkt steht das freie Ermessen des Schlichters, das nur durch wenige Verfahrensvorschriften eingeschränkt wird.

(1) Antragstellung

Der Antrag auf Durchführung des Verfahrens muss schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle des jeweiligen Schlichters, also nicht des Gerichts, gestellt werden. Art. 9 BaySchlG legt die Mindestanforderungen für den Antrag fest. Es muss die Identität der Parteien genannt und der Streitgegenstand umrissen werden. Dem Schlichter bleibt es überlassen, wie er den Schlichtungsantrag (etwa zum Nachweis der rechtzeitigen Verjährungsunterbrechung gem. § 209 II Nr. 1 a BGB) dem Gegner nachweisbar mitteilt.

Voraussetzung für den Beginn des Schlichtungsgesprächs ist gem. Art. 14 BaySchlG die Zahlung eines Vorschusses vom Antragsteller. Der Betrag setzt sich zusammen aus den entsprechenden Kosten für die Durchführung des Verfahrens in Höhe von 100 Euro und des Pauschsatzes von 20 Euro.

(2) Eignungsprüfung des Verfahrens

Nach der Antragstellung hat der Schlichter zu überprüfen, ob das Schlichtungsverfahren sachlich und örtlich eröffnet ist. Zudem bedarf es einer Überprüfung der Eignung eines Schlichtungsgesprächs. Das Verfahren kann ungeeignet sein, wenn eine Vielzahl von Zeugen zu vernehmen wäre oder eine komplizierte Rechtsfrage zu entscheiden ist. Weitere Faktoren sind zudem, das Bestreben nach einem Grundsatzurteil, oder das Bestehen eines erheblichen Machtungleichgewichts zwischen den Parteien. In diesen Fällen kann der Schlichter dem Antragsteller die benötigte Bescheinigung sofort ausstellen.

(3) Terminbestimmung

Wenn der Schlichter ein Schlichtungsverfahren für geeignet hält, hat er einen Termin zu bestimmen. Dieser ist in der Regel mündlich durchzuführen. Der Termin sollte umgehend erfolgen, um Verzögerungen bei der Durchsetzung von Rechtsansprüchen zu vermeiden. Gem. Art. 11 BaySchlG haben die Parteien grundsätzlich persönlich zu erscheinen. Deshalb ist es – auch im Hinblick auf die Erfolgchancen der Schlichtung – besonders wichtig, auf das persönliche Erscheinen der Parteien bei der Ladung hinzuweisen. Eine Vertretung der Partei ist nur möglich, wenn der Vertreter zur Aufklärung des Sach-

verhalts in der Lage ist und der Schlichter der Vertretung zustimmt. Nach Art. 11 III BaySchlG bleibt es den Parteien unbenommen, einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen.

(4) Nichterscheinen

Erscheint der Antragsteller nicht zum Termin, gilt gem. Art. 11 IV BaySchlG sein Antrag als zurückgenommen. Bei hinreichender Entschuldigung hat der Schlichter binnen 14 Tagen einen neuen Schlichtungstermin zu bestimmen. Der Antrag gilt auch als zurückgenommen, wenn der zu zahlende Vorschuss nach Art. 14 BaySchlG nicht einbezahlt wurde.

Erscheint der Antragsgegner nicht, erhält der Antragsteller automatisch, aber frühestens nach zwei Wochen, die notwendige Erfolgslosigkeitsbescheinigung.

Der § 15 a IV EGZPO bestimmt, dass die Kosten des Schlichtungsverfahrens zu den Kosten des Rechtsstreits zählen. Scheitert die Schlichtung, entscheidet daher das Gericht, wer die Kosten des Schlichtungsverfahrens zu zahlen hat.

Obschon der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit eines Ordnungsgeldes vorgesehen hat, hat der bayerische Gesetzgeber dankenswerter Weise von einer Sanktion abgesehen. Denn obligatorisch ist nur der Versuch einer Einigung. Wer diese nicht will, dem sollte der Weg zum Gericht nicht zusätzlich erschwert werden.

(5) Schlichtungsstile und -techniken

Auf Grund der Freiheit des Schlichters werden sich verschiedene Schlichtungsstile entwickeln, die sich aus einer Kombination der vom Schlichter vorgenommenen Problemdefinition sowie seinem Rollenverständnis ergeben.

Beispielsweise gewährt der Art. 10 I 3 BaySchlG dem Schlichter die Möglichkeit des Einsatzes von vertraulichen Einzelgesprächen. Dieses Verfahrensmittel wird im Mediationsverfahren erfolgreich eingesetzt. Da auf Wunsch der Partei der Inhalt solcher Gespräche vertraut bleibt, entsteht für die jeweils andere Partei unter Umständen ein Vertrauensproblem gegenüber dem Schlichter. Es bedarf des geschulten Blickes eines Schlichters und einer einzelfallbezogenen Prüfung bzgl. des Einsatzes dieses Mittels. Deshalb wird ein guter Schlichter seinen Stil und den Einsatz von Einzelgesprächen den individuellen Gegebenheiten anpassen.

Die Fähigkeiten zur Tätigkeit als Schlichter sind erlernbar. Der Münchener Anwaltverein wird daher das Angebot zur Ausbildung in diesem Bereich verstärken.

Für einfach gelagerte Fälle offeriert der Art. 10 BaySchlG die Möglichkeit eines schriftlichen Vorverfahrens.

(6) Die Beweisaufnahme im Schlichtungsverfahren

Eine formelle Beweisaufnahme findet während des Schlichtungsverfahrens nicht statt. Es werden vom Schlichter keine Zeugen und Sachverständige geladen. Nur auf Wunsch der Parteien und unter der Bedingung, dass dadurch das Verfahren nicht unverhältnismäßig verzögert wird, können gem. Art. 10 III BaySchlG Zeugen und Sachverständige auf Kosten der Parteien herbeischafft und Augenschein eingenommen werden.

(7) Die Ausstellung des Zeugnisses

Der Schlichter stellt dem Antragsteller zum Nachweis des erfolglos durchgeführten Verfahrens ein Zeugnis aus. Um einer Verzögerung vorzubeugen, wird nach Art. 4 I BaySchlG die Bescheinigung auch ausgestellt, wenn das Schlichtungsgespräch nicht binnen einer Frist von drei Monaten durchgeführt worden ist.

Art. 4 III BaySchlG umreißt den Inhalt des Zeugnisses. Neben den notwendigen Angaben zur Person, muss die Bescheinigung – wenigstens stichwortartig – Angaben zum Streitgegenstand, zum Streitwert sowie den Zeitpunkt zu dem das Verfahren beendet ist enthalten. Bei Ungeeignetheit des Verfahrens müssen die entsprechenden Gründe im Zeugnis genannt werden.

Wenn Beratungshilfe gewährt wurde, ist dies ebenfalls gem. Art. 15 III BaySchlG zu bescheinigen.

(8) Straffung des Verfahrens

Der Art. 10 IV BaySchlG normiert ausdrücklich das freie Verfahrensermessen des Schlichters, damit ein zügiges Verfahren gewährleistet ist.

Während des Schlichtungsverfahrens können weitere Konflikte sichtbar werden, die der eigentliche Ursprung der Eskalation sind. Wenn dadurch der Streitwert von 1.500 DM überschritten wird, kann der Schlichter auch diesen größeren Konfliktbezug regeln und damit das Verfahren beenden.

(9) Die Vergütung im Schlichtungsverfahren

Der Gesetzgeber hat für die Vergütung ein gestuftes Gebührensystem vorgesehen. Die Gebühr beläuft sich auf 50 Euro, wenn keine Schlichtungsverhandlung stattfindet. Wenn ein Schlichtungsgespräch zustande kommt, beträgt die Gebühr 100 Euro. Für notwendige Auslagen kann ein Pauschsatz von 20 Euro gefordert werden.

Wird der Schlichter im Rahmen des Vollzuges einvernehmlich für beide Parteien tätig, entsteht eine weitere Gebühr in Höhe von 50 Euro.

Einfach geregelt ist die Erhebung der Gebühren durch den Schlichter. Der Antragsteller muss sämtliche Gebühren vorschießen. Nach Abschluss des Schlichtungsgesprächs wird auf Grundlage der vereinbarten Kostenregelung abgerechnet. Mit dieser Regelung wird die aufwendige Durchsetzung nicht gezahlter Gebühren vermieden.

(10) Beratungshilfe

Die Art. 15 und 16 BaySchlG sichern Bedürftigen den freien Zugang zur obligatorischen Streitschlichtung und damit zum Gerichtsverfahren. Es ist eine entsprechende Anwendung des Beratungshilfegesetzes vorgesehen. Somit wurde eine staatliche Finanzierung der Schlichtergebühren im Falle von Beratungshilfe geschaffen. Konkret erhält der Schlichter sein Honorar aus der Staatskasse. Diese verauslagten Beträge muss der Gegner erstatten, soweit er den nachfolgenden Rechtsstreit verliert.

V. Stellungnahme zum obligatorischen Schlichtungsverfahren

Leider wurde das Pferd der Schlichtung am falschen Ende aufgezäumt. Interessant wären, auch im Hinblick auf die Entlastung der Gerichte, nicht die Verfahren unter 1.500 DM, sondern die umfangreichen Fälle gewesen. Das jetzige Verfahren birgt die Gefahr, dass die ganze Schlichtung als „Arme-Leute-Verfahren“ abqualifiziert wird.

Es besteht der Eindruck, dass der Bundesgesetzgeber sich vor allem von dem Umstand nach Entlastung der Gerichte hat leiten lassen. Zu diesem Zweck wurde gewissermassen ein (Schmutz-) Filter vor die Gerichtsverfahren mit geringem Streitwert vorgeschaltet. Wäre es dem Bundesgesetzgeber vorrangig um eine Verbesserung der Qualität der Konfliktlösung gegangen, hätte er sich nicht auf die obligatorische

Schlichtung „kleiner Fälle“ beschränken dürfen. Hier wäre es beispielsweise angebracht gewesen, den Gerichten die Möglichkeit zu geben, geeignete Verfahren (ohne Beschränkung nach Streitwerten) in die Mediation (Schlichtung) zu verweisen.

Dem bayerischen Gesetzgeber trifft allerdings dieser Vorwurf nicht. Er hat anerkannter Weise sich bemüht, den gegebenen Spielraum weit auszunutzen, um neben der obligatorischen Schlichtung auch Raum für freiwillige Schlichtung zu schaffen.

Das ganze Thema der obligatorischen Schlichtung hat zu einem viel zu bürokratischen Verfahren geführt, dem es an Kreativität mangelt. So hat man in England allein durch eine geschickte Kostenregelung die Zahl der Mediationen mit Einführung der neuen Zivilprozessordnung verdoppelt.

Nach der Testphase von fünf Jahren sollte bundesweit eine einheitliche Regelung getroffen werden.

Die Vergütung ist für die Anwaltschaft sicherlich nicht kostendeckend. Andererseits erhalten die Anwälte durch eine Einigung schneller ihre Gebühren und verdienen damit im Hinblick auf die eingesetzte Zeit mehr als beim reinen Gerichtsverfahren im Regelfall.

Positiv am bayerischen Schlichtungsverfahren ist auch das „Primat der Profis“ zu vermerken, entgegen dem Modell der „Preußischen Schiedsleute“ in Norddeutschland, bei dem Laien die Schlichtung durchführen.

VI. Streitschlichtung als Chance für die Anwaltschaft

Trotz aller Kritik am Bundesgesetz, das der bayerische Gesetzgeber nur ausgefüllt hat, darf sich die Anwaltschaft dem Tätigkeitsgebiet der Streitschlichtung nicht verschließen. Viel

zu groß ist die Gefahr, dass die Anwälte als „schlichtungsunwillig“ abgestempelt und möglicherweise bei weiteren Verfahren der außergerichtlichen Konfliktlösung ausgeschlossen werden.

Rechtsanwälte sind nach Ausbildung, Ansehen und Anzahl grundsätzlich die geeignetsten Personen, um die Durchführung der Schlichtung kompetent und flächendeckend zu gewährleisten. Der Vorteil des Anwaltes ist, dass er durch seine langjährige Ausbildung die rechtliche Problematik eines Falles erkennen kann.

Im Schlichtungsverfahren liegt die Problematik zudem in der Behandlung gestörter Beziehungen. Neben der rechtlicher Tätigkeit ist vor allem Schlichtungskompetenz gefragt. Um für das neue Aufgabengebiet – auch im Hinblick auf konkurrierende Berufsgruppen – gewappnet zu sein, sind Weiterbildungsmaßnahmen sinnvoll. Es bedarf einer verstärkten Information, um die Möglichkeiten der außergerichtlichen Konfliktlösung und Ausbildung des Rechtsanwaltes als „Konfliktmanager“ zu fördern.

VII. Fazit

Anwälte spielen im Rahmen der außergerichtlichen Konfliktregelung eine Schlüsselrolle. Daher wird es entscheidend auf die Anwaltschaft ankommen, um die Rechtskultur in Deutschland nachhaltig zu verändern und das bayerische Schlichtungsmodell zum Erfolg zu verhelfen.

Die obligatorische Streitschlichtung fördert das Schlichtungsbewusstsein in der Bevölkerung. Dies bietet der Anwaltschaft die neue Chance, den Anwalt vermehrt auch als Konfliktlöser und nicht nur als Prozessvertreter in das Bewusstsein der Bevölkerung zu bringen. Es kann aber auch die Selbsteinschätzung des Anwaltes verändert werden, weg vom „Legionär im Talar“, hin zum „Konfliktmanager“.

Eine Basisstrategie zur vorprozessualen Mediation

Von Notar *Dr. Robert Walz*, Ingolstadt

Das Schlichtungsgesetz schreibt keine bestimmte Art der Verhandlungsführung vor. Das „Wie“ der Schlichtung bleibt dem Schlichter überlassen. Dieser wird sich von seinen verhandlungstechnischen Möglichkeiten und Erfahrungen leiten lassen, um eine effektive, Erfolg versprechende Vorgehensweise zu ermitteln. Im vorliegenden Beitrag geht es daher um eine von mehreren möglichen Vorgehensweisen. Der Einzelne möge diese Vorgehensweise erproben und sodann übernehmen oder auch verwerfen.

Die vorgeschlagene Grundstrategie entstammt dem Versuch, Erkenntnisse, wie sie insbesondere der amerikanischen Literatur zum Thema Mediation entnommen werden können, zu einer effektiven Vorgehensweise zu verdichten. Dies bietet sich an, nachdem sich Schlichtung und Mediation nicht notwendig unterscheiden.¹ Jeweils geht es um eine Verhand-

lungssituation in der sich ein neutraler Dritter als Vermittler bemüht, wenigstens zwei miteinander verhandelnden Parteien bei der Einigung zu helfen.²

Die Anforderungen an eine Basisstrategie zur obligatorischen Schlichtung liegen auf der Hand: Die Vorgehensweise muss Erfolg versprechen *und* – nicht zuletzt mit Blick auf das niedrige Gebührenaufkommen – in knapp bemessener Zeit durchführbar sein.

1. Überblick

Wichtig ist es zunächst, die Verhandlungen überhaupt geplant zu leiten und zu strukturieren. Wer im Eifer einer möglicherweise konfliktgeladenen Verhandlung einer intuitiven Vorgehensweise folgt oder – schlimmer noch – den Parteien die

¹ Siehe *S. Breidenbach*, Mediation, 1995, S. 4 (anders verhält sich dies, falls man unter Schlichtung ein Verfahren versteht, in dem der Schlichter eine verbindliche Entscheidung trifft; so *F. Haft*, Intuitives und rationales Verhandeln, Betriebs-Berater Beilage 10, 1998, S. 15). § 15 a EGZPO jedenfalls verwendet den Begriff in einer Weise, die keine Unterscheidung zum Begriff Mediation erlaubt.

² Allerdings fehlt es nicht an – abzulehnenden – Versuchen, den Begriff Mediation für ein bestimmtes verhandlungstechnisches Konzept ausschließlich in Anspruch zu nehmen; vgl. *L. Riskin*, Harvard Negotiation Law Journal 1996, S. 7, 13 mit dem Hinweis, dass sich die Bedeutung eines Begriffes nach dem Gebrauch richtet.

Verhandlungsführung überlässt, wird feststellen, dass ihm die Annäherung der Parteien wenig gelingt und ein enger zeitlicher Rahmen nicht einzuhalten ist.

Im Blick auf eine geplante Verhandlungsführung sind zwei Gesichtspunkte zu unterscheiden: Zunächst geht es um den äußeren Ablauf. Eine der Haupteinflussmöglichkeiten des Mediators liegt darin, den Ablauf des Verfahrens zu bestimmen. Sodann fragt sich, wann und inwieweit der Mediator interveniert. Hinsichtlich beider Aspekte sollte der Mediator mit einer festen inneren Vorgabe in die Verhandlungen gehen.

Der hier vorgeschlagene äußere Ablauf kann mit wenigen Worten beschrieben werden: Der Mediator organisiert ein gemeinsames Treffen aller Beteiligten einschließlich der Anwälte. Nach den einleitenden Worten des Mediators sollen die Beteiligten jeweils in Form eines Statements ihre Sache und Argumente darstellen, wobei eigentlicher Streit möglichst vermieden wird. Sodann werden die Parteien getrennt, der Mediator lotet von nun an Einigungsmöglichkeiten aus. Im Regelfall treffen die Beteiligten erst zur Unterschrift unter die Einigung wieder zusammen. Nur in bestimmten Fällen kommt es zu einer erneuten gemeinsamen Verhandlungsrunde.

Hinsichtlich der Frage wann und wie der Mediator interveniert, gilt als Grundlinie: Der Mediator hält sich zunächst zurück und interveniert allenfalls durch gezielte Fragen. Erst wenn es zu einem nicht anders zu überwindenden Stillstand kommt, werden intensivere Eingriffe versucht. Die Eingriffsintensität steigt mit fortschreitender Zeit.

2. Gemeinsamer Einigungsversuch

Schon die Tatsache, dass überhaupt ein Treffen der Beteiligten stattfindet, entfaltet eine bestimmte Wirkung.

Zunächst wird damit dem Problem der Verzögerung abgeholfen. Viele Streitigkeiten können deshalb nicht beendet werden, weil die Parteien die zu treffenden Entscheidungen hinauszögern. Das hat verschiedene Gründe: Den Parteien ist es typischerweise unangenehm, von ihrer ursprünglichen, regelmäßig zu optimistischen Einschätzung der Situation abzurücken; sie vermeiden daher die Beschäftigung mit der Idee des Kompromisses, der der Niederlage doch immerhin nähersteht. Zugleich hoffen die Beteiligten, dass weitere Erkenntnisse und Entwicklungen ihre Situation verbessern werden. Auch werden viel beschäftigte Anwälte nicht selten dazu neigen, Mandate – insbesondere unattraktive – zu vernachlässigen.

Vielen Streitigkeiten wird daher eine längere Entwicklungs- oder auch nur Stagnationsphase vorausgegangen sein. Das gemeinsame Treffen aller Beteiligten wirkt dem nun entgegen:

– Alle Beteiligten richten ihre Aufmerksamkeit auf das Problem und anerkennen damit in gewisser Weise ihr Interesse, zu einer Einigung zu kommen. Insbesondere die Tatsache, dass alle erscheinen, ermöglicht den Parteien einen gewissen Optimismus und macht es dem Einzelnen damit leichter, von seiner bisherigen Position graduell abzurücken.

– Es entsteht eine Atmosphäre des „Jetzt oder Nie“, die Anwälte und Parteien zwingt, sich mit der peinlichen und unangenehmen Frage des Nachgebens, mit dem Kompromiss zu beschäftigen. Jede Seite sieht sich veranlasst, die mögliche Illusion des Sieges in Frage zu stellen, was regelmäßig heikle interne Verhandlungen, etwa zwischen Anwalt und Mandant, erfordert.

Aus dieser Funktion des gemeinsamen Einigungsversuches lassen sich auch Anforderungen an diesen ableiten. Die positiven Auswirkungen auf die Einigungsbereitschaft der Beteiligten werden nur dann eintreten, wenn diese das Treffen tatsächlich als förmlichen Einigungsversuch wahrnehmen. Letztlich kommt es auf die innere Befindlichkeit der Parteien an. Dementsprechend ist es die Aufgabe des Mediators, den Parteien zu vermitteln, dass nunmehr ein offizieller Einigungsversuch stattfindet, nicht nur ein unverbindliches Gespräch. Eine gewisse Förmlichkeit, ja Feierlichkeit kann also nicht schaden. Der Mediator sollte dies in seiner Einleitungsrede berücksichtigen.

Voraussetzung ist natürlich, dass alle wesentlichen Beteiligten zu dem Treffen erscheinen. Fehlt etwa der Anwalt einer Partei, so wird der Einigungsversuch in der Regel scheitern, da allen klar ist, in diesem Termin kann nichts Verbindliches entschieden werden. Eine Atmosphäre des „Jetzt oder Nie“ kann nicht entstehen. Im Bereich der obligatorischen Schlichtung wird es regelmäßig nur zu einem Termin kommen. Es kann sich daher empfehlen, die Beteiligten mit dem Hinweis zu laden, der Termin könne insgesamt nicht stattfinden, wenn auch nur eine Seite oder einer der Rechtsanwälte nicht erscheine. Der Schlichter sollte sich zumindest vorbehalten, die Schlichtung in diesem Fall für gescheitert zu erklären.

3. Gemeinsame Eröffnungsrunde

Viele Streitigkeiten können außergerichtlich deshalb nicht durch einen Vergleich gelöst werden, weil es nicht nur um das Ergebnis in der Sache selbst geht. Die Parteien bringen den Fall häufig auch deshalb zu Gericht, weil sie das Leid und die Ungerechtigkeit, die ihnen – jedenfalls vermeintlich – widerfahren sind, vor einem neutralen Gremium gewürdigt wissen wollen. Sie wollen, dass – gewissermaßen in der Öffentlichkeit – das Verschulden der anderen Seite erörtert wird und ihre eigenen Belange gewürdigt werden.

Solche Beteiligte werden übrigens von einem Gerichtsverfahren regelmäßig enttäuscht. Sie stellen fest, dass vor Gericht nur Juristen zu Wort kommen und es nicht um ihren Leidensdruck, sondern um Formalien vielfältiger Art geht.

Als Ausgangsbefund kann daher festgestellt werden: die Parteien sind häufig nicht zu einer Einigung bereit, bevor sie ausreichend gehört wurden. Hinzu kommt, dass eingeschaltete Rechtsanwälte vor ihren Mandanten profilieren müssen. Dementsprechend benötigen auch diese einen Rahmen, in dem sie Auftreten und die Sache ihres Mandanten darstellen können.

Die erste Phase des Mediationsverfahrens muss diesen Bedürfnissen gerecht werden. Die Parteien sollen ihre Sache vortragen und gewissermaßen Dampf ablassen können. Rechtsanwälte erhalten Gelegenheit, sich vor ihren Mandanten zu profilieren.

a) Einleitungsrede des Mediators

In seinen einleitenden Worten erläutert der Mediator zunächst den Ablauf des Verfahrens (Rahmenverhandlung). Er sollte klarstellen, dass er lediglich als neutraler Vermittler tätig wird, er also keine Entscheidung treffen kann, dass den Parteien der Gerichtsweg nach wie vor offen steht, sie also im Rahmen der Mediation nichts verlieren können, und dass erst gemeinsam und dann getrennt verhandelt werden wird.

Der Mediator muss deutlich machen, dass es bei einer Mediation nicht darum geht, wer in der Vergangenheit welche Dinge

getan hat, wer also an der jetzigen Situation die Schuld trägt. Er sollte die Parteien auffordern, in die Zukunft zu blicken und nach einer Lösung zu suchen, mit der alle Beteiligten künftig leben können.

b) Statements der Beteiligten

Nunmehr wird jede Seite gebeten, ihre Sicht der Dinge darzustellen und insbesondere auch darzustellen, wie aus ihrer Sicht eine Verbesserung der Situation erreicht werden kann. Die andere Partei wird gebeten, möglichst nicht zu unterbrechen. Es kommt zu einer Art Plädoyer. Falls Anwälte anwesend sind, sprechen diese für ihre Mandanten. Der Mediator sollte jeder Seite ein Zeitlimit setzen und auf dessen Einhaltung achten.

Durch diese Plädoyers lernt zunächst der Mediator den Sachverhalt (besser) kennen. Diese erste Runde gibt dem Mediator aber auch eine gewisse Verfahrensmacht. Zum einen fällt es den Anwälten leichter, die Kontrolle über das Verfahren abzugeben, sofern sie Gelegenheit hatten aufzutreten. Zum anderen werden die Anwälte durch ihren Vortrag ein wenig unter Druck gesetzt und gefordert, was dem Mediator ebenfalls Kontrolle über den Verfahrensablauf verschafft.

c) Sofern dem Mediator Dinge unklar sind, stellt er im Anschluss an diese Statements jeweils klarstellende Fragen.

Die Eröffnungssitzung kann also etwa wie folgt ablaufen:

- Einführung durch den Mediator, die Beteiligten stellen sich namentlich vor,
- der Mediator klärt über den Verfahrensablauf auf, gibt bekannt, wie viel Zeit zur Verfügung steht,
- Eröffnungsstatements der Parteien oder der Anwälte,
- klarstellende Fragen des Mediators,
- Aufheben der gemeinsamen Sitzung und interne Verhandlung mit und in den einzelnen Gruppen.

4. Mit getrennten Gruppen verhandeln

Weitere Diskussionen in der Gesamtgruppe führen häufig zu einer Verschlechterung des Verhandlungsklimas. Dementsprechend sollte der Mediator auf eine Trennung der Gruppen bestehen. Er begibt sich zuerst zu der einen, dann zu der anderen Gruppe und versucht eine Einigung auszuloten. Möglicherweise kommt es zu einer Art „shuttle diplomacy“.

Nur in speziellen Fällen wird der Mediator die Gruppen wieder zu weiteren Verhandlungen zusammenbringen.

a) Vorteile einer Trennung der Parteien

Durch die Trennung sollen verschiedene Dinge erreicht werden:

Der Mediator kann nach sensitiven Informationen fragen, die nicht in Gegenwart der anderen Partei erörtert werden können. Zudem erhält er direkten Zugang zu den Beteiligten, ohne über die Anwälte kommunizieren zu müssen. Die Parteien können in den getrennten Sitzungen weiter und erleichtert ihrem Unmut Platz machen, ohne dass deshalb Eskalation droht. Der Mediator kann Sympathie für die Probleme einer Partei zeigen, ohne die andere an seiner Neutralität zweifeln zu lassen.

Zuletzt kann der Mediator erforschen, was bisher einer Einigung entgegenstand. Dazu kann er die Prioritäten der Parteien erfragen, insbesondere inwieweit diese bereit sind, von ihren Positionen abzugehen.

Insgesamt sollte der Mediator Vertrauen und Optimismus aufbauen. Eine jede positive Geste der anderen Seite sollte er als solche hervorheben. Die einzelne Partei wird sich regelmäßig erst dann auf die andere zu bewegen, wenn sie an die Einigungs- und Kompromissbereitschaft der anderen Seite glaubt.

b) Wann sollte (erneut) gemeinsam verhandelt werden?

Erneute gemeinsame Sitzungen können das Verhandlungsklima verschlechtern und stellen sich vor allem im Blick auf die zeitliche Komponente als nicht effektiv dar. Dies gilt in Fällen, in denen starke Emotionen im Spiel sind und sich die Beteiligten dem vernünftigen, ruhigen Gespräch verweigern, was bei obligatorischen Schlichtungen häufig der Fall sein dürfte. Auch kommt es regelmäßig zu internen Verhandlungen innerhalb einer Gruppe, wie etwa zwischen Rechtsanwalt und Mandant, die durch die Anwesenheit der Gegenseite erschwert werden.

Hat es ein Mediator dagegen mit gut ausgebildeten, vernünftigen und wirtschaftlich denkenden Menschen zu tun und sind interne Verhandlungen innerhalb der Gruppen kaum erforderlich, so kann er auf die Trennung der Gruppen verzichten.

Ähnliches wird gelten, wenn die Parteien künftig erneut zusammenarbeiten werden, also eine dauerhafte Beziehung fortgeführt wird. Dann wird es in der Regel zu einer weiteren gemeinsamen Sitzung kommen, da die Parteien künftig ohnehin aufeinander treffen werden.³

c) Handhabung der Vertraulichkeit

Im Rahmen einer jeden Einzelsitzung sollte der Mediator klarstellen, dass er diejenigen Informationen nicht an die andere Seite weitergeben wird, die ihm als vertraulich gekennzeichnet werden. Nur vor diesem Hintergrund werden die Parteien problematische Informationen preisgeben und mitteilen bis zu welchem Punkt sie gegebenenfalls nachgeben würden.

5. Hindernisse einer Einigung: Interventionen des Mediators

Falls sich nach der ersten Vermittlungsrunde noch keine Einigung abzeichnet, kann der Mediator auf die Parteien einwirken, um die Forderungen der Parteien einander anzunähern und so den Einigungsbereich zu vergrößern.

a) Realitätstest

Bekanntlich glauben in der Regel beide Seiten eines Rechtsstreits, ihre Chance zu gewinnen liege über 50 %. Die Parteien sind also zu optimistisch. Dies mag an der verinnerlichten und an sich zutreffenden Erkenntnis liegen, dass derjenige, der optimistisch gestimmt ist, bessere Chancen auf ein gutes Verhandlungsergebnis hat. Experimentelle Studien haben dies wiederholt erwiesen.⁴ Wer also an seinen Erfolg glaubt, verhandelt besser, und weil die Menschen dies wissen, pflegen sie einen sozusagen chronischen Optimismus. Der Nachteil eines solchen Zweckoptimismus liegt darin, dass dieser Chancen auf eine Einigung verbaut, falls die andere Partei sich hiervon nicht beeindruckt lässt oder ebenfalls zweckoptimistisch ist.

³ Angemerkt sei, dass Mediatoren, die einen transformativen oder therapeutischen Ansatz – etwa im Bereich der Familienmediation – verfolgen, weitgehend auf eine Trennung der Parteien verzichten; vgl. *G. Friedman, A Guide to Divorce Mediation*, 1993, S. 279 ff.

⁴ Siehe *D. Golan, Mediating Legal Disputes*, 1996, S. 223 ff.

Will der Mediator die Chancen auf eine Einigung erhöhen, so muss er einerseits das Vertrauen in die Einigungsbereitschaft der anderen Seite stärken und zum anderen jeder Partei die Schwächen ihrer Argumentation aufzeigen. Er wirkt damit gewissermaßen als „agent of reality“, wie es in der amerikanischen Literatur zum Thema heißt. Auf diese Weise werden die Parteien einander angenähert.

Der Mediator sollte dabei eher Fragen stellen, als seine eigene Einschätzung davon bekannt geben, wie ein Gericht oder gar er selbst entscheiden würde. Eine solche harte Strategie mag nur als letzter Ausweg versucht werden, wenn die Verhandlungen an einer offensichtlich uneinsichtigen Partei oder infolge einer deutlich falschen Einschätzung der Rechtslage zu scheitern drohen.

Die eigene Meinung oder auch nur die Vermutung über eine zu erwartende Gerichtsentscheidung sollte der Mediator allenfalls in einem späten Stadium der Verhandlungen preisgeben. Jedenfalls muss zu diesem Zeitpunkt ein Vertrauensverhältnis zum Mediator entstanden sein; denn eine Evaluation des Falles erschüttert regelmäßig das Vertrauen der Parteien in die Neutralität des Mediators.

Falls der Mediator sich zu einer solchen Vorgehensweise entschließt, sollte er dabei redlich vorgehen:

– Weder sollte er diejenige Strategie anwenden, zu der einzelne Richter gelegentlich neigen sollen, nämlich die Erfolgsaussichten einer jeden Partei als besonders schlecht und nachgerade aussichtslos darzustellen, um eine Einigung zu erreichen. Vielmehr sollte der Mediator nur diejenige Einigung anstreben, die die Parteien auf der Basis einer redlichen Information durch den Mediator für ihre beste Handlungsalternative halten.

– Noch sollte der Mediator, falls er seine Einschätzung einer „gerechten Einigung“ bekannt gibt, diese dahingehend manipulieren, dass diese in den Einigungsbereich fällt. Denn die Einigung als solche stellt keinen eigenen Wert dar, ist vielmehr Mittel zum Zweck. Zweck der Mediation bzw. der Schlichtung – wie auch der Vertragsfreiheit – ist es aber, den Parteien selbst eine Einigung zu ermöglichen, falls diese die für sie beste Handlungsalternative darstellt. Eine solche Entscheidung der Parteien hat aber nur dann die Vermutung der Richtigkeit für sich, falls diese auf der Basis einer korrekten Information erfolgt.

Insgesamt sollte der Mediator mit einer geringen Eingriffintensität beginnen und nicht versuchen, die Sache abzukürzen, indem er sogleich dasjenige bekannt gibt, was er für eine gerechte Einigung hält; denn Verhandeln und Mediation kann als ein Ritual der Beteiligung beschrieben werden. Den Realitätstest wird der Mediator in der Regel erst dann einbringen, wenn seine erste Vermittlungsrunde erfolglos war, weil die Vorstellungen der Parteien von einer Einigung zu stark auseinander liegen.

b) Psychologische Faktoren

Die Parteien mögen sich aus verschiedenen Gründen – scheinbar – nicht rational verhalten und eine dem Mediator interessengerecht erscheinende Lösung verweigern. Es können etwa versteckt gebliebene Interessen durch die mögliche Einigung noch nicht befriedigt sein. Eine Partei könnte zum Beispiel das Gefühl haben, die andere Seite habe ihr Ehrgefühl verletzt, sie respektlos behandelt. In diesem Fall muss unter Umständen eine – zumindest teilweise – Entschuldigung Inhalt der Einigung werden. Hier wird der Mediator um

gelegentlich heikle Verhandlungen nicht herumkommen. Das Problem wird häufig schon darin bestehen herauszufinden, was die gekränkte Partei haben will, was ihr also noch fehlt. Dazu muss der Mediator in erster Linie so genannte offene Fragen stellen, d.h. Fragen, die weder mit Ja noch mit Nein beantwortet werden können.

Im Rahmen dieses Beitrages kann insoweit keine umfassende Erörterung erfolgen. Immerhin sollten Mediatoren bedenken, dass es bei vielen Streitigkeiten auch oder in erster Linie um psychologischen Faktoren geht, die der Mediator mit berücksichtigen muss. Einige wichtige Grundaspekte sollen im Folgenden angesprochen werden.

(aa) *Selektive Wahrnehmung*

Das Phänomen der selektiven Wahrnehmung belegen vielfältige psychologische Forschungen. Hat sich eine Partei auf eine Position, d.h. auf ein bestimmtes Ergebnis festgelegt, so ist nicht selten eine selektive Wahrnehmung die Folge. Wohl weil der Mensch eine konsistente Weltansicht bewahren will, fällt es ihm schwer, Informationen unvoreingenommen wahrzunehmen, die seiner bisherigen Sicht der Dinge widersprechen. Infolge dieses Phänomens filtern Parteien in Verhandlungen – wohl eher unbewusst – die angebotenen Informationen und lassen in erster Linie diejenigen Daten in ihr Bewusstsein eindringen, die ihre eigene Sicht der Dinge bestätigen.⁵

In vielen Rechtsstreitigkeiten wird dies mehr als deutlich: die Parteien beginnen mit einer festgelegten Sicht der Dinge und einer negativen Auffassung von ihrem Gegner. In der Folge weigern sie sich, Informationen wahrzunehmen, die dem widersprechen; dem unbeteiligten Beobachter erscheinen diese Parteien dann als uneinsichtig.

Die Reaktion des Mediators muss darin bestehen, den Parteien missliebige Informationen nahe zu bringen, was in erster Linie durch – gegebenenfalls sogar regelmäßiges – Wiederholen der fraglichen Tatsachen erfolgen kann.

Zudem verfolgen bereits die Eröffnungsplädoyers in Anwesenheit der Gegenseite (unter anderem) den Zweck, die Parteien mit der Argumentation der anderen Seite bekannt zu machen. Sodann kann der Mediator mit jeder Seite den Sachverhalt durchgehen und dort hinterfragen, wo missliebige Informationen ausgelassen wurden oder sich Lücken in der Argumentation zeigen. Hilfreich kann es auch sein, eine Seite zu bitten, sie möge die Argumentation der anderen Seite zusammenfassen und wiederholen. Auch die Frage, was die andere Seite auf ein bestimmtes Argument entgegenen würde, kann von Nutzen sein. Die betreffende Partei ist dann gezwungen, sich mit dem Problem aus der Perspektive der anderen Seite zu beschäftigen.

(bb) *Reaktive Abwertung*

Ein weiteres psychologisches Phänomen wird mit dem Begriff reaktive Abwertung gekennzeichnet. Untersuchungen haben gezeigt, dass ein Vorschlag, der vom Gegner kommt, eine negativere Reaktion und Einschätzung hervorruft, als dies bei Vorschlägen aus dem eigenen Lager oder von neutraler Seite der Fall ist. Das läuft auf die Annahme hinaus, dass dasjenige, was ein Gegner anbietet, nicht von Wert sein kann. Ein und derselbe Vorschlag kann daher ganz unterschiedliche Reaktionen und Einschätzungen hervorrufen, je nachdem von wem dieser Vorschlag stammt.⁶

⁵ Siehe D. Golan, *Mediating Legal Disputes*, 1996, S. 200 f.

⁶ Siehe D. Golan, *Mediating Legal Disputes*, 1996, S. 201.

Weil viele Verhandler dies erahnen, vermeiden sie, von sich aus etwas anzubieten. Wenn gleichwohl ein Kompromiss erörtert wird, so muss er als ihnen abgerungen erscheinen. Geschickte Verhandler betonen bei jedem Nachgeben, wie schmerzhaft dies für sie sei, um die andere Seite zu einer positiven Würdigung dieses Zugeständnisses zu veranlassen. Diese Taktik, sich jedes Zugeständnis abringen zu lassen, führt natürlich zu mühseligen und langwierigen Verhandlungen. Vor allem dort, wo keine objektiven Standards verfügbar oder bekannt sind, wird so verfahren. Das lamentierende Nachgeben ist eine der Grundregeln, welche das basarartige Verhandeln kennzeichnen.

Die möglichen Reaktionen des Mediators liegen auf der Hand:

Zunächst und vor allem kann er Vorschläge als die seinigen präsentieren (das Phänomen wirkt auch dann, wenn der Mediator als Bote erscheint). Des Weiteren kann er die Vorzüge eines bestimmten Kompromisses erörtern, bevor den Zuhörern bekannt ist, von wem dieser Vorschlag stammt oder er kann eine Mehrzahl relativ ähnlicher Kompromisse anbieten, ohne bekannt zu geben, welche Lösung die andere Seite favorisiert. Zuletzt kann er die negative Wirkung einer reaktiven Abwertung verringern, indem er seine neutrale Meinung zu den Vorteilen eines bestimmten Angebots abgibt.

(cc) *Verlust-Vermeidung*

Psychologische Studien haben gezeigt, dass die Menschen hohe Risiken eingehen, um das zu vermeiden, was sie – rein subjektiv – als einen „Verlust“ empfinden, während sie bei weitem nicht so viel riskieren, um einen identischen „Gewinn“ zu erzielen. Dieses Phänomen (loss aversion) spielt bei Verhandlungen eine Rolle und muss berücksichtigt werden. Eine Partei wird etwa hart kämpfen, um eine Zahlung zu vermeiden, die ihr als ein Verlust in diesem Sinne erscheint.

Was danach genau einen „Verlust“ darstellt, mag ganz unterschiedlich empfunden werden. Häufig legt sich eine Partei auf einen ganz bestimmten Punkt fest, nicht selten auch auf weniger wichtige Randpunkte. Das Verhalten mag dem Außenstehenden dann als irrational erscheinen. Will der Mediator die betreffende Partei in diesem Punkt zu einem Nachgeben bewegen, so wird dies der anderen Partei hohe Kosten aufbürden. In Verbindung mit dem Phänomen der selektiven Wahrnehmung führt Verlust-Vermeidung im Übrigen dazu, dass Parteien die Wahrnehmung von Informationen tendenziell ausblenden, wenn diese zu einem „Verlust“ führen.

Hat etwa ein Anwalt seiner Partei eine Summe genannt, die erzielt werden kann, so erscheint der Partei häufig ein geringerer Betrag als ein Verlust. Was als „Verlust“ empfunden wird, scheint sich also danach zu richten, was die betreffende Partei zunächst erhofft hat, auf was sie sich sozusagen eingestellt hat.

Für den Mediator bedeutet dies, dass er sein Einigungspaket so schnüren muss, dass subjektiv als solche wahrgenommenen Verluste vermieden werden. Dazu muss er die inneren Festlegungen der Parteien zunächst erkennen und akzeptieren, dass es ein aufwendiges Unterfangen darstellt, solche in Frage zu stellen.

Eine spezielle Ausprägung dieses Phänomens stellt das Problem der so genannten „sunk costs“ dar.⁷ Viele Menschen rechnen stets mit den Kosten, die sie bereits aufgewendet

⁷ Siehe *D. Golan*, *Mediating Legal Disputes*, 1996, S. 203 f.; *F. Haft*, *Verhandlung und Mediation*, 2. Aufl. 2000, S. 197 ff. spricht von Verstrickung.

haben. Betriebswirtschaftlich gilt dies als Fehler, weil für eine rationale Entscheidung nur künftige Kosten gegen künftige Gewinnchancen abgewogen werden dürfen. Die in der Vergangenheit aufgewendeten Kosten sind eben „sunk“, also gesunken und somit nicht mehr relevant. Demgegenüber werfen viele Menschen die bereits getätigten und künftigen Kosten in einen Topf, unterscheiden also nicht zwischen bereits aufgewendeten Kosten und künftigen Investitionen. In Geschäftsdingen unerfahrene Menschen wollen vor allem das Gefühl vermeiden, verloren zu haben. Sie wollen sich z.B. nicht auf einen Betrag einigen, der unterhalb des Betrages liegt, den sie bereits ausgegeben haben. Insbesondere wollen sie sich nicht auf einen Betrag einigen, der weniger als dasjenige darstellt, was sie bereits an Anwalts- und Gerichtskosten verauslagt haben. Sie glauben, sie hätten schon „zu viel investiert“, um jetzt noch aufzugeben. Solche Personen neigen dazu, weiteres Geld und weitere Mühe in aussichtslose Streitigkeiten zu investieren. Der Mediator kann hier entgegenwirken, indem er bereits aufgewendete Kosten und künftige Investitionen deutlich unterscheidet. Erinnerung sei an den bekannten Satz, wonach man kein gutes Geld dem schlechten hinterher werfen solle.

6. Mediation und verhandlungstechnisches Leitbild

So wie sich die Charaktere der Menschen unterscheiden, so unterscheidet sich auch die Art und Weise, wie diese verhandeln. In der Literatur zum Thema Verhandlungstechnik werden verschiedene Stilrichtungen unterschieden. Die zwei Wesentlichen sollen hier vorgestellt werden.

a) Kompetitive Verhandlungsstrategie

Die zunächst zu schildernde Art der Verhandlungsführung wird heute überwiegend kritisch behandelt. Es geht um eine Art der Verhandlungsführung, wie sie allerdings in der Realität häufig zu finden ist und die als kompetitive Verhandlungsstrategie bezeichnet werden kann. Danach beschreibt sich der Vorgang des Verhandeln wie folgt:

Die Parteien gehen mit einer bestimmten Position in die Verhandlung. Jeder Beteiligte nennt seine Position und sodann beginnt ein Kampf zwischen den Parteien, in dem es darum geht, welcher der beiden Kontrahenten sich durchsetzt. Wenn zwei solche Verhandler zusammentreffen, findet ein Ringen bzw. Feilschen statt. Jeder stellt seine Forderung („Position“) und gibt dann in kleinen Schritten nach, falls eine Einigung von beiden Seiten gewollt ist. Die Einigung kommt zustande, wenn es gelingt, sich irgendwo in der Mitte zu treffen. Wenn beide Kontrahenten die Technik des Feilschens gleich gut beherrschen und im selben Maße einer Einigung bedürfen, so wird die Einigung häufig auf ein „split the difference“ hinauslaufen. Der Unterschiedsbetrag, sofern es um Geld geht, wird schlicht geteilt.⁸

b) Kooperative Verhandlungsstrategie

Dem vorstehenden kämpferischen, kompetitiven Verhandlungsstil haben Professoren der Harvard Law School ein diametral anderes Konzept entgegengesetzt.⁹ Danach soll der

⁸ Siehe zu dieser Art der Verhandlungsführung *H. Raiffa*, *The Art & Science of Negotiation*, 1982, S. 44 ff. und (knapper) *D. Lax/J. Sebenius*, *The Manager as Negotiator*, 1986, S. 32 f. sowie *R. Lebow*, *The Art of Bargaining*, 1996.

⁹ Siehe *W. Ury/J. Brett/S. Goldberg*, *Getting Disputes Resolved*, 1988; *R. Fisher/W. Ury/B. Patton*, *Getting to Yes*, 1991; *R. Fisher/E. Kopelman/A. Schneider*, *Beyond Machiavelli, Tools for Coping with Conflict*, 1994.

Teamgedanke im Vordergrund stehen. Die Verhandlungsteilnehmer sollen sich nicht als Gegner (eine dann zu vermeidende Formulierung) empfinden, sich vielmehr gemeinsam um das Lösen von Problemen bemühen.

Nach diesem Konzept gehen die Parteien ohne eine bestimmte Position in die Verhandlung. Es soll vielmehr über die Interessen der Parteien gesprochen werden. Auf der Basis der Interessen soll eine mögliche Problemlösung versucht werden. Ein solches rein sachbezogenes Verhandeln lässt eine optimale Ausbeute an Kooperationsgewinnen für beide Parteien erhoffen.

Dabei soll die Entscheidung weniger durch ein freies Spiel der Kräfte herbeigeführt werden, als vielmehr durch Anwendung objektiver Standards. Mit Standards sind objektive Kriterien gemeint, die außerhalb des Willensbereiches einer der Parteien liegen. Die Entscheidung zwischen der Vielzahl der Optionen soll also anhand von objektiven Kriterien, wie etwa Marktpreis, bisherige Übung, Präzedenzfälle, Gleichbehandlung oder gesetzlich vorgeschlagene Lösungen erfolgen. Damit soll ein Wettbewerb der Egos vermieden werden und eine sachgerechte, intelligente Lösung erzielt werden.

c) Fragetechnik

Ein Mediator, der die Parteien zu einer kooperativen Verhandlungsführung motivieren will, wird dies in erster Linie tun, indem er gezielte Fragen stellt. Er fragt also – etwa im Rahmen der Einzelsitzungen mit den Parteien –, weshalb eine bestimmte Position in den Raum gestellt wurde, welche Interessen und Präferenzen also hinter dieser Position stehen. Auf diese Weise kann er eine Art Wunschliste erstellen, die die Interessen und Prioritäten jeder Seite enthält. Auch kann er versuchen, objektive Standards durch entsprechende Fragen zu erkunden, um diese dann der anderen Seite nahe zu bringen.

d) Verhandlungstechnisches Leitbild?

Solche Interventionen stellen ein wichtiges Element der Verhandlungsführung durch den Mediator dar. Gleichwohl sollten sich Schlichter und Mediatoren regelmäßig keinem bestimmten verhandlungstechnischen Leitbild in dem Sinne verschreiben, dass sie dieses zwingend durchzusetzen versuchen. Es muss den Beteiligten selbst überlassen bleiben, wie sie ihre Interessen bestmöglich zu verwirklichen wünschen. Ein mediativ tätig werdender Verhandlungsleiter sollte den Beteiligten insbesondere dort, wo seine Dienstleistung gesetzlich erzwungen ist, kein bestimmtes verhandlungstechnisches Konzept vorschreiben. Denn zum einen liegen einem jeden verhandlungstechnischen Leitbild bestimmte weltanschauliche Grundannahmen zugrunde und zum anderen basiert die Idee der Schlichtung bzw. Mediation auf der Annahme, dass die Parteien eigenverantwortlich eine Lösung entwickeln, sodass für eine paternalistische Art der Verhandlungsführung kein Raum bleibt.¹⁰

7. Notar als Mediator

Ob ein Mediator erfolgreich verhandelt, wird vielfach von seiner Erfahrung und der daraus folgenden Intuition abhängen. Nachdem Notare traditionell als unparteiliche Berater tätig werden, können sie insoweit – wie sonst wohl keine Berufsgruppe – auf einen reichen Erfahrungsschatz zurückgreifen. Eine Beschäftigung mit Fragen der Verhandlungstechnik mag gleichwohl Aspekte aufzeigen, die gerade für die spezielle Situation der Schlichtung eine optimierte Vorgehensweise ermöglichen.

¹⁰ Siehe im Einzelnen R. Walz, Zum verhandlungstechnischen Leitbild der Notare, in K. von Schlieffen/B. Wegmann, Mediation für Notare (demnächst erscheinend).

Das Nachbarrecht in der Schlichtung

Von Notar Dr. Peter Götz, Regensburg

Die Überschrift bedarf einer Erläuterung. Eigentlich ging ich zunächst bei der Konzeption dieses Aufsatzes und auch bei der Vorbereitung der Vorträge im Rahmen der vom Bayerischen Notarverein veranstalteten „Einführung in die Schlichtung“ davon aus, dass § 15a EGZPO in der Ziffer 2 seines ersten Absatzes nur einen Teil des nachbarrechtlichen Streitpotenzials in die Schlichtung einbezogen hat, alle anderen Bereiche des Nachbarrechts aber nicht der Schlichtung unterfallen. Eine genauere Lektüre von § 15a EGZPO hat mich aber eines Besseren belehrt. Wir werden später sehen, dass diejenigen nachbarrechtlichen Bereiche, die nicht durch § 15a Abs. 1 Ziff. 2 EGZPO in die Schlichtung einbezogen sind, zumindest gemäß § 15a Abs. 1 Ziff. 1 EGZPO als „vermögensrechtliche Streitigkeiten“ geschlichtet werden können und müssen. Der Unterschied besteht nur darin, dass bei § 15a Abs. 1 Ziff. 1 EGZPO der Streitwert auf 1.500,- DM begrenzt ist, bei Abs. 2 Ziff. 2 EGZPO aber die amtsgerichtliche Streitwertgrenze von DM 10.000,- (§ 23 Ziff. 1 GVG) gilt. Ob diese gesetzgeberische Zweiteilung sinnvoll ist, wage ich zu bezweifeln. Sie kann aber nicht Gegenstand der Diskussion in diesem Aufsatz sein. Wichtig ist nur, dass wir erkennen, dass

letztlich das gesamte Nachbarrecht – mit Ausnahme der Einwirkungen gemäß § 906 BGB, die von einem Gewerbebetrieb herrühren – der Schlichtung überantwortet ist. Gleichwohl – auch deswegen diese Vorrede – habe ich das Themenspektrum dieses Aufsatzes nicht erweitert, sondern es im Wesentlichen bei den in § 15a Abs. 1 Ziff. 2 EGZPO benannten Gegenständen belassen. Andernfalls wäre aus diesem Aufsatz ein Kurzlehrbuch über das Nachbarrecht geworden. Dies sollte er aber gerade nicht werden.

A. Was ist Nachbarrecht

Die Funktion des Nachbarrechts ist bereits in § 903 BGB angelegt. Gemäß § 903 BGB kann der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Der Eigentümer kann also sein Eigentum beliebig nutzen und er kann anderen Personen Handlungen verbieten, die diese beliebige Nutzung stören. Diese Rechte existieren natürlich auch im Verhältnis zum

unmittelbar oder zumindest mittelbar angrenzenden Nachbar. Diesem aber stehen die gleichen Rechte zu. Es kommt daher zu einer „eigenartigen Situation“¹: „Könnten beide von ihren in § 903 BGB eingeräumten Rechten uneingeschränkt Gebrauch machen, wäre ein Patt in Form gegenseitiger Blockade in der Nutzung der Grundstücke die Folge“². Die Vereinigung der positiven und negativen Eigentumsbefugnisse ist im Liegenschaftsrecht nämlich prinzipiell unmöglich³.

Um diese gegenseitige Blockade zu verhindern, hat der Gesetzgeber Vorschriften geschaffen, die die betroffenen Eigentümer zu einem Ausgleich hinsichtlich ihrer Rechte aus § 903 BGB zwingen: Das Nachbarrecht. Es soll das Zusammenleben der Nachbarn auf friedliche Weise ermöglichen, indem die Rechte und Pflichten der Eigentümer zu einem vernünftigen Ausgleich gebracht werden. Dabei soll eine möglichst umfassende Nutzungsintensität der Grundstücke erreicht werden.

Nachbarrecht war früher im Wesentlichen Privatrecht. Schwerpunkt dieses zivilrechtlichen Nachbarrechts sind §§ 904 ff. BGB sowie die aufgrund von Art. 124 EGBGB erlassenen landesrechtlichen Vorschriften der Art. 43 ff. AGBGB. Die im AGBGB enthaltenen Vorschriften des Bayerischen Nachbarrechts sind keine umfassende Regelung des nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnisses, wie es durch die Nachbarrechtsgesetze einiger anderer Bundesländer angestrebt wurde. Die in anderen Bundesländern bis zum Erlass der jeweiligen Nachbarrechtsgesetze vorhandene Rechtszersplitterung gab es in Bayern im Wesentlichen nicht. Nur Coburg hatte ein eigenes Nachbarrecht. Für eine umfassende Neuregelung bestand deshalb in Bayern kein Bedürfnis, als das AGBGB im Jahr 1982 mit Wirkung zum 01.01.1983 neu gefasst wurde.

Neben diesem privatrechtlichen Nachbarrecht entwickelte sich in den letzten Jahrzehnten auch im öffentlich-rechtlichen Bereich Nachbarrecht, das immer mehr an Bedeutung gewann. Aus diesem Grund besteht im nachbarschaftlichen Bereich eine Gemengelage aus Zivilrecht und öffentlichem Recht, die teilweise nur mehr schwer überschaubar ist. Die dadurch verursachten Probleme sind noch nicht völlig geklärt⁴.

¹ Peine Jus 1987, 170.

² Peine a.a.O.

³ Kleindienst, Der privatrechtliche Immissionsschutz nach § 906 BGB, Tübingen (1964), S. 9.

⁴ Wer sich mit diesem rechtlich äußerst interessanten Gebiet beschäftigen will, sei auf die im Folgenden aufgeführten Literaturstellen verwiesen: Schapp, Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Nachbarrecht, Berlin 1978; Dehner, Nachbarrecht des Bundesgebiets (Loseblatt) A § 7; Meisner-Ring-Götz Nachbarrecht in Bayern, 7. Auflage, München 1986, §§ 39–44; Kleinlein, Das System des Nachbarrechts, 1987; Lorentz, Das Verhältnis von Bundesimmissionsschutzrecht und privatem Recht, Dissertation 1980; Gerlach Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechtes, Berlin 1989; Pfeiffer, Die Bedeutung des privatrechtlichen Immissionsschutzes, Frankfurt a. M. 1987; Kleinlein NVwZ 1982, 668; Mühl, Festschrift für Baur (1981), 85 ff.; Gerlach, Die Grundstrukturen des privaten Umweltrechts im Spannungsverhältnis zum öffentlichen Recht, JZ 1988 161 ff.; Hagen, Privates Immissionsschutzrecht und öffentliches Baurecht, NVwZ 1991, 817 ff.; Peine, Öffentliches und privates Nachbarrecht, JuS 1987, 169 ff.; Fritzsche, Die Durchsetzung nachbarschützender Auflagen über zivilrechtliche Abwehransprüche, NJW 1995, 1121 ff.; Geiger, Zum Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Nachbarrecht, JA 1989, 454 ff. Einen Überblick bietet Stadler, Das Nachbarrecht in Bayern, 6. Auflage (2000) Kapitel 14. Herrn Werner Stadler, Präsident des Landgerichts Memmingen und dem Richard Boorberg Verlag danke ich an dieser Stelle für die Überlassung des Vorabdrucks der 6. Auflage sehr herzlich.

Das Verhältnis zwischen dem AGBGB 1899 und dem durch das AGBGB 1982 normierten neuen Nachbarrecht wird durch Art. 78 AGBGB 1982 und die darin enthaltene *Rechtswirkungsklausel* bestimmt. Danach bleiben die aufgrund der früheren Vorschriften eingetretenen Rechtswirkungen unberührt. Sie werden mit dem Inhalt übernommen, den sie zum 31.12.1982 hatten.

Während bereits durch das AGBGB 1899 für das gesamte damalige Bayern ein einheitliches Nachbarrecht geschaffen wurde, galten auch nach der Eingliederung Coburgs in das bayerische Staatsgebiet in Coburg die nachbarschaftlichen Vorschriften von Art. 24 des Coburgischen AGBGB. Gemäß Art. 80 Abs. 2 Nr. 14 a AGBGB 1982 sind diese Regelungen mit Wirkung zum 01.01.1983 aufgehoben, sodass nunmehr in ganz Bayern ein einheitliches Nachbarrecht gilt. Teilweise hat das alte Coburgische Nachbarrecht jedoch noch für die Auslegung von Grunddienstbarkeiten und für alte, vor dem 1.1.1983 errichtete Ansprüche Bedeutung. Das alte Coburgische Nachbarrecht ist daher in diesem Sonderheft ebenfalls abgedruckt⁵.

Das öffentliche Nachbarrecht ist vor allem im Bereich des Baurechts, also des BauGB und der BayBO, niedergelegt, im BImSchG, im BayImSchG, im Gaststättenrecht, im Wasserrecht, also im Wasserhaushaltsgesetz und im BayWG, und im AtomG. Auf diese im Wesentlichen gewerblich geprägten Bereiche des Nachbarrechts wird in diesem Zusammenhang nicht weiter eingegangen werden, da sie auch nicht Gegenstand des Schlichtungsverfahrens sind⁶.

B. § 15a EGZPO und das Schlichtungsgesetz

1. Aus dem Bereich des damit kurz umrissenen Nachbarrechts hat der Bundesgesetzgeber in § 15a Absatz 1 Ziff. 2 EGZPO dem Landesgesetzgeber die Möglichkeit gegeben, „Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Nachbarrecht nach den §§ 910, 911, 923 BGB und nach § 906 des Bürgerlichen Gesetzbuches sowie nach den landesgesetzlichen Vorschriften im Sinne des Art. 124 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch, sofern es sich nicht um Einwirkungen von einem gewerblichen Betrieb handelt“, der Schlichtung zu überantworten. Daneben sind allerdings nachbarschaftliche Streitigkeiten als vermögensrechtliche Streitigkeiten auch gemäß § 15a Absatz 1 Ziff. 1 EGZPO der Schlichtung unterworfen, also Schadensersatzansprüche zwischen Nachbarn, Aufwendungsersatzansprüche und alle anderen Ansprüche, die als vermögensrechtlich einzuordnen sind, insbesondere also auch Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche aus § 1004 BGB, soweit sie nicht in Zusammenhang stehen mit Einwirkungen aus § 906 BGB, Streitigkeiten über den Inhalt von Grunddienstbarkeiten, über den Anspruch auf Einräumung von Notwegerechten und Leitungsrechten sowie Grenzstreitigkeiten⁷. Da vermögensrechtliche Streitigkeiten alle Streitigkeiten sind außer denen, die als nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten zu qualifizieren sind⁸, unterfallen

⁵ Einzelheiten: Meisner-Ring-Götz Einleitung Rdnr. 3.

⁶ Vgl. hierzu aber: Dehner A § 7 ff. und B § 39 ff.; Birkl, Nachbarrecht im Bau-, Umwelt- und Zivilrecht; Meisner-Ring-Götz §§ 39–44; einen kurzen Überblick bieten Stadler a.a.O. Kapitel 14 und Bayer-Lindner-Grziwotz, Bayerisches Nachbarrecht, 2. Auflage (1994), Kapitel 12.

⁷ Vgl. Stadler Kapitel 13 a Abschnitt 1.

⁸ Vgl. Zöller, ZPO (1993), § 546 Rdnr. 2 f.

praktisch alle Streitigkeiten zwischen Nachbarn der Schlichtung als Prozessvoraussetzung. Soweit derartige Ansprüche auch die Voraussetzungen von § 15a Abs. 1 Nr. 2 EGZPO erfüllen, sind sie ohne Rücksicht auf die Streitwertbegrenzung von 1.500,- DM in die Schlichtung einbezogen. In allen Fällen muss aber der Streitwert im amtsgerichtlichen Zuständigkeitsbereich, also bis zum Betrag von 10.000,- DM, liegen (§ 23 Nr. 1 GVG). Dies ergibt sich zwar nicht aus § 15a Abs. 1 EGZPO. Hier wird nämlich die Einschränkung „vor dem Amtsgericht“ nur in Ziff. 1 genannt, während § 15a Abs. 1 Ziff. 2 EGZPO eine derartige Einschränkung nicht kennt. Bundesrechtlich wäre also der Landesgesetzgeber ermächtigt gewesen, hinsichtlich der in § 15a Abs. 1 Ziff. 2 EGZPO genannten Streitigkeiten die Schlichtung ohne jede Streitwertbegrenzung als Zulässigkeitsvoraussetzung einzuführen. Der bayerische Gesetzgeber hat aber insofern den Rahmen der Ermächtigungsnorm nicht ausgeschöpft. Er hat stattdessen in Art. 1 BaySchlG den sachlichen Umfang der obligatorischen Schlichtung ganz allgemein auf die amtsgerichtlichen Streitigkeiten eingeschränkt.

Die in § 15a Abs. 1 Ziff. 2 EGZPO gemachte Einschränkung, nach der Einwirkungen, die von einem gewerblichen Betrieb ausgehen, nicht zu schlichten sind, ist auf nachbarrechtliche Streitigkeiten im Rahmen von § 15a Abs. 1 Ziff. 1 EGZPO nicht anzuwenden. Der Gesetzgeber ging nämlich⁹ davon aus, dass Immissionen gemäß § 906 BGB dann nicht mehr vor einer allgemeinen Gütestelle verhandelt werden können, wenn sie gewerblich bedingt sind, da hier die persönlich geprägten nachbarlichen Beziehungen in der Regel nicht gegeben seien und im Übrigen häufig die Einschaltung von Sachverständigen sowie die Klärung schwieriger Rechtsfragen notwendig sei. Dies zeigt, dass die Einschränkung auf nicht-gewerbliche Einwirkungen nur im Zusammenhang mit § 906 BGB zu sehen ist. Sie gilt also schon nicht für die in § 15a Abs. 1 Ziff. 2 EGZPO genannten Streitigkeiten aus §§ 910, 911 und 923 BGB, umsoweniger für § 15a Abs. 1 Ziff. 1. EGZPO. Der bayerische Gesetzgeber hat dies in Art. 1 BaySchlG dadurch verdeutlicht, dass er in Ziff. 2a – Einwirkungen gemäß § 906 BGB – und in Ziff. 2e – Nachbarrechte gemäß Art. 43 ff. AGBGB – bestimmte, dass die Schlichtung nur dann Prozessvoraussetzung sei, „sofern es sich nicht um Einwirkungen von einem gewerblichen Betrieb handelt“¹⁰. Die in Art. 1 Ziff. 1 und in Art. 1 Ziff. 2 b) c) und d) BaySchlG angesprochenen Streitigkeiten stehen ausdrücklich nicht unter diesem Vorbehalt.

Im Einzelnen handelt es sich bei den gemäß Art. 1 BaySchlG der Schlichtung zugewiesenen Streitigkeiten um solche über Einwirkungen auf Nachbargrundstücke im Sinne von § 906 BGB, sofern sie nicht von einem gewerblichen Betrieb ausgehen (Art. 1 Nr. 2 a BaySchlG), Ansprüche wegen Überwuchses nach § 910 BGB und gegebenenfalls nach § 911 BGB (Art. 1 Nr. 2 b und c BaySchlG) und Ansprüche wegen eines Grenzbaumes nach § 923 BGB. Hierunter fällt auch der Kostenersatzanspruch nach § 923 Absatz 2 Satz 2 und 3 BGB¹¹.

⁹ Vgl. Drucksache 14/980 des Deutschen Bundestages.

¹⁰ Im Rahmen von Art. 43 ff. AGBGB sind „Einwirkungen“ von einem gewerblichen Betrieb kaum vorstellbar. Der Abstand von Pflanzen zur Grenze ist in jedem Falle auch dann keine gewerbliche Einwirkung, wenn die entsprechende Pflanze auf einem ansonsten gewerblich genutzten Grundstück steht, es sei denn, es handelt sich um eine Gärtnerei oder Ähnliches.

¹¹ Vgl. *Stadler* a.a.O. Kapitel 13 a/1.

Darüber hinaus unterfallen der Schlichtung Ansprüche wegen der in Artikel 43 bis 54 AGBGB geregelten Nachbarrechte, sofern es sich nicht um Einwirkungen von einem gewerblichen Betrieb handelt (Art. 1 Nr. 2 e BaySchlG). Der Schlichtung unterliegen also Streitigkeiten über Fensterrechte gemäß Art. 43 bis 45 AGBGB, über die Erhöhung einer Kommunnmauer gemäß Art. 46 AGBGB und über den Grenzabstand von Pflanzen gemäß Art. 47 bis 51 AGBGB, ebenso das Erlöschen von Anwenderechten gemäß Art. 53 AGBGB. Mit Ausnahme der Regeln über die Erhöhung einer Kommunnmauer und über das Erlöschen von Anwenderechten – das ist die Befugnis, bei der Bestellung landwirtschaftlicher Grundstücke die Grenze des Nachbargrundstücks zu überschreiten – sind diese Rechtsmaterien im Folgenden dargestellt¹².

Zu beachten ist, dass nachbarrechtliche Streitigkeiten zwischen Wohnungseigentümern nicht der Schlichtung unterfallen, da sie – obwohl auch zwischen WEG-Eigentümern Nachbarrecht gilt – gemäß § 43 ff. WEG der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnet sind¹³.

2. Unklar ist, was der Gesetzgeber in § 15a Absatz 1 Ziffer 2 EGZPO mit dem Begriff „Anspruch nach § 906 des Bürgerlichen Gesetzbuches“ meint. Ansprüche normiert § 906 BGB nämlich nur in seinem Absatz 2 Satz 2. Abwehrensprüche – insbesondere in Form des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs – normiert demgegenüber ausschließlich § 1004 BGB. § 906 Absatz 1 und § 906 Absatz 2 Satz 1 BGB bestimmen demgegenüber Duldungspflichten im Sinne von § 1004 Absatz 2 BGB. Daneben bestehen aber im Nachbarrecht nicht nur Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche, sondern unter Umständen auch Schadenersatzansprüche gemäß § 823 BGB und Aufwendungsersatzansprüche gemäß § 812 BGB oder nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Es drängt sich daher die Frage auf, ob all diese Ansprüche von der Ermächtigungsnorm des 15a Absatz 1 Ziffer 2 erfasst sind, weil sie noch als „Ansprüche aus dem Nachbarrecht nach § 906 des Bürgerlichen Gesetzbuches“ gelten können.

Diese Subsumtion versucht offensichtlich Art. 1 Ziffer 2a BaySchlG. Er ordnet nämlich der obligatorischen Schlichtung als Prozessvoraussetzung Streitigkeiten „über Ansprüche wegen der in § 906 geregelten Einwirkungen auf das Nachbargrundstück zu, sofern es sich nicht um Einwirkungen von einem gewerblichen Betrieb handelt“. Hier wird richtigerweise von Ansprüchen wegen der in § 906 BGB geregelten Einwirkungen gesprochen. Inwieweit allerdings der bayerische Gesetzgeber berechtigt ist, die prozessualen Voraussetzungen, die der Bundesgesetzgeber normiert hat, zu präzisieren, in gewisser Weise wohl auch zu erweitern, wird von *Stadler*¹⁴ bezweifelt. *Stadler* meint, dass die dem Sinn nach weitere Formulierung des BaySchlG nicht von der bundesrechtlichen Ermächtigung gedeckt sein dürfte. Dies hätte zur Folge, dass Geldansprüche im Schlichtungsverfahren nur bis zu einem Streitwert von 1.500,- DM nach Art. 1 Nr. 1 BaySchlG der Schlichtung zugeordnet sind, während damit unmittelbar zusammenhängende Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche bis zum Streitwert von 10.000,- DM in die

¹² Zur Erhöhung einer Kommunnmauer vgl. *Stadler* 4 C V; *Bayer-Lindner-Grziwotz* Kap. 2 E IV; *Meisner-Ring-Götz* § 9; und zum Erlöschen von anderen Anwenderechten vgl. *Stadler* Kap. 8 A; *Bayer-Lindner-Grziwotz* Kap. 6; *Meisner-Ring-Götz* § 26.

¹³ Vgl. unten bei Fn 90.

¹⁴ *Stadler* Kap. 13 a/1b).

Schlichtung einbezogen werden müssten. Dies halte ich nicht für richtig. Auch *Stadler* führt gegen seine eigene vorsichtig geäußerte Meinung („dürfte“) an, dass es bei einer weiten Auslegung von § 15a Abs. 1 Ziffer 2 EGZPO vernünftigerweise dazu kommt, dass der Nachbarstreit insgesamt und einheitlich Gegenstand der Schlichtung ist. Eine Schlichtung, bei der Teilaspekte des Streites in die Schlichtung einbezogen werden müssen, andere Aspekte aber aus der Schlichtung ausgeklammert sein sollen, kann sicherlich kaum zu einer befriedigenden Lösung führen. Für die weite Auslegung von § 15a Absatz 1 Ziff. 2 EGZPO und damit für eine Übereinstimmung des BaySchlG mit der Ermächtigungsnorm spricht darüber hinaus die insgesamt nicht sehr präzise Formulierung der Ermächtigungsnorm. Würde man sie nämlich wirklich ihrem Wortlaut entsprechend auslegen, würde sich § 15a Absatz 1 Ziff. 2 EGZPO tatsächlich nur auf die Ansprüche aus § 906 Absatz 2 Satz 2 BGB beschränken, eine Auslegung, die sicherlich der Intention des Bundesgesetzgebers zuwiderlaufen würde. Wenn man aber schon auslegen muss, dem Bundesgesetzgeber zuliebe, dann doch gleich richtig.

3. Natürlich unterwirft Art. 1 BaySchlG nur *privatrechtliche Streitigkeiten* der Schlichtung. Nun gibt es aber auch und gerade im nachbarrechtlichen Bereich öffentlich-rechtliche Streitigkeiten. Die Abgrenzung zwischen den öffentlich-rechtlichen und den privatrechtlichen Nachbarstreitigkeiten kann im Einzelnen schwierig sein. Die Rechtsprechung ist uneinheitlich. Abzugrenzen ist der zivilrechtliche Abwehranspruch gemäß § 1004 BGB vom öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch oder auch Folgenbeseitigungsanspruch, der vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden muss.

Für den BGH kommt es im Wesentlichen darauf an, ob sich die öffentliche Gewalt bei der Nutzung und Verwendung eines Grundstücks der besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient, insbesondere Verwaltungsakte erlässt, oder die Regeln des Privatrechts anwendet¹⁵.

So sind zum Beispiel Streitigkeiten über Immissionen von Volksfesten, privat betriebenen Müllplätzen, Fontänen, Freilichtbühnen oder Kurkonzerten in der Regel zivilrechtlich strukturiert und damit vor den Zivilgerichten klageweise geltend zu machen¹⁶. Entschädigungsansprüche nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB sind allerdings auch dann vor den Zivilgerichten geltend zu machen, wenn sie durch hoheitliches Handeln verursacht werden¹⁷.

4. Werden neben einem Anspruch nach Art. 1 BaySchlG noch weitere Ansprüche klageweise geltend gemacht, handelt es sich um eine objektive *Klagenhäufung* gemäß § 260 ZPO. In diesen Fällen ist wie folgt zu verfahren¹⁸.

Wird durch die Klagenhäufung – also bei Zusammenrechnung der Streitwerte – die Zuständigkeit des Amtsgerichts betragsmäßig überschritten, so entfällt das Schlichtungsverfahren. Das Gleiche gilt bei einer Zusammenrechnung von Ansprüchen, die gemäß Art. 1 Nr. 1 BaySchlG der Schlichtung unterfallen würden, sofern dadurch der Betrag von 1.500,- DM überschritten wird. Problematisch ist demgegenüber die Situation, wenn Ansprüche geltend gemacht wer-

den, die teils unter Art. 1 Nr. 1 BaySchlG, teils aber auch unter Art. 1 Nr. 2 BaySchlG subsumiert werden müssen. Ansprüche gemäß Art. 1 Nr. 1 BaySchlG und Art. 1 Nr. 2 BaySchlG werden betragsmäßig nicht zusammengezählt, so dass für jeden getrennt die Streitwertgrenze von 1.500,- DM bzw. 10.000,- DM zu prüfen ist. Eine Zusammenrechnung findet nicht statt. Fehlt das Schlichtungsverfahren für einen der beiden Ansprüche, so ist die Klage insgesamt unzulässig. Liegt der Anspruch, der gemäß Art. 1 Nr. 1 BaySchlG geltend gemacht wird, über dem Streitwert von 1.500,- DM, so ist nur für den Anspruch nach Art. 1 Nr. 2 BaySchlG das Schlichtungsverfahren notwendig¹⁹. Entsprechendes gilt natürlich dann, wenn bei Art. 1 Nr. 2 BaySchlG die amtsgerichtliche Streitwertgrenze von 10.000,- DM überschritten wird: die Schlichtung ist hier nur für den Anspruch gemäß Art. 1 Nr. 1 BaySchlG nötig.

5. Hält der Schlichter den sachlichen Anwendungsbereich nach Art. 1 BaySchlG nicht für gegeben, so hat er nach Art. 4 Abs. 2 BaySchlG ein Zeugnis auszustellen, das dem Gericht bei Klageerhebung vorzulegen ist. Damit wird nach der Begründung zu Art. 4 der Weg zum staatlichen Gericht frei; dieses Zeugnis ist für das Amtsgericht verbindlich. Dies ergibt sich aus der Formulierung von Art. 4 Abs. 2 BaySchlG, der darauf abstellt, dass der „Schlichter den sachlichen Anwendungsbereich für nicht eröffnet erachtet“: eine sehr auf das subjektive Verständnis des Schlichters hinweisende Formulierung. Ähnlich Subjektives gilt auch für die zweite Alternative des Art. 4 Abs. 2 BaySchlG, in der der Schlichter, und nur er selbst, ein Zeugnis ausstellt, wenn er die Angelegenheit für eine Schlichtung für ungeeignet erachtet.

Probleme könnten also nur dann auftauchen, wenn man die Voraussetzungen der Schlichtung ihrem sachlichen Anwendungsbereich nach irrtümlich für gegeben erachtet, später aber gerichtlich festgestellt wird, dass diese Annahme falsch war und durch die Verzögerung, die mit der Schlichtung einhergeht, einem der Beteiligten ein Schaden entstand. Ein Verjährungsschaden kann dies aber nicht sein, da gemäß § 209 Abs. 2 Ziffer. 1 a BGB die Geltendmachung eines Anspruchs durch einen Güteantrag bei einer Gütestelle der in § 794 Abs. 1 Nr. 1 der ZPO bezeichneten Art die Verjährung unterbricht. Die vor den aufgrund von § 15a EGZPO durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestellen geschlossenen Vergleiche gelten gemäß § 15a Abs. 6 EGZPO als Vergleiche im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Nach Art. 5 Abs. 3 BaySchlG ist jeder Notar eine Gütestelle nach § 15a Abs. 6 EGZPO.

C. Der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 BGB

1. Einwirkungen

Der Eigentümer kann gemäß § 903 BGB andere Personen von jeder Einwirkung auf die ihm gehörende Sache ausschließen, soweit nicht das Gesetz und Rechte Dritter entgegenstehen. Die rechtswidrige Einwirkung eines Dritten ist eine Störung des Eigentums. Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung des Besitzes – sonst gilt § 985 BGB – beeinträchtigt, steht dem Eigentümer der Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 BGB zu. Dieser Anspruch ist das fundamentale Abwehrrecht des Nachbarn, der sich gegen lästige Einwirkungen zur Wehr setzen will.

¹⁵ Vgl. *Dury* in: Handbuch der Grundstückspraxis Teil 13 Rdnr. 55; *Staudinger/Roth* § 906 Rdnr. 53 m.w.N.; *Meisner-Ring-Götz* § 34 Rdnr. 88 ff.; *Palandt-Bassenge* § 1004 Rdnr. 39

¹⁶ Vgl. etwa BGHZ 41, 264; BGH NJW 1976, 570.

¹⁷ *Palandt-Bassenge* § 106 Rdnr. 47; *Meisner-Ring-Götz* § 34 Rdnr. 88 ff.; *Stadler* 6 B 8c.

¹⁸ Vgl. die Einzelheiten bei *Stadler* Kapitel 13 a Anmerkung 3.

¹⁹ Vgl. *Stadler* a.a.O.

Ob eine derartige Beeinträchtigung vorliegt, ist mit Hilfe der den Inhalt des Eigentums konkretisierenden Bestimmungen des BGB und des AGBGB zu beurteilen.

a) Unstreitig ist, dass *jede körperliche Einwirkung* auf eine fremde Sache nicht nur eine Eigentumsverletzung im Sinne von § 823 Absatz 1 BGB ist, sondern zugleich auch eine Beeinträchtigung im Sinne von § 1004 BGB.

Beispiele: Ein Nachbar wirkt durch einen gemäß § 912 BGB nicht entschuldigten Überbau auf das angrenzende Grundstück ein²⁰. Das unbefugte Betreten des Nachbargrundstücks. Die Ausübung einer Grunddienstbarkeit, etwa eines Geh- und Fahrrechtes, über den Umfang der eingeräumten Befugnisse hinaus²¹.

Das Eigentum wird auch dann beeinträchtigt, wenn Stoffe wie die in § 906 BGB genannten *Immissionen*, also Gase, Dämpfe, Gerüche usw. (Feinimmissionen) auf ein Grundstück einwirken. Das Gleiche gilt für grob-körperliche Immissionen, wie feste Körper, Flüssigkeiten und Tiere (Grobimmissionen). Inwieweit diese Immissionen dann aufgrund von § 906 BGB zu dulden sind, ist eine andere erst später zu behandelnde Frage. Unabhängig aber von der Auslegung des § 906 BGB sind alle diese genannten Immissionen grundsätzlich durch § 1004 BGB abwehrbar.

b) Keine Beeinträchtigungen im Sinne von § 1004 BGB sind *ideelle* oder auch *immaterielle Einwirkungen*²². Man spricht davon, wenn durch das Verhalten einer Person auf einem benachbarten Grundstück oder durch den Zustand oder die Nutzung des benachbarten Grundstücks das sittliche oder ästhetische Empfinden²³ des Nachbarn verletzt wird. Zu denken ist dabei an jene Fälle, in denen das neben einem Wohnhaus gelegene Grundstück als Lagerplatz für Baumaterial und Baugeräte²⁴ als Bordell²⁵ oder als Nacktbadeplatz²⁶ verwendet wird; wohl auch bei Blendung durch ein helles Nachbargebäude²⁷. Zu beachten ist allerdings, dass hiermit auch andere Auswirkungen verbunden sein können, wie etwa grelle Lichtreflexe oder Lärm, die selbständig den Tatbestand von § 1004 BGB erfüllen können.

Darüber hinaus setzt die Rechtsprechung dem Tätigwerden auf dem eigenen Grundstück Grenzen aus dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis, das eine Ausprägung von § 242 BGB ist²⁸, bei Verstößen gegen §§ 226, 826 BGB²⁹ sowie in entsprechender Anwendung von § 1004 BGB als so genannter quasinegatorischer Unterlassungsanspruch bei der Verletzung von absoluten Rechten, die dem Eigentum gleichstehen – bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes³⁰ oder bei Störung des gesundheitlichen Wohlbefindens³¹.

²⁰ BGHZ 28, 204 ff.

²¹ BGH NJW 1965, 1229.

²² BGHZ 95, 307 = NJW 1985, 2823; Vgl. aber auch MünchKomm-Medicus § 1004 Rdnr. 30 ff.; Palandt-Bassenge § 90 Rdnr. 10; a.A. Jauernig JZ 1986, 605.

²³ Vgl. aber auch AG Münster NJW 1983, 2886.

²⁴ BGH NJW 1969, 1208.

²⁵ BGH NJW 1985, 2883.

²⁶ RGZ 76, 130.

²⁷ OLG Düsseldorf OLGZ 1991, 106.

²⁸ Vgl. unten Abschnitt E.

²⁹ LG Limburg NJW-RR 1987, 81; AG Münster NJW 1983, 2886.

³⁰ BGH NJW 1995, 1955; LG Braunschweig NJW 1998, 2457 zur Videoüberwachung.

³¹ BGHZ 95, 307.

So hatte das LG Limburg³² darüber zu entscheiden, ob es zulässig ist, im eigenen Grundstück, aber an der Grenze zum Nachbarn einen Galgen mit aufgehängter Puppe zu errichten.

c) Die so genannten *negativen Einwirkungen* sind ebenfalls keine Beeinträchtigungen im Sinne von § 1004 BGB. Von negativen Einwirkungen spricht man, wenn der Eigentümer sein Grundstück zwar nur innerhalb seiner Grenzen nutzt, das Nachbargrundstück dadurch aber gewisse Vorteile verliert, insbesondere bisher vorhandene natürliche und positive Einflüsse fern gehalten werden³³. Zu denken ist hier etwa an die Fälle, in denen die Aussicht eines Grundstücks verbaut wird³⁴ oder entlang der Grenze eine Sichtblende angebracht wird.

Negative Einwirkungen führen deswegen nicht zu einem Abwehranspruch gemäß § 1004 BGB, weil grundsätzlich jeder Eigentümer auf der Grundlage der entsprechenden Wertung von § 903 BGB in den Grenzen seines Grundstücks jede ihm genehme Nutzung vornehmen kann, es sei denn, sie verstößt gegen eine gesetzgeberische Entscheidung. Die Nutzung des eigenen Grundstücks bedarf daher innerhalb seiner Grenzen zivilrechtlich keiner besonderen Rechtfertigung³⁵. Dem entspricht es, wenn § 906 Abs. 1 BGB die negativen Einwirkungen nicht erwähnt. Das öffentliche Recht kann allerdings zu anderen Wertungen kommen, also etwa bei der Zulässigkeit eines Bordells im Sperrbezirk.

Weitere Beispiele: Die Beeinträchtigung des Lichteinfalls durch ein benachbartes Gebäude oder durch Bäume, die auf dem Nachbargrundstück wachsen³⁶. Die Behinderung der Kaminluft und damit die Beeinträchtigung der Kaminfunktion durch ein höheres Gebäude auf dem Nachbargrundstück. Die Verschlechterung des Fernsehempfangs durch Abschattung oder Reflektion, bedingt durch ein benachbartes Hochhaus³⁷. Die Entziehung oder Schmälerung des Grundwassers durch Anlegung eines Brunnens³⁸.

Die Nutzbarkeit des eigenen Grundstücks wird allerdings unter Umständen durch das so genannte *nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis*, das letztlich seine Grundlage in § 242 BGB hat, eingeschränkt³⁹. In diesem Zusammenhang kann es sich unter Umständen dann auswirken, wenn die Nutzung des eigenen Grundstücks im Verhältnis zu den Schäden, die beim Nachbarn durch diese Nutzung hervorgerufen werden, grob rücksichtslos und damit rechtsmissbräuchlich erscheint⁴⁰.

Um keine negativen Einwirkungen handelt es sich, wenn ein Grundstückseigentümer durch seinen Nachbarn daran gehindert wird, sein Grundstück zu nutzen. Ein Abwehranspruch besteht daher zum Beispiel dann, wenn durch falsches Parken die einzige Zufahrt eines Grundstücks zumindest vorübergehend blockiert wird oder lebenswichtige Versorgungsleitungen abgeschnitten werden⁴¹. Gleiches gilt, wenn das durch § 917 BGB gewährleistete Zugangsrecht zum Nachbargrundstück beeinträchtigt wird, da hier unmittelbar in das durch das

³² NJW-RR 1987, 81.

³³ BGH NJW 1992, 2569.

³⁴ OLG Düsseldorf NJW 1979, 2618.

³⁵ BGH NJW 1984, 729.

³⁶ BGH NJW 1991, 1671; BGH NJW 1992, 2569; OLG Düsseldorf NJW 1979, 2618.

³⁷ BGH NJW 1984, 729.

³⁸ BGH WM 1977, 981; BGHZ 69, 1, 4; BayObLGZ 65, 7.

³⁹ Vgl. Abschnitt E.

⁴⁰ OLG Düsseldorf NJW 1979, 2618; BGH LM § 903 BGB Rdnr. 2

⁴¹ BGH WM 1975, 1059.

Notwegerecht aus § 917 BGB erweiterte Eigentum am Nachbargrundstück eingegriffen wird, etwa durch das Zuparken der Einfahrtsmöglichkeit⁴².

e) § 1004 BGB ist nicht anwendbar, wenn die vom Nachbarn gerügte Beeinträchtigung ausschließlich durch *Naturkräfte* verursacht wurde⁴³. Der Eigentümer eines Hanggrundstücks hat daher ohne weiteres keinen Abwehranspruch aus § 1004 BGB gegen den Eigentümer des darüberliegenden Grundstücks, wenn von diesem aus ein Steinschlag droht⁴⁴. Der Eigentümer des durch einen Steinschlag bedrohten Hanggrundstücks hat aber dann einen Abwehranspruch, wenn die Gefahr durch ein auf dem darüberliegenden Grundstück errichtetes Gebäude hervorgerufen oder verstärkt wurde⁴⁵.

Kein Anspruch aus § 1004 BGB wurde zugebilligt, wenn – bedingt durch einen starken Sturm – ein vom Nachbarn angepflanzter, ansonsten aber widerstandsfähiger Baum umstürzte⁴⁶, ebenso wenig bei wild abfließendem Regenwasser⁴⁷.

Beispiele für einen im Zusammenhang mit natürlichen Geschehnissen trotzdem vorhandenen Abwehranspruch: Die Aufschüttung großer Sandmassen oder das Auflagern einer Halde, wenn diese bei langanhaltenden Regengüssen abgeschwemmt werden oder einstürzen können oder derartiges zumindest droht⁴⁸, die Veränderung des Bodens und der dadurch verstärkte Ablauf des Regenwassers⁴⁹. Der Abwehranspruch gemäß § 1004 BGB besteht aber nicht bei notwendiger Bodenbearbeitung eines landwirtschaftlichen Grundstücks⁵⁰. Die Schaffung eines Teiches, in dem sich Frösche ansammeln, deren Gequake stört⁵¹. Das Füttern von Tauben, die das Nachbarhaus verschmutzen⁵². Die Nutzung eines Grundstücks in einer Art und Weise, die Mäuse oder Ratten anzieht⁵³. Das Zuführen von Schnee – etwa durch das Abrutschen von einem Dach, das keine Schneefanggitter besitzt – auf das Nachbargrundstück.

Inwieweit dann diese grundsätzlich gegebenen Abwehransprüche aus § 1004 BGB an § 906 BGB und der darin normierten Duldungspflicht scheitern, ist daneben natürlich zusätzlich zu prüfen.

Ein Abwehranspruch besteht in keinem Falle, wenn die Tiere oder Pflanzen, gegen die er sich unmittelbar richtet, durch *Naturschutzbestimmungen* besonders geschützt sind⁵⁴. Dies gilt auch dann, wenn sie sich nicht in einer natürlich gewachsenen, sondern in einer künstlich geschaffenen Umgebung aufhalten. Art. 17a Abs. 1 Nr. BayNatSchG verbietet unter anderem das Nachstellen von Tieren besonders geschützter Arten. Aus diesem Grunde ist es auch unzulässig, die künst-

lich geschaffene Umgebung, etwa den Teich, wieder zu beseitigen, solange sich in ihm geschützte Tiere oder Pflanzen befinden, wenn nicht einer der Ausnahmetatbestände des Art. 17a Abs. 2 BayNatSchG vorliegt⁵⁵.

f) § 1004 BGB setzt immer die Beeinträchtigung der privatrechtlichen Befugnisse des Nachbarn voraus. Ein Abwehranspruch gemäß § 1004 BGB besteht daher nicht, wenn ein Nachbar gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt, auch wenn sie nachbarschützenden Charakter haben⁵⁶. Zumindest besteht der Abwehranspruch aus § 1004 BGB nicht unmittelbar. Vieles ist in diesem Zusammenhang jedoch noch ungeklärt. Es entspricht aber der wohl herrschenden Meinung, dass das Unterschreiten des baurechtlichen Mindestabstandes nicht unmittelbar unter § 1004 BGB fällt. Soweit aber derartige *öffentlich-rechtliche Vorschriften*, etwa die Vorschriften über die beim Bau einzuhaltenen Grenzabstände, nachbarschützend sind, sind sie zugleich Schutzvorschriften im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB⁵⁷. Ein Verstoß gegen sie führt daher nach herrschender, aber bestrittener Ansicht zu einem so genannten quasinegatorischen oder deliktischem Beseitigungsanspruch analog §§ 823, 1004 BGB⁵⁸.

Hat die Genehmigungsbehörde eine Befreiung von der nachbarschützenden Vorschrift erteilt, so hat der davon negativ betroffene Nachbar nach überwiegender Ansicht direkt gegen diesen Verwaltungsakt vorzugehen. Andernfalls sind die Zivilgerichte an die bestandskräftig erteilte Befreiung gebunden⁵⁹. Ein Abwehranspruch analog §§ 1004, 823 BGB entfällt. Ob der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB auch schon deshalb entfällt, weil überhaupt eine bestandskräftig gewordene Baugenehmigung erteilt wurde, ist bestritten⁶⁰.

Verstößt allerdings der Grundstückseigentümer gegen die ihm erteilte Baugenehmigung, so hat der geschützte Dritte, sofern der Bauherr dabei eine drittschützende Norm des öffentlichen Rechts verletzt, bei Verschulden einen Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB⁶¹ und entsprechend § 1004 BGB den so genannten quasinegatorischen und verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch⁶².

2. Rechtswidrigkeit, Verschulden

Der Abwehranspruch setzt *kein Verschulden* voraus⁶³. Die Eingriffshandlung selbst muss nicht rechtswidrig sein. Rechtswidrig muss vielmehr nur der dem Inhalt des Eigentums widersprechende Zustand sein, der durch den Eingriff hervorgerufen wird⁶⁴. Beispiel: Ein Kind spielt auf dem Grundstück der Eltern Ball; der Ball fliegt auf das Grundstück des Nach-

⁴² Palandt-Bassenge § 903 Rdnr. 9.

⁴³ BGH NJW 1999, 2898; BGH NJW 1995, 2633; BGHZ 90, 266 = NJW 1984, 2207.

⁴⁴ Vgl. BGH VersR 1964, 976; BGH NJW 1985, 1773 Staudinger-Gursky § 1004 Rdnr. 36.

⁴⁵ RGZ 149, 210.

⁴⁶ BGHZ 122, 283.

⁴⁷ BGHZ 114, 183.

⁴⁸ RGZ 51, 408.

⁴⁹ Vgl. OLZ Koblenz MDR 1975, 403.

⁵⁰ BGH NJW 1984, 2207; BGH WM 1991, 1115; vgl. aber LG Koblenz NJW-RR 1991, 655.

⁵¹ BGH NJW 1993, 925. Hierzu auch *Fritzsche* NJW 1995, 1124.

⁵² OLG Nürnberg RdL 1967, 216; AG Karlsruhe NJW-RR 1992, 463.

⁵³ Vgl. *Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 44.

⁵⁴ AG Bad Kreuznach NJW-RR 1986, 98.

⁵⁵ Vgl. hierzu LG Hanau NJW 1985, 500 einerseits und LG Lüneburg NJW-RR 1986, 502.

⁵⁶ Vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 34 Rdnr. 21.

⁵⁷ Vgl. *Palandt-Bassenge* § 903 Rdnr. 24.

⁵⁸ Vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 34 Rdnr. 21 m.w.N. und vor allem auch *Hagen* NVwZ 1991, 822; *Geiger* JA 1989, 454 und BayObLG BayVBl 1991, 28 mit Anmerkung von *Geiger* in BayVBl 1991, 252. Zum quasinegatorischen oder deliktischen Beseitigungsanspruch vgl. statt aller *Palandt-Bassenge* § 1004 Rdnr. 2; *Münch-Komm-Medicus* § 1004 Rdnr. 10.

⁵⁹ Vgl. *Palandt-Bassenge* § 903 Rdnr. 24.

⁶⁰ Vgl. oben Fn 4.

⁶¹ BGH NJW 1970, 1180.

⁶² BGHZ 86, 356.

⁶³ BGHZ 110, 313.

⁶⁴ BGH NJW 1976, 416; *Palandt-Bassenge* § 1004 Rdnr. 9.

barn: Das Handeln selbst ist sicherlich nicht rechtswidrig, der dadurch verursachte Zustand aber schon. Dabei wird die Rechtswidrigkeit des Zustands durch die Verletzung des Eigentums indiziert⁶⁵.

3. Abgrenzung zum Schadenersatz

Ziel des Beseitigungsanspruchs gemäß § 1004 BGB ist die *Abwehr der Beeinträchtigung*. Auf dem Umweg über § 1004 BGB darf daher *keinesfalls ein verschuldensunabhängiger Schadenersatzanspruch* gewährt werden⁶⁶. Diese Grenzziehung zwischen der Beseitigung einer Beeinträchtigung und der Leistung von Schadenersatz ist ein Grundproblem, das im Detail immer noch nicht gelöst ist⁶⁷. Aus diesem Grunde sind Rechtsprechung und Literatur immer noch uneinheitlich⁶⁸. Meines Erachtens ist so abzugrenzen, dass mit Hilfe von § 1004 BGB nur der Zustand wiederhergestellt werden muss, der bestehen würde, wenn die Beeinträchtigung nicht mehr vorhanden wäre. Geschuldet ist also der *actus contrarius* der störenden Tätigkeit. Diese muss der Störer rückgängig oder für die Zukunft wirkungslos machen⁶⁹. Ziel des Beseitigungsanspruchs ist es also nicht, den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn die Beeinträchtigung überhaupt nie stattgefunden hätte. Dies ist ausschließlich Ziel eines verschuldensabhängigen Schadenersatzanspruchs oder eines Anspruchs aus Gefährdungshaftung⁷⁰.

Die Beeinträchtigung ist, soweit möglich, vollständig zu beseitigen. Es muss dabei aber nicht der frühere Zustand herbeigeführt werden. Es genügt, wenn ein Zustand hergestellt wird, bei dem keine Beeinträchtigung mehr vorliegt. § 249 Satz 2 BGB und § 251 Abs. 1 BGB sind daher analog nicht anwendbar⁷¹.

Schreitet der gestörte Eigentümer zur Selbsthilfe, beseitigt er also die Beeinträchtigung selbst, erlangt er einen Kostenerstattungsanspruch gegen den Störer unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag⁷². Da §§ 677, 683 BGB voraussetzen, dass der Wille des Störers der Beseitigung nicht entgegen steht, ist die Rechtsgrundlage für den Kostenerstattungsanspruch umstritten; eine beachtenswerte Meinung sieht sie in § 812 BGB⁷³.

Darüber hinaus wendet der BGH § 251 Abs. 2 BGB analog auf § 1004 BGB an⁷⁴. Der Störer kann also den Beseitigungsanspruch durch eine Geldentschädigung abwenden, wenn die Wiederherstellung eines störungsfreien Zustandes unverhältnismäßig hohe Kosten verursacht. Die Anwendung dieser Analogie muss aber eine Notlösung für extreme Fälle bleiben⁷⁵.

⁶⁵ BGH WM 1971, 278.

⁶⁶ BGH NJW 1996, 845.

⁶⁷ Vgl. MünchKomm-Medicus § 1004 Rdnr. 59.

⁶⁸ Vgl. *Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 99.

⁶⁹ Münch Komm-Medicus § 1004 Rdnr. 61 im Anschluss an *Baur AcP* 160 1961, 465, 489.

⁷⁰ Einzelheiten zur Rechtsprechung: MünchKomm-Medicus § 1004 Rdnr. 60; *Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 133; *Meisner-Ring-Götz* § 34 Rdnr. 29 ff.

⁷¹ *Palandt-Bassenge* § 1004 Rdnr. 23; *Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 147.

⁷² §§ 677, 683, 670 BGB; BGHZ 110, 314; *Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 147; vgl. aber auch MünchKomm-Medicus § 1004 Rdnr. 75.

⁷³ Vgl. MünchKomm-Medicus a.a.O.

⁷⁴ BGHZ 62, 388.

⁷⁵ Vgl. *Palandt-Bassenge* § 1004 Rdnr. 38; vgl. sehr ausführlich *Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 144.

Die Kosten für die Beseitigung der Beeinträchtigung hat der Störer auch dann zu tragen, wenn die Störung vom Rechtsvorgänger des jetzigen Eigentümers verursacht wurde.

4. Unterlassungsansprüche

Der betroffene Eigentümer muss die erste Beeinträchtigung nicht abwarten. Ein Unterlassungsanspruch besteht vielmehr schon dann, wenn die erste Beeinträchtigung hinreichend nahe bevorsteht. Hat eine Beeinträchtigung bereits stattgefunden, ist dies ein Indiz für das Drohen weiterer Beeinträchtigungen. Fehlt es an der bereits vorher eingetretenen Beeinträchtigung, ist die Gefahr der unmittelbar bevorstehenden Rechtsverletzung von dem zu beweisen, der den Unterlassungsanspruch geltend macht.

5. Duldungspflichten

Der Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet ist (§ 1004 Abs. 2 BGB).

Die Duldungspflicht kann durch Gesetze bestimmt sein. Beispiele aus dem Nachbarrecht sind vor allem §§ 904, 905 Satz 2, 906, 912 Abs. 1, 917 Abs. 1 und 921 BGB.

§ 906 selbst ist hinsichtlich des Abwehrens keine Anspruchsgrundlage; diese ist vielmehr § 1004 Abs. 1 BGB⁷⁶.

Gemäß Art. 1 Nr. 2a BaySchlG sind aber nur Duldungspflichten nach § 906 BGB zu prüfen. Eine – wohl auch in diesem Rahmen zu beachtende – Duldungspflicht kann sich aber aus dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis, genauer aus § 242 BGB ergeben. Praktisches Beispiel ist das Baugerüst, dessen Aufstellung der Nachbar unter Umständen ebenso dulden muss, wie die Durchführung von grenznahen Reparaturarbeiten von seinem Grundstück aus. Im Übrigen sind alle anderen in diesem Zusammenhang erwähnten Duldungspflichten mit der Streitwertbegrenzung auf 1.500,- DM gemäß Art. 1 Nr. 1 BaySchlG in die Schlichtung einzubeziehen.

Desgleichen ergeben sich Duldungspflichten aus *öffentlich-rechtlichen Normen*. Beispiele hierfür sind § 14 BImSchG, § 7 AtomG, § 11 LuftVG sowie § 11 WHG. Auch sämtliche Planfeststellungsverfahren haben eine derartige privatrechtsgestaltende Wirkung⁷⁷. Ob Baugenehmigungen, Genehmigungen nach dem Gaststättengesetz und ähnliche Erlaubnisse Grundlage einer Duldungspflicht sein können, ist umstritten⁷⁸.

Die Duldungspflicht kann die Folge von privatrechtlich vereinbarten dinglichen Rechten sein, also insbesondere von Dienstbarkeiten. Sie kann ihre Grundlage auch in einem für bestimmte Fälle erklärten Verzicht auf den Abwehrensanspruch gemäß § 1004 BGB haben oder die Konsequenz von schuldrechtlichen Ansprüchen sein, vor allem von Ansprüchen aus Miete, Pacht, Leihe und ähnlichen Schuldverhältnissen.

Auch aus dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens oder der Mitverursachung kann sich eine Duldungspflicht ergeben. § 254 BGB ist anwendbar. Beispiele hierfür sind Lärmimmissionen, die wegen der zu dünn gebauten Zwischenmauern nicht in ausreichendem Maße gemindert werden⁷⁹.

⁷⁶ Vgl. BGH NJW 1970, 1541; *Staudinger-Roth* § 906 Rdnr. 3.

⁷⁷ Vgl. *Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 130.

⁷⁸ Vgl. *Palandt-Bassenge* § 903 Anm. 3 c; MünchKomm-Medicus § 1004 Rdnr. 56 und *Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 129.

⁷⁹ Völlig herrschende Meinung; vgl. BGH NJW 1955, 340; *Palandt-Bassenge* § 1004 Rdnr. 34; anderer Ansicht *Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 145.

6. Verjährung, Verwirkung

Der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB verjährt gemäß §§ 194, 195, 198 BGB innerhalb von dreißig Jahren⁸⁰. § 902 Abs. 1 Satz 2 BGB wird vom BGH und der herrschenden Meinung zu Recht analog angewandt⁸¹.

Der deliktische oder quasinegatorische Beseitigungsanspruch verjährt demgegenüber gemäß § 852 BGB nach Ablauf von drei Jahren⁸².

Mit jeder einzelnen Störung des Eigentums entsteht der Abwehranspruch neu. Deshalb ist die Verjährungsfrist vom Zeitpunkt der letzten Einwirkung an zu berechnen. Anders bei Fortdauer schädigender Einwirkungen durch ein und dieselbe Handlung⁸³.

Kommt es zu einem *Eigentumswechsel* beim beeinträchtigten Grundstück, führt dies nicht zu einer Unterbrechung der Verjährung⁸⁴. Geht das Eigentum an der störenden Sache durch Rechtsgeschäft oder Erbfolge auf einen Dritten über, kommt die bereits verstrichene Zeit der Verjährung dem Rechtsnachfolger gemäß § 221 BGB zustatten⁸⁵.

Der Einwand der *Verwirkung* kann gegenüber dem Beseitigungsanspruch nur dann erhoben werden, wenn besondere Umstände nahelegen, dass die Geltendmachung des Anspruchs mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr übereinstimmt⁸⁶. Die Tatsache alleine, dass der Rechtsvorgänger die Einwirkungen geduldet hat, führt nicht zu einer Verwirkung⁸⁷.

7. Gläubiger und Schuldner des Anspruchs

a) *Inhaber des Anspruchs* ist zunächst der Eigentümer. Auch der einzelne Miteigentümer kann gemäß § 1011 BGB den Anspruch gegenüber Dritten geltend machen. Der Anspruch aus § 1004 BGB steht auch bei Störung des Wohnungseigentümers durch einen anderen Wohnungseigentümer zu⁸⁸. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Störung in erster Linie das Sondereigentum oder das Gemeinschaftseigentum betrifft⁸⁹. Auch die Beeinträchtigung eines Sondernutzungsrechtes ist durch § 1004 BGB abwehrbar. Zu beachten ist allerdings, dass diese Unterlassungsansprüche zwischen den Eigentümern von Eigentumswohnungen gemäß § 43 ff. WEG im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit geltend gemacht werden müssen⁹⁰. Diese Ansprüche unterliegen daher – anders als etwa die nachbarrechtlichen Ansprüche von Mietern untereinander – nicht der Schlichtung⁹¹.

Der Anspruch steht ferner dem Erbbauberechtigten gemäß § 11 ErbbauVO, dem Dienstbarkeitsberechtigten gemäß § 1027, 1090 Abs. 2 BGB dem Nießbraucher gemäß § 1065 BGB, dem Wohnungseigentümer gemäß § 34 Abs. 2 WEG und dem Inhaber eines Dauerwohnrechtes zu. Auch dem Inhaber eines Anwartschaftsrechtes auf den Erwerb des Eigentums wird der Anspruch auf § 1004 BGB zuzubilligen sein⁹², soweit er bereits die Sachgefahr trägt. Andererseits ist der Käufer, solange die Auflassung nicht erklärt ist, nicht durch § 1004 BGB geschützt, sondern durch § 861 BGB.

Der Anspruch aus § 1004 BGB steht demgegenüber nicht Mietern oder Pächtern zu. Doch führt § 862 BGB für beide zum gleichen Ergebnis⁹³.

Der *Sonderrechtsnachfolger* kann Beseitigung des beeinträchtigenden Zustandes auch dann verlangen, wenn dieser Zustand schon vor seinem Eigentumserwerb entstand⁹⁴. Bei Veräußerung vor Rechtshängigkeit hat bei einer Fortdauer der Störung nur der neue Eigentümer einen Anspruch aus § 1004 BGB⁹⁵.

b) *Schuldner* des Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs ist jeder Störer. Wer Eigentümer des Grundstücks ist, von dem die Störung ausgeht, ist nicht entscheidend.

Störer sind die *Handlungsstörer* und die *Zustandsstörer*. Mittelbarer Handlungsstörer ist, wer die störende Einwirkung Dritter adäquat verursacht. Aus diesem Grunde ist der Inhaber eines Betriebes für den Kunden- und Lieferantenlärm verantwortlich, der Betreiber eines Tennisplatzes für den Spiellärm oder der Gastgeber – auch wenn er schon eingeschlafen sein sollte – für den Lärm seiner Gäste⁹⁶.

Umstritten ist, ob auch der *Arbeitnehmer* Handlungsstörer sein kann. Nach Ansicht des BGH haften nur jene Arbeitnehmer nicht gemäß § 1004 BGB, denen kein eigener Entschließungsspielraum mit entsprechendem Verantwortungsbereich bleibt⁹⁷. Die Literatur will demgegenüber teilweise nur den Arbeitgeber haften lassen⁹⁸. Mit *Medicus* sollte man meines Erachtens zwischen dem Unterlassungsanspruch, bei dem auch der Arbeitnehmer Störer sein kann, und dem Beseitigungsanspruch, bei dem letztlich der Arbeitgeber zuständig ist, unterscheiden. Der BGH ist allerdings anderer Ansicht. Der abhängig Tätige hafte, wenn ihm ein eigener Entschließungsspielraum bleibe⁹⁹.

Die Grenze zwischen Handlungs- und Zustandshaftung ist fließend. Im Einzelfall können beide Haftungsarten zusammentreffen.

Störer ist der, durch dessen Willen der beeinträchtigende Zustand aufrecht erhalten wird. Deshalb kann etwa der Beseitigungsanspruch gegenüber dem, der seinen Zaun über die Grenze baute, nicht mehr geltend gemacht werden, wenn er vorher – d. h. vor Zustellung der Klage – das Grundstück oder

⁸⁰ BGHZ 125, 56.

⁸¹ BGHZ 60, 237; *Palandt-Bassenge* § 1004 Rdnr. 35 f; für Unverjährbarkeit allerdings LG Tübingen NJW-RR 1990, 338.

⁸² BGH NJW 1969, 463; *MünchKomm-Medicus* § 1004 Rdnr. 70.

⁸³ BGH NJW 1990, 2555.

⁸⁴ BGHZ 60, 240; BGHZ 125, 56; *Staudinger-Grusky* § 1004 Rdnr. 190. Anderer Ansicht *MünchKomm-Medicus* § 1004 Rdnr. 72.

⁸⁵ *MünchKomm-Medicus* § 4 Rdnr. 72 am Ende; *Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 190.

⁸⁶ Vgl. OLG Köln NJW 1995, 3319; OLG Köln NJW-RR 1998, 1625.

⁸⁷ Vgl. *Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 149.

⁸⁸ BayObLGZ 1982, 69 ff.

⁸⁹ OLG Stuttgart OLGZ 1970, 76.

⁹⁰ Vgl. KG WM 1972, 709; OIG Frankfurt MDR 1982, 151; *Stadler* 6 B 1 e; *Meisner-Ring-Götz* § 34 Rdnr. 58.

⁹¹ Vgl. oben B 1.

⁹² Vgl. *MünchKomm-Medicus* § 1004 Rdnr. 17.

⁹³ Zum Abwehranspruch und zum Schadenersatzanspruch eines Imkers, dessen Bienen durch Pflanzenschutzmittel geschädigt wurden vgl. BGHZ 16, 366, 370 ff. und *Stadler* Kapitel 6 Anmerkung 13 und Kapitel 12 Abschnitt A 3.

⁹⁴ §§ 265, 266 ZPO; vgl. *Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 66.

⁹⁵ BGHZ 18, 223.

⁹⁶ BGH NJW 1982, 440 und BGH NWJ 1983, 751.

⁹⁷ BGH DB 1979, 544; BGH NJW 1983, 751.

⁹⁸ Vgl. die Zusammenstellung bei *MünchKomm-Medicus* Rdnr. 36 a.

⁹⁹ BGH DB 1979, 544.

auch nur den beeinträchtigenden Teil des Grundstücks *veräußert* hat¹⁰⁰. Daneben ist allerdings zu prüfen, ob nicht Beseitigung als Schadenersatzanspruch aus §§ 823 ff. BGB – Wiederherstellung des früheren Zustandes – verlangt werden kann.

Regelmäßig ist der Eigentümer des Grundstücks der richtige Schuldner des Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs. Aus diesem Grunde besteht der Anspruch auch gegen den neuen Eigentümer, wenn er nicht für sofortige Beseitigung des die Beeinträchtigung verursachenden Zustands sorgt¹⁰¹.

Wegen eines vom *Mieter oder Pächter* eines Grundstücks herbeigeführten Zustands kann regelmäßig außer dem Mieter oder Pächter auch der *Vermieter und Verpächter* aus § 1004 BGB in Anspruch genommen werden¹⁰². Beide haften dann als Gesamtschuldner. Dieser Anspruch gegenüber Vermieter oder Verpächter besteht jedenfalls dann, wenn diese die Beeinträchtigung des Nachbarn ausdrücklich oder konkludent gestattet haben¹⁰³. Für sein Unvermögen zur Beseitigung der Störung trägt der Vermieter oder Verpächter die Beweislast¹⁰⁴. Diese herrschende Meinung ist umstritten. Nach wohl richtiger Meinung besteht eine Haftung des Vermieters und Verpächters nur dann, wenn die Beeinträchtigung im Mietvertrag bereits angelegt ist, die Störung also eine Verwirklichung des Mietvertrages darstellt¹⁰⁵.

8. Konkurrierende Ansprüche

a) Der Abwehrensanspruch des § 1004 BGB wird im Bereich des Nachbarrechts ergänzt oder konkretisiert¹⁰⁶ durch die §§ 907, 908, 909 BGB.

b) Der Abwehrensanspruch gemäß § 1004 BGB besteht neben dem *Selbsthilferecht gemäß § 910 Abs. 1 BGB*¹⁰⁷, wenn also etwa die Wurzeln eines Baums oder eines Strauchs in das eigene Grundstück hineinragen. Dies gilt auch dann, wenn die Voraussetzungen des Selbsthilferechtes nicht gegeben sind, also etwa beim Eindringen von Schlinggewächsen und Ranken¹⁰⁸. Die Einschränkung des § 910 Abs. 2 BGB gilt bei § 1004 BGB analog¹⁰⁹.

c) Neben und unabhängig von § 1004 BGB sind unter Umständen die *Besitzstörungsansprüche gemäß §§ 861, 862 BGB* zu prüfen. Dies vor allem natürlich dann, wenn der mögliche Gläubiger nicht Eigentümer, sondern nur Besitzer ist.

Die rechtswidrige Einwirkung eines Dritten, die § 858 BGB *verbotene Eigenmacht* nennt, enthält eine Störung des Besitzrechtes, zu deren Abwehr der Besitzer zunächst das Recht zur Selbsthilfe gemäß § 859 BGB hat. Neben diesem sicherlich nur ausnahmsweise bestehenden Selbsthilferecht – die Selbsthilfeberechtigung besteht nur sofort nach der Entziehung oder Störung des Besitzes – kann entweder aufgrund von § 861 BGB der Besitzentziehungsanspruch oder aufgrund von § 862 BGB der Besitzstörungsanspruch geltend gemacht werden. In

der Regel wird es sich bei nachbarrechtlichen Verhältnissen um Besitzstörung und nicht um Besitzentziehung handeln. Besitzentziehung kann man sich nachbarrechtlich nur im Zusammenhang mit Grenzstreitigkeiten vorstellen.

Gestört ist der Besitz, wenn die tatsächliche Herrschaft des Besitzers über seine Sache beeinträchtigt wird. Die Handlungen, die hierzu geeignet sind, entsprechen jenen, die auch eine Beeinträchtigung des Eigentums darstellen. Insofern darf auf die Ausführungen zu § 1004 BGB verwiesen werden.

Anwendungsfälle der Besitzstörungsklage sind zum Beispiel: Unzulässige Immissionen in die gemietete Wohnung oder das gemietete Haus; Behinderungen bei der Benützung eines Notweges.

d) Neben diesen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen bestehen natürlich unter bestimmten Voraussetzungen auch *Schadenersatzansprüche* aus § 823 Absatz 1 und Absatz 2 BGB. Bei § 823 Absatz 1 BGB kommt es in erster Linie darauf an, dass das Eigentum des Nachbarn schuldhaft und widerrechtlich verletzt wird. Bei § 823 Absatz 2 BGB ist zu beachten, dass zum Beispiel § 906 BGB ein Schutzgesetz darstellt¹¹⁰. Auch Art. 11 ff. des Bayerischen Immissionsschutzgesetzes – in der Anlage zu diesem Aufsatz abgedruckt – sind Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB¹¹¹.

Darüber hinaus können – insbesondere hinsichtlich der Erstattung von Kosten – Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag bestehen¹¹².

D. Die Duldungspflichten gemäß § 906 BGB Der zivilrechtliche Immissionsschutz

1. Grundsätzliches

§ 906 BGB steht zivilrechtlich in engem Zusammenhang mit § 1004 BGB. § 1004 BGB ist die Anspruchsnorm für den Abwehrensanspruch. § 906 BGB normiert demgegenüber eine *Duldungspflicht*, die im Rahmen des Abwehrenspruchs gemäß § 1004 Abs. 2 BGB zu prüfen ist. In ähnlicher Weise begrenzt § 906 BGB die Abwehrensprüche gemäß §§ 862, 907 BGB, aber auch den Schadenersatzanspruch aus § 823 BGB. Denn eine Handlung, die sich im Rahmen von § 906 BGB hält, ist im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB nicht rechtswidrig¹¹³. Rechtstheoretisch ist § 906 BGB eine Kollisionsnorm. § 906 BGB löst eine rechtlich begründete Konfliktsituation¹¹⁴.

Auf das Verhältnis von Mietern und Pächtern untereinander ist § 906 BGB ebenfalls anzuwenden¹¹⁵. Die Anspruchsnorm ist in diesem Bereich allerdings nicht § 1004 BGB, sondern § 862 BGB. Ebenfalls anwendbar ist § 906 BGB im Verhältnis zwischen den Eigentümern von Eigentumswohnungen zueinander¹¹⁶.

¹⁰⁰Vgl. MünchKomm-Medicus § 1004 Rdnr. 42.

¹⁰¹RGZ 103, 177; BGH NJW-RR 1996, 659.

¹⁰²Palandt-Bassenge § 1004 Rdnr. 20.

¹⁰³BGH NJW 1967, 246; BayObLG NJW-RR 1987, 463.

¹⁰⁴Palandt-Bassenge § 1004 Rdnr. 20.

¹⁰⁵Staudinger-Gursky § 1004 Rdnr. 117.

¹⁰⁶Vgl. MünchKomm-Medicus § 1004 Rdnr. 8.

¹⁰⁷BGHZ 97, 231.

¹⁰⁸Vgl. Staudinger-Gursky 1004 Rdnr. 46.

¹⁰⁹Vgl. Staudinger-Gursky § 1004 Rdnr. 46 und Rdnr. 163.

¹¹⁰RGZ 63, 374, 378; BGH NJW 1996, 3208.

¹¹¹Vgl. Meisner-Ring-Götz § 40 Rdnr. 51.

¹¹²Vgl. oben bei Fn 73.

¹¹³BGH NJW 1984, 2207.

¹¹⁴Vgl. hierzu oben bei Fn 3. Zum Begriff der eigentumsrechtlichen Kollisionsnorm vgl. grundsätzlich H. Schulte, *Privatrechtliche Aufopferung und Enteignung*, Diss. Münster (1964) S. 119; *derselbe*, *Eigentum und öffentliches Interesse*, Berlin (1970), 18 ff.; *Meisner-Ring-Götz* § 21 Rdnr. 49.

¹¹⁵BGH LM § 906 Nr. 1.

¹¹⁶Vgl. hierzu jedoch ergänzend oben bei Fn 13 und bei Fn 90.

Verfassungsrechtlich steht § 906 BGB in engem Zusammenhang mit Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. § 906 BGB ist eine typische, den Eigentumsinhalt im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG bestimmende Norm. Die Duldungspflicht, die § 906 BGB auferlegt, ist daher keine Enteignung, sondern eine Bestimmung des Eigentumsinhalts gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Daraus folgt, dass der in § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB enthaltene Ausgleichsanspruch letztlich seine Grundlage in Art. 14 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Grundsatz des Übermaßverbotes hat¹¹⁷. Das stärkere (= entschädigungslose) Einwirkungsrecht verstößt gegen Art. 14 Abs. 1 BGB, wenn die schwächere (= entschädigungspflichtige) Norm ausreicht, um den Konflikt – also die Kollision im Sinne von H. Schulte – zu lösen.

§ 906 BGB regelt die privatrechtlichen Verhältnisse der Nachbarn zueinander *abschließend*. Weitergehende Duldungspflichten können daher im Regelungsbereich von § 906 BGB nicht geltend gemacht werden; ausgenommen hiervon sind die öffentlich-rechtlich motivierten besonderen Duldungspflichten nach § 14 BImSchG, § 7 AtomG und § 11 LuftVG oder Duldungspflichten im Zusammenhang mit Störungen, die unmittelbar auf eine hoheitliche Tätigkeit zurückzuführen sind¹¹⁸.

2. Optimale Nutzung

Ziel von § 906 BGB ist es, eine optimale Nutzung aller Grundstücke zuzulassen. Aus diesem Grund geht § 906 BGB zunächst davon aus, der Eigentümer könne auf der Grundlage von § 903 BGB die Zuführung unwägbarer Stoffe abwehren. Zugleich aber erlaubt er mit Hilfe der Abgrenzungskriterien *wesentliche Beeinträchtigung*, *ortsübliche Nutzung* und *wirtschaftlich zumutbare Maßnahme* unter bestimmten Umständen Einwirkungen auf das Nachbargrundstück. Diese Begriffe zeigen, dass § 906 BGB keine starre Norm ist. Er ist vielmehr entsprechend den Fortschritten der Technik, der Steigerung des Verkehrs und den sich ändernden Anschauungen der Bevölkerung dem Wandel unterworfen¹¹⁹. *Stadler*¹²⁰ weist allerdings zurecht darauf hin, dass sich nach allgemeiner Auffassung der technische Fortschritt nicht unbedingt durch eine Steigerung der Immissionswerte kennzeichnet. Technischer Fortschritt zeige sich heutzutage vor allem in einer umweltfreundlichen Entwicklung.

Im Einzelnen fallen unter § 906 BGB Einwirkungen wie die Zuführung von Gasen, Dämpfen und Gerüchen, Rauch und Ruß, Wärme, Geräusche und Erschütterungen¹²¹.

3. Ähnliche Einwirkungen

Was unter *ähnlichen Einwirkungen* zu verstehen ist, ist im Einzelfall zwar zumeist unstreitig, von Ausnahmen abgesehen. Der Grundsatz aber aufgrund dessen die Entscheidung zu treffen ist, ist nicht immer klar. Nach einer Definition des BGH aus dem Jahr 1974 sind ähnliche Einwirkungen solche, die den in § 906 BGB genannten „vergleichbar sind, also un-

wägbar, im Allgemeinen sinnlich wahrnehmbare Immissionen, welche auf natürlichem Wege zugeleitet werden“¹²². Daher werden die in § 906 BGB genannten Beispiele gerne als so genannte Imponderabilien – also als unwägbar Stoffe – bezeichnet. Es genügt dabei die Wahrnehmbarkeit mit Hilfe von physikalischen oder chemischen Messgeräten. Beispiel: Röntgenstrahlen, elektromagnetische Wellen, Kernstrahlung¹²³.

Störend ist allerdings der Begriff der „Unwägbarkeit“. Unter § 906 fallen nämlich nach richtiger Ansicht ohne Beschränkung auf unwägbar Stoffe grenzüberschreitende Einwirkungen, die in ihrer Ausbreitung weitgehend unkontrollierbar und unbeherrschbar sind¹²⁴ mit einer – wie sich aus dem Vergleich mit den gesetzlichen Beispielen ergibt – gesundheits- oder sachschädigenden Wirkung¹²⁵. Aber auch diese Definition hilft nicht weiter, wenn es um die Frage geht, ob Bienen, Fliegen oder Katzen und der gesamte sonstige nachbarrechtliche Kleintierzoo ähnliche Einwirkungen sind, die unter Umständen zu dulden sind. Dass es sich um Einwirkungen im Sinne von § 1004 BGB handelt, die abwehrbar sind, ist klar. Fraglich ist immer nur, ob sie unter den Voraussetzungen des § 906 Abs. 1 BGB zu dulden sind.

Richtiger Ansatz für die Lösung dieser Frage ist folgende Überlegung¹²⁶. Betrachtet man die gesetzlichen Beispiele, ist nicht die so genannte Unwägbarkeit kleinster gemeinsamer Nenner. Maßgebend ist jeweils, dass die Einwirkung unwesentlich sein *kann*. Nur dann hat die Frage, ob sie tatsächlich unwesentlich *ist*, überhaupt einen Sinn. Die Einwirkung muss also – von Fall zu Fall verschieden – in kleinerer oder größerer Intensität vorkommen können. Ob der jeweilige Typ der Einwirkung unwesentlich sein kann, ist dabei am sozialüblichen Verhalten dessen zu messen, der hinsichtlich der jeweiligen Einwirkung keine besondere Vorprägung hat, also des verständigen Durchschnittsnachbarn im Sinne der neueren BGH-Rechtsprechung¹²⁷.

Anhand eines Beispiels sei dies verdeutlicht: Durchstreift eine Katze gelegentlich ein benachbartes Grundstück, so empfindet dessen Eigentümer dies in der Regel nicht als wesentliche Beeinträchtigung. Katzen *können* daher unwesentliche Beeinträchtigungen sein und fallen deshalb unter den Begriff der ähnlichen Einwirkung. Anders die wohl herrschende Meinung¹²⁸. Demgegenüber wird der Besuch eines Hundes in einem fremden Garten in der Regel als störend empfunden. Ohne Begleitung durch die Gegend stromernde Hunde sind aus diesem Grund selten, denn auch der verständige Durchschnittsnachbar toleriert dies nicht. Ein Hund ist daher mit Sicherheit keine ähnliche Einwirkung. Steht aber nun fest, dass der Besuch einer Katze eine ähnliche Einwirkung ist, so ist zu prüfen, ob die Beeinträchtigung wesentlich und ortsüblich war.

Dass für diesen Lösungsansatz ein Bedarf besteht, der durch die aus ihm folgende Anwendbarkeit des gesetzestechnisch ausdifferenzierten § 906 BGB befriedigt wird, beweist die

¹¹⁷Vgl. hierzu *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 2.

¹¹⁸*Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 79 ff.

¹¹⁹BGHZ 48, 31; *Palandt-Bassenge* § 906 Anm. 1a; *Staudinger-Roth* § 906 Rdnr. 127.

¹²⁰*Stadler* 6 B 1 b.

¹²¹Wegen der vielfältigen Einzelheiten vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 9 mit den jeweiligen Angaben in den Fußnoten 62 ff.; *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 5 bis einschließlich Rdnr. 12; *Staudinger-Roth* § 906 Rdnr. 127 ff.

¹²²GHZ 62, 364 = NJW 1974, 1869; BGH NJW 1984, 2207.

¹²³MünchKomm-Säcker § 906 Rdnr. 69.

¹²⁴BGHZ 117, 110.

¹²⁵*Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 5.

¹²⁶Vgl. hierzu *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 10; ebenso *Jauernig* JZ 1986, 608; *Staudinger-Roth* § 906 Rdnr. 108 hält diesen Vorschlag für erwägenswert.

¹²⁷Vgl. unten bei Fn 148.

¹²⁸Vgl. *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 14 und § 903 Rdnr. 13.

Hilflosigkeit der Gerichte, wenn es darum geht, Beeinträchtigungen durch Kleintiere nachbarrechtlich zu beurteilen. Der Rückgriff auf das so genannte nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis¹²⁹ ist in diesem Zusammenhang alles andere als befriedigend.

Ein ähnliches Problem ist das Problem der über die Grundstücksgrenze fliegenden Bälle beim Ballspiel¹³⁰.

Hat man festgestellt, dass die Beeinträchtigung eine Einwirkung im Sinne von § 906 BGB ist, muss sodann geprüft werden, ob es sich um eine unwesentliche oder um eine wesentliche Beeinträchtigung handelt, es sei denn, es handelt sich um eine Zuführung durch eine besondere Leitung im Sinne von § 906 Abs. 3 BGB.

4. Besondere Leitung

§ 906 Abs. 3 BGB normiert eine Ausnahme von der in § 906 Abs. 1 und Abs. 2 BGB bestimmten Duldungspflicht. § 1004 BGB ist daher uneingeschränkt anwendbar, wenn die Einwirkungen durch eine besondere Leitung zugeführt werden. Diese Einwirkungen sind auch bei einer unwesentlichen Beeinträchtigung unzulässig, es sei denn es besteht eine besondere vertragliche oder durch eine im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit abgesicherte Duldungspflicht. Eine weitere Ausnahme kann sich aus dem Schikaneverbot von § 226 BGB oder aus § 242 BGB ergeben.

Diese besondere Leitung setzt voraus, dass hierdurch die in § 906 BGB benannten Einwirkungen von dem Grundstück, auf dem sie entstehen, weggeleitet und dem anderen Grundstück zugeleitet werden. Der leitende Gegenstand muss hierfür nicht nur geeignet sein, sondern auch dazu bestimmt sein¹³¹.

5. Wesentlich/unwesentlich

a) Bis das Sachenrechtsänderungsgesetz in Kraft trat, war umstritten, ob *öffentlich-rechtliche Standards* auf das privatrechtliche Immissionsschutzrecht Auswirkungen haben; nunmehr ist dies durch die Neufassung von § 906 Abs. 1 eindeutig geregelt. Keine wesentliche Beeinträchtigung liegt daher vor, wenn die in § 906 Abs. 1 genannten Grenz- oder Richtwerte nicht überschritten werden, sofern sie den Stand der Technik wiedergeben. Beispiele hierfür sind die 18. BImSchV sowie die TA Luft (TA Luft vom 27.02.1986, GMBI 1986, Seite 95) und die TA Lärm (TA Lärm vom 26.08.1998, GMBI 1998, Seite 501)¹³².

Der Begriff der wesentlichen Beeinträchtigung durch Lärm ist nach Ansicht von BGH und Bundesverwaltungsgericht identisch mit der „schädlichen Umwelteinwirkung“ im Sinne von §§ 3 Abs. 1, 22 Abs. 1 BImSchG¹³³.

Private Umweltstandards, also DIN, VDI oder VDE Normen begründen keine Regelfälle, die Einhaltung hat aber Indizwirkung

kung¹³⁴. Beispiele hierfür sind die Grenzwerte für Erschütterungen in DIN 4150 (Erschütterungen im Bauwesen), VDI 2056 (Beurteilungsmaßstäbe für mechanische Schwingungen von Maschinen), VDI 2058 (Beurteilung von Arbeitslärm in der Nachbarschaft; abgedruckt bei: *Birkel*, Nachbarschutz im Bau-, Umwelt- und Zivilrecht, Band 2). Für die Beeinträchtigung eines menschlichen Körpers durch mechanische Schwingungen ist VDI 2057 maßgebend¹³⁵.

Nach dem Wortlaut des § 906 BGB wirkt sich der Regel-Charakter nur bei Einhaltung oder Unterschreitung der Grenz- und Richtwerte aus¹³⁶. Werden diese Grenz- oder Richtwerte also nicht überschritten, liegt in der Regel eine unwesentliche Beeinträchtigung vor¹³⁷. Trotzdem kann in Ausnahmefällen eine wesentliche Beeinträchtigung vorliegen, und zwar vor allem dann, wenn Schäden nachgewiesen werden können, die eindeutig eine Folge der Einwirkung sind¹³⁸. Ansonsten soll es bei der ständigen Rechtsprechung bleiben, nach der die Überschreitung dieser Werte eine wesentliche Beeinträchtigung im Sinne von § 906 BGB indiziert¹³⁹. Nach der Rechtsprechung des BGH kann bei einer Überschreitung der Richtwerte grundsätzlich von einer wesentlichen Einwirkung ausgegangen werden, soweit dieser Richtwert nicht schematisch angewandt wird, sondern nur einen wichtigen Anhaltspunkt darstellt¹⁴⁰. Es handelt sich um einen Anhalt für die vom Richter im Erkenntnisverfahren vorzunehmende Bewertung des Einzelfalles. Die besonderen tatsächlichen Verhältnisse sind anhand der Werte frei zu würdigen¹⁴¹. Letztlich sind die Grenz- oder Richtwerte insbesondere im Rahmen der Beweislast zu würdigen. Der Einwirkende hat die Aufgabe, die Einhaltung der Werte als Beleg für die Duldungspflicht des Grundstückseigentümers nachzuweisen. Daraus kann in der Regel dann auf eine nur unwesentliche Beeinträchtigung geschlossen werden¹⁴². Der beeinträchtigte Grundstückseigentümer muss dann beweisen, dass die Beeinträchtigung gleichwohl wesentlich ist¹⁴³.

Die bereits erwähnten privaten Regelwerke, die Umweltstandards definieren, also zum Beispiel die DIN Normen, haben keinen Regelcharakter. Ihnen kommt nur Indizwirkung bei der Beurteilung der Wesentlichkeit zu. Ein Unterschreiten derartiger Werte gestattet, die Unwesentlichkeit einer Beeinträchtigung zu vermuten¹⁴⁴.

b) Sofern keine derartigen Richtwerte vorhanden sind, bei einer Überschreitung der Grenzwerte oder aber zur Überprüfung der Richtwerte auf ihre Anwendbarkeit im Einzelfall, gilt als Maßstab das *Empfinden eines verständigen Durch-*

¹²⁹Vgl. *Palandt-Bassenge* § 903 Rdnr. 13.

¹³⁰Vgl. hierzu OLG Stuttgart NVwZ 1985, 784 einerseits; *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 11 andererseits, sowie offen gelassen bei *Alheit* S. 29 ff.

¹³¹RG HRR 33 Nr. 1928; BGB-RGRK *Augustin* § 906 Rdnr. 55; *Erman-Hagen* § 906 Rdnr. 12; zweifelnd *Soergel-Baur* § 906 Rdnr. 22.

¹³²Vgl. *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 17 ff.

¹³³BGHZ 111, 63, 65; BGHZ 122, 76, 78; BGH VersR 1999, 725; *Fritzsche* NJW 1995, 1122; *Stadler* 6 B 4.

¹³⁴Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 272; LG München 2 NJW-RR 1997, 465.

¹³⁵Vgl. BGHZ 72, 289; BGHZ 85, 375; BGH NJW 1976, 979.

¹³⁶Vgl. *Vieweg/Röthel* NJW 1999, 973. Hier auch in Fn 66 zum Unterschied zwischen Grenzwert und Richtwert.

¹³⁷*Stadler* 6 B 4.

¹³⁸Vgl. BGHZ 70, 102, 110; BGHZ 120, 239, 256; BGH VersR 1999, 725; *Stadler* 6 B 4.

¹³⁹BGH NJW 1990, 2465; *Vieweg/Röthel* NJW 1999, 973; *Münch-Komm-Säcker* § 906 Rdnr. 31.

¹⁴⁰BGH NJW 1995, 132, 133; *MünchKomm-Säcker* § 906 Rdnr. 31.

¹⁴¹*Dury* in: *Handbuch Grundstückspraxis* Rdnr. 18.

¹⁴²BGH NJW 1999, 1029.

¹⁴³Vgl. *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 20; *Staudinger/Roth* § 906 Rdnr. 178; *Dury* in: *Handbuch der Grundstückspraxis* Rdnr. 116.

¹⁴⁴*Dury* a.a.O. Rdnr. 117.

*schnittsbenutzers*¹⁴⁵. Entscheidend ist also nicht die besondere Empfindlichkeit oder die konkrete Belastbarkeit des betroffenen Nachbarn¹⁴⁶.

Seit dem „Frösche-Urteil“ vom 20.11.1992 hat der V. Zivilsenat des BGH erstmals diesen *verständigen* Durchschnittsmenschen als Maßstab für die Entscheidung herangezogen. Der verständige Durchschnittsmensch habe anders als der normale Durchschnittsmensch auch allgemeine Interessen und gesetzliche Wertungen zu berücksichtigen. Zielrichtung dieser Neuorientierung im Rahmen der BGH-Rechtsprechung ist die Harmonisierung von öffentlichem und privatem Nachbarrecht. Diese von vielen Seiten angestrebte Harmonisierung fand dann letztlich in der Änderung von § 906 Absatz 1 durch das Sachenrechtsbereinigungsgesetz im Jahr 1994 auch einen gesetzlichen Niederschlag.

Der BGH hat dabei insbesondere bei der Frage, ob Lärmeinwirkungen wesentlich sind, seine Rechtsprechung um zwei Ansatzpunkte angereichert: Er bezieht Wertungen in die Auslegung des Begriffs der Wesentlichkeit ein und er wägt situationsbezogen ab¹⁴⁷. Dieser vom BGH als Maßstab herangezogene „verständige Durchschnittsmensch“ hat daher eine umfassende Abwägung aller privaten und öffentlichen Belange vorzunehmen. Er hat insbesondere – so die Frösche-Entscheidung¹⁴⁸ – den Naturschutz zu berücksichtigen oder – so die Zeltplatzentscheidung – auch das Interesse der Allgemeinheit an einer kinder- und jugendfreundlichen Umgebung in seine Entscheidung einfließen zu lassen¹⁴⁹. Auch der bisher nur aus dem öffentlichen Nachbarrecht geläufige Grundsatz der gegenseitigen Rücksichtnahme¹⁵⁰ fließt als weiterer wichtiger Abwägungsgesichtspunkt in die Rechtsprechung des BGH ein¹⁵¹.

In Konsequenz der BGH-Rechtsprechung¹⁵² hat das OLG Köln in seinem Behindertenurteil davon gesprochen, dass wertende Momente und das öffentliche Interesse in die Beurteilung des Begriffs der Wesentlichkeit mit einzubeziehen seien. Der verständige Bürger und Nachbar dürfe sich nicht von falschem Wertigkeitsdenken leiten lassen. Er müsse geprägt sein von Mitmenschlichkeit und Toleranz¹⁵³. Dass sich dieser „Durchschnittsmensch“ allerdings einem Idealmenschen nähert – wie es ihn so vielleicht nur selten gibt – ist nicht zu verkennen.

*Vieweg/Röthel*¹⁵⁴ weisen zu Recht darauf hin, dass die Begriffe der Wesentlichkeit, Ortsüblichkeit und Zumutbarkeit sowie die Feinabstimmung in der Ausgleichsregelung des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB auf verhältnismäßigen Ausgleich bedacht seien und letztlich als unbestimmte Rechtsbegriffe – und dies gilt vor allem für den Begriff der Wesentlichkeit – Einbruchstellen seien für die Grundrechte in das Privatrechtsverhältnis¹⁵⁵.

¹⁴⁵Vgl. *Vieweg/Röthel* NJW 1999, 969.

¹⁴⁶*Bayer/Lindner/Grziwotz* Kapitel 4 A II 2; *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 22.

¹⁴⁷Vgl. *Vieweg/Röthel* NJW 1999, 970.

¹⁴⁸BGHZ 120, 239 = NJW 1993, 925.

¹⁴⁹BGHZ 121, 248 = NJW 1993, 1656.

¹⁵⁰Vgl. hierzu *Meisner-Ring-Götz* § 43 Rdnr. 58 ff.; *Alheit* S. 240.

¹⁵¹Vgl. BGHZ 121, 245, 248; *Stadler* 6 B 5.

¹⁵²Vgl. auch BGH VersR 1999, 725.

¹⁵³OLG Köln NJW 1998, 763; vgl. hierzu *Vieweg/Röthel* NJW 1999, 970.

¹⁵⁴*Vieweg/Röthel* NJW 1999, 970.

¹⁵⁵*Vieweg/Röthel* NJW 1999, 971; *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr.2.

Zu berücksichtigen ist im Übrigen die Zweckbestimmung des von der Beeinträchtigung betroffenen Grundstücks in seiner konkreten Beschaffenheit¹⁵⁶. Beispiel: Kurgebiet/Gewerbegebiet; Wohngebiet/Außenbereich¹⁵⁷.

Ist das Gebiet, in dem das gestörte Grundstück liegt, von unterschiedlicher Qualität und Schutzwürdigkeit, hat sein Benutzer eine besondere Pflicht zur Rücksichtnahme¹⁵⁸. Er muss also Beeinträchtigungen hinnehmen, die er in einem Gebiet, in dem alle Grundstücke so oder zumindest so ähnlich genutzt werden wie sein eigenes, nicht hinnehmen müsste. Das gestörte Grundstück ist also durch bereits vorhandene Umwelteinflüsse „vorbelastet“¹⁵⁹.

c) Geräusch- und Geruchseinwirkungen sind in der Regel erst dann unwesentlich, wenn ein durchschnittlicher Mensch sie kaum noch empfindet¹⁶⁰. Bei Einhaltung der oben angesprochenen Richtwerte kann eine Beeinträchtigung gleichwohl wesentlich sein, insbesondere wenn immissionsbedingte Schäden eintreten¹⁶¹. Eine wesentliche Beeinträchtigung setzt keine besondere Häufigkeit und keine besondere Dauer voraus. Beide Kriterien können aber bei der Beantwortung der Frage von Bedeutung sein.

Die *Stärke der Reize* ist für den Grad ihrer Lästigkeit alleine nicht entscheidend. Es kommt vielmehr auch auf die Dauer und den Wechsel der Schall-, Licht- oder Geruchsreize an¹⁶². Auch die Tageszeit, zu der die Störung stattfindet, kann von Bedeutung sein, da Geräusche vor allem nachts¹⁶³ als wesentlich störender empfunden werden¹⁶⁴. Maßgebend ist sicherlich im Einzelfall jeweils eine Kombination der Kriterien Stärke, Dauer, Häufigkeit, Wechselhaftigkeit und Erwartungsdruck.

d) *Einzelheiten* können an dieser Stelle nicht referiert werden. Die neueste Rechtsprechung ist aber zuverlässig wiedergegeben bei *Palandt-Bassenge*¹⁶⁵ und – da gerade in Neuaufgabe erschienen – auch bei *Stadler*¹⁶⁶.

e) Bei der Prüfung, ob eine Beeinträchtigung wesentlich ist, ist unter Umständen auch das Problem der so genannten *summierten Emissionen* zu beachten¹⁶⁷. Werden nämlich durch die Emissionen verschiedener Nachbarn unabhängig voneinander Einwirkungen vorgenommen, die erst durch ihr Zusammenwirken eine wesentliche Beeinträchtigung ergeben, wird die Beeinträchtigung trotzdem durch jede einzelne Emission verursacht. Es kann keiner der Einwirkenden einwenden, es

¹⁵⁶BGHZ 120, 259; BGH NJW 1999, 357; *Stadler* 6 B 4.

¹⁵⁷Kritisch dazu *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 22; MünchKomm-Säcker § 906 Rdnr. 28 und AK-Winter § 906 Rdnr. 42.

¹⁵⁸Vgl. *Stadler* 6 B 4.

¹⁵⁹Zum Begriff der Vorbelastung vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 43 Rdnr. 33 und Rdnr. 61; *Alheit* S. 298 f.; *Stadler* a.a.O.

¹⁶⁰BGH NJW 82, 440.

¹⁶¹BGH NJW 1999, 1029.

¹⁶²Vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 23 m.w.N.; *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 23; *Bayer/Lindner/Grziwotz* a.a.O.

¹⁶³Vgl. hierzu die zeitliche Festsetzung in Art. 11 Bayerisches Immissionschutzgesetz.

¹⁶⁴*Stadler* 6 B 4.

¹⁶⁵§ 106 Rdnr. 6 ff.

¹⁶⁶BGHZ 6 B 13, der hier in alphabetischer Reihenfolge Einzelheiten bespricht. Empfehlenswert ist auch „Nachbarrecht von A bis Z“ von *Alheit*, das 1999 in der 7. Auflage erschien.

¹⁶⁷OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 1339; vgl. hierzu MünchKomm-Säcker § 906 Rdnr. 127; *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 35; *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 37; *Bayer-Lindner-Grziwotz* Kapitel 4 III 6.

müsse vor ihm ein anderer belangt werden oder seine Emission beeinträchtigt nur unwesentlich¹⁶⁸.

Erst wenn keine der Beeinträchtigungen für sich nach § 906 Abs. 2 Satz 1 abwehrbar ist, ist bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus § 823 BGB oder der Ansprüche gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB oder § 14 BimSchG zu prüfen, in welchem Ausmaß der einzelne Emittent an der Beeinträchtigung beteiligt war. Beeinträchtigen mehrere Störer, so haften sie nicht als Gesamtschuldner, sondern pro rata, also in dem gemäß § 287 ZPO¹⁶⁹ zu ermittelnden Ausmaß der einzelnen Emissionen¹⁷⁰.

f) Stellt man aufgrund des eben Besprochenen fest, dass eine Einwirkung nicht wesentlich ist, so besteht kein Anspruch auf Unterlassung oder Beseitigung gemäß § 1004 BGB.

6. Ortsüblichkeit

Ist die Einwirkung wesentlich, ist § 906 Abs. 2 BGB zu prüfen. Danach besteht eine Duldungspflicht nämlich auch bei wesentlichen Beeinträchtigungen, wenn sie durch eine *ortsübliche Benutzung des beeinträchtigenden* Grundstücks herbeigeführt werden und nicht durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen verhindert werden können. In diesem Falle ist jedoch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 ein angemessener Ausgleich in Geld zu bezahlen, wenn die Einwirkung eine *ortsübliche Benutzung des betroffenen* Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt.

a) Zunächst ist also zu prüfen, ob die Einwirkung Folge einer ortsüblichen Benutzung des emittierenden Grundstücks ist.

Der BGH spricht davon, dass im *maßgebenden Vergleichsbezirk* eine Mehrheit von Grundstücken in Art und Umfang annähernd gleich beeinträchtigend auf andere Grundstücke wirken müssen, es sei denn, das störende Grundstück habe einen das gesamte Gebiet prägenden Charakter¹⁷¹.

Ortsüblich ist eine Einwirkung nur dann, wenn sie andauert, sich wiederholt und in dem betroffenen Gebiet öfter vorkommt. Maßgebend ist dabei der aktuelle Zustand der Vergleichsgrundstücke zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung¹⁷². Mit einer Änderung der örtlichen Verhältnisse kann sich daher auch der Maßstab des ortsüblichen ändern. Die Ortsüblichkeit ist daher bei § 906 BGB keine starre Norm, sondern ein *beweglicher Regulator*¹⁷³.

Bei der Ortsüblichkeit kommt es entscheidend auf die tatsächlichen Verhältnisse an, also auf die gegenwärtige Nutzung¹⁷⁴, nicht auf die öffentlich-rechtliche Bauleitplanung. Diese kann nach wohl herrschender Ansicht nur als „Anhalt“ für die ortsübliche Grundstücksnutzung herangezogen werden¹⁷⁵.

¹⁶⁸RGZ 155, 154; RGZ 167, 14. Es besteht ein Unterlassungsanspruch gegen jeden Störer (wohl herrschende Meinung. Vgl. *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 35; a.A. *Westermann*, FS *Larenz* 1973, 1012.

¹⁶⁹A.A. *Staudinger-Roth* § 906 Rdnr. 250.

¹⁷⁰BGHZ 66, 70; OLG Zweibrücken NJW-RR 1986, 688; *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 36; *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 37.

¹⁷¹BGHZ 120, 239, 260; BGHZ 30, 273 = NJW 1959, 1867; BGH NTW 1983, 751.

¹⁷²BGH NJW 1976, 1204.

¹⁷³Vgl. *MünchKomm-Säcker* § 906 Rdnr. 90.

¹⁷⁴*Stadler* 6 B 5.

¹⁷⁵BGH NJW 1976, 1204; BGH NJW 1983, 751.

Dabei handelt es sich allerdings um eine in der gesamten Literatur äußerst umstrittene Frage¹⁷⁶. Pläne regeln eine Entwicklung nur im Grundsatz und in der Vorausschau. Eine konkrete Aussage über später zu erwartende Beeinträchtigungen im Bereich von Nachbar zu Nachbar können durch Pläne in der Regel nicht getroffen werden¹⁷⁷. Der privatrechtliche Immissionsschutz hat hier die Aufgabe, den Einzelnen vor der Aktualisierung konkreter Beeinträchtigungen zu schützen, die im Rahmen der Planung zunächst nur als Gefahren allgemeiner Art erkannt werden konnten. Zivilrechtlicher Nachbarschutz hat also die Funktion einer Feinregulierung im Nachhinein gegenüber der Planungsprognose des öffentlichen Rechts. Der zivilrechtliche Nachbarschutz dient daher als *Ultima Ratio*¹⁷⁸. Sind Einwirkungen allerdings aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften untersagt oder gehen sie von einer nicht genehmigten und nicht genehmigungsfähigen Anlage aus, sind sie nicht ortsüblich¹⁷⁹.

b) Bei der Bestimmung der Ortsüblichkeit ist das *Vergleichsgebiet* je nach der Situation im Einzelfall enger oder weiter abzugrenzen. Grundsätzlich maßgeblich sind allerdings die örtlichen Verhältnisse der Stadt oder des Dorfes, in dem das betroffene Grundstück liegt. Bei bebaubaren Grundstücken erfolgt eine Untergliederung entsprechend der Art der baulichen Nutzung in Anlehnung an die Begriffe der Baunutzungsverordnung¹⁸⁰. Bei der Abgrenzung einzelner Stadtbezirke und einzelner Strukturzonen muss es sich allerdings um Ausnahmefälle handeln, die jeweils einer genauen Feststellung, Begründung und Abgrenzung bedürfen¹⁸¹. Die Abgrenzung darf nicht willkürlich erfolgen¹⁸².

Der Begriff der Ortsüblichkeit setzt voraus, dass bei einer Mehrzahl von Grundstücken derselben Lage eine gleichartige Nutzung vorgenommen wird¹⁸³.

c) Eine *längere Zeitdauer* der Einwirkungen setzt der Begriff der Ortsüblichkeit nicht voraus. Die Einwirkungen sind auch dann ortsüblich, wenn sie durch Anlagen verursacht werden, die in größerer Anzahl kurz nacheinander in einer bis dahin hiervon nicht betroffenen Gegend entstanden sind¹⁸⁴. Richtig ist also die Feststellung von *Hagen*, dass rasch üblich wird, was im Werden durch erfolgreiche Abwehr, nicht nur durch mündliche Proteste, leicht hätte erstickt werden können¹⁸⁵.

d) Welche Nutzungsart die ältere ist, die beeinträchtigende oder die beeinträchtigte, hat bei der Prüfung der Ortsüblichkeit keine Bedeutung¹⁸⁶. Einen Grundsatz der *Priorität* gibt es nicht.

Eine im *Bebauungsplan* erst vorgesehene Benutzung hat noch keinen maßgebenden Einfluss auf die Ortsüblichkeit¹⁸⁷. Ent-

¹⁷⁶Vgl. *Hagen* NVwZ 1991, 817 ff.; *Dury* NJW 1994, 302 einerseits und *Papier* NVwZ 1986, 624; *Peine* Jus 1987, 176 andererseits.

¹⁷⁷Vgl. *Hagen* NVwZ 1991, 820; *Dury* in: Handbuch der Grundstückspraxis Teil 13 Rdnr. 80.

¹⁷⁸*Dury* a.a.O.

¹⁷⁹BGH WM 1999, 282; *Stadler* 6 B 5.

¹⁸⁰*Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 40; *MünchKomm-Säcker* § 906 Rdnr. 86; *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 26.

¹⁸¹RG JW 1919, 312.

¹⁸²BGB-RGRK-*Augustin* § 906 Rdnr. 41.

¹⁸³BGHZ 120, 239, 260.

¹⁸⁴OLG Hamm BB 1964, 1271.

¹⁸⁵*Erman-Hagen* § 906 Rdnr. 11.

¹⁸⁶*Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 26.

¹⁸⁷BGHZ 46, 35; *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 28.

spricht daher die tatsächliche Entwicklung nicht den Plänen, so ist der vorhandene Zustand maßgebend.

7. Wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen

Wesentliche und ortsübliche Beeinträchtigungen sind im Übrigen nur dann zu dulden, wenn sie nicht durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen verhindert werden können.

Abwehrmaßnahmen sind dabei nicht nur technische Einrichtungen, sondern auch sonstige Vorgänge und Verhaltensweisen, soweit sie eine Beeinträchtigung beseitigen oder vermindern. Wird z. B. eine Maschine in einer Fabrik nachts ganz oder teilweise abgestellt, handelt es sich dabei ebenso um eine Abwehrmaßnahme, wie wenn ein Parkplatz verlegt, die Spielzeit in einem Freilichttheater geändert oder besondere Schallschutzvorrichtungen eingebaut werden.

Nur *soweit* es sich um eine wesentliche Beeinträchtigung handelt, ist der beeinträchtigende Eigentümer verpflichtet, Abwehrmaßnahmen zu ergreifen. Mit der Abwehrmaßnahme ist daher nur der Teil der Einwirkungen zu begrenzen, der den durch § 906 Abs. 1 BGB gezogenen Rahmen überschreitet¹⁸⁸.

Die Abwehrmaßnahme muss zumutbar sein, und zwar objektiv zumutbar. Auf die finanzielle Leistungsfähigkeit des emittierenden Nachbarn kommt es daher nicht an¹⁸⁹.

Die Auswahl der zu Gebote stehenden Maßnahmen steht dem Störer selbst zu¹⁹⁰.

8. Ausgleich in Geld

Nach § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB muss der Nachbar wesentliche Beeinträchtigungen dann dulden, wenn sie eine ortsübliche Nutzung des emittierenden Grundstücks darstellen und durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen nicht abwendbar sind. Er kann jedoch einen *angemessenen Ausgleich in Geld* verlangen, sofern die ortsübliche Benutzung *seines* Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt wird.

a) Für die Frage der ortsüblichen Benutzung des betroffenen Grundstücks gelten dieselben Kriterien wie im Rahmen von § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB für die ortsübliche Benutzung des schädigenden Grundstücks.

Der Ertrag eines Grundstücks, der bei Ermittlung der Zumutbarkeit eine wichtige Rolle spielt, ist der Nettoertrag. Ertragsmindernd wirken sich daher auch erhöhte Aufwendungen aus¹⁹¹. Das Maß für die Unzumutbarkeit der Beeinträchtigung ist nicht der Betroffene selbst. Vielmehr kommt es auf das Empfinden eines durchschnittlichen Benutzers des betroffenen Grundstücks und seiner örtlichen Beschaffenheit, Ausgestaltung und Zweckbestimmung an¹⁹². Die Grenze der Zumutbarkeit kann dann weiterzuziehen sein, wenn der beeinträchtigte Grundstückseigentümer die konkret beeinträchtigte ortsübliche Nutzung zu einem Zeitpunkt vorgenommen hat, als er von der Immission bereits Kenntnis hatte¹⁹³. In diesem Rahmen kann daher der sonst unerhebliche Gesichtspunkt der Priorität eine Rolle spielen. Bei der Bestimmung der Zumutbarkeitsgrenze kann das Verhalten des beeinträchtigten Grundstückseigentümers und dessen ursächlicher Zusam-

menhang von Bedeutung sein (BGHZ 59, 378). Im Rahmen des Ortsüblichen können auch dem beeinträchtigten Nachbarn Schutzmaßnahmen aufwendiger Art zumutbar sein (BGHZ 66, 70).

b) Der Ausgleichsanspruch gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB ist *kein Schadenersatzanspruch*. Er ist ein verschuldensunabhängiger Anspruch und gegenüber dem Schadenersatzanspruch subsidiär (BGHZ 120, 239, 259). Er tritt an die Stelle des ausgeschlossenen Abwehrenspruchs. Es handelt sich daher um einen so genannten *privatrechtlichen Aufopferungsanspruch*¹⁹⁴. Er ist seiner Höhe nach auf einen angemessenen Ausgleich in Geld gerichtet. §§ 249 ff. BGB sind nicht anwendbar. Der Umfang des Ausgleichsanspruchs wird nach den Grundsätzen, die für die Bemessung der Enteignungsschädigung gelten, bestimmt¹⁹⁵. Die Höhe des Anspruches ist auf der Grundlage eines Vergleichs zu ermitteln, bei dem der Wert des mit den Immissionen belasteten Grundstücks gegenüberzustellen ist dem Wert, den das Grundstück in dem Zustand und in dem Umfeld hätte, bei denen der Eigentümer die Immission noch dulden müsste. Diese Differenz ist gemäß § 287 ZPO zu errechnen¹⁹⁶. Dem Anspruchsteller kann dabei allerdings auch entgegengehalten werden, er habe die Benutzung des belasteten Grundstücks erst in Kenntnis der schädlichen Einwirkungen begonnen¹⁹⁷.

c) Der Entschädigungsanspruch richtet sich *gegen den Benutzer* des anderen Grundstücks. Benutzer ist derjenige, der die Nutzungsart des beeinträchtigenden Grundstücks bestimmt¹⁹⁸. Es haftet daher nicht der Handlungsstörer, sondern der Zustandsstörer, also der Begünstigte¹⁹⁹.

§ 906 Absatz 2 Satz 2 BGB wird analog angewandt, wenn der beeinträchtigte Eigentümer eines Grundstücks die Einwirkungen zwar nicht gemäß § 906 BGB dulden muss, er aber nicht gegen sie vorgehen konnte, weil die Einwirkung plötzlich und unerwartet auftrat²⁰⁰. Die erlittenen Nachteile müssen aber auch hier das zumutbare Maß der entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigungen überschreiten, wenn der Ersatzanspruch bestehen soll²⁰¹.

d) *Gläubiger des Anspruchs* ist in der Regel der Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks. Aber auch der Erbbauerechtsberechtigte, der Inhaber einer Dienstbarkeit oder eines Dauerwohnungsrechtes sowie der aufgrund eines schuldrechtlichen Vertrags berechtigte Besitzer, also etwa der Pächter²⁰², kommen als Anspruchsinhaber in Frage.

Der bloße Benutzer ist nicht anspruchsberechtigt²⁰³.

¹⁸⁸BGH NJW 1962, 2341.

¹⁸⁹Düsseldorf OLGZ 80, 16, OLG Karlsruhe DB 1965, 690.

¹⁹⁰Meisner-Ring-Götz § 13 Rdnr. 71; BGB-RGRK-Augustin § 906 Rdnr. 54.

¹⁹¹BGHZ 66, 70.

¹⁹²BGHZ 49, 148.

¹⁹³Vgl. BGH NJW 1977, 894.

¹⁹⁴Meisner-Ring-Götz § 13 Rdnr. 75. Vgl. hierzu grundsätzlich: *Konzen*, Aufopferung im Zivilrecht, Berlin (1969) S. 137 ff. (Nachbarrecht), S. 199 ff. (Immissionsfälle).

¹⁹⁵BGHZ 90, 255, 263 = NJW 1990, 3195; *Soergel-Baur* § 906 Rdnr. 117; a.A. *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 33; *MünchKomm-Säcker* § 906 Rdnr. 124.

¹⁹⁶BGH NJW 1958, 749; BGHZ 62, 361; *Alheit* S. 26.

¹⁹⁷BGH NJW 1977, 894.

¹⁹⁸Vgl. BGHZ 72, 289 = NJW 1979, 164; BGHZ 85, 375 = NJW 1983, 872.

¹⁹⁹Vgl. BGHZ 72, 289 = NJW 1979, 164; *Münch-Komm-Säcker* § 906 Rdnr. 123. Zum Verhältnis zwischen dem Anspruch gegenüber dem Benutzer des anderen Grundstücks und dem aktiv Tätigen, also etwa dem Bauunternehmer oder dem Architekten, vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 76 m.w.N.

²⁰⁰Vgl. BGH NJW 1999, 2896; *Palandt-Bassenge* § 106 Rdnr. 42; *Stadler* 6 B 7 b.

²⁰¹BGHZ 122, 283; *BHZ* 72, 289, 294 f.; *Stadler* a.a.O.

²⁰²Vgl. BGHZ 30, 280 = NJW 1959, 1867.

²⁰³BGHZ 92, 143.

e) Der Anspruch *verjährt* gemäß § 195 BGB in dreißig Jahren.

f) Der Grundstückseigentümer, der wegen des Minderwerts, den sein Grundstück durch eine wesentliche und nicht ortsübliche Immission erlitten hat, einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen kann, ist unter Umständen verpflichtet, dem Störer eine Dienstbarkeit zu bestellen, die die sich aus § 906 BGB ergebende Duldungspflicht im Grundbuch absichert²⁰⁴. Diese Dienstbarkeitsbestellung kann Teil eines Gesamtausgleichs sein, einer Gesamtbereinigung nach einem lange andauernden immissionsschutzrechtlichen Streit²⁰⁵.

g) Neben § 906 BGB sind auch öffentlich-rechtliche Immissionsschutzvorschriften zu beachten, natürlich vor allem das Bundes-Immissionsschutzgesetz. Der Begriff der schädlichen Einwirkung im Sinne von § 3 BImSchG ist auch für das private Nachbarrecht maßgebend²⁰⁶.

Das Bayerische Immissionsschutzgesetz, das im Anhang ebenfalls teilweise abgedruckt ist, enthält neben den Ausführungsbestimmungen zum Bundes-Immissionsschutzgesetz auch eigenständige immissionsschutzrechtliche Vorschriften, die jeweils Schutzgesetze im Sinne von § 823 Absatz 2 BGB darstellen und daher Grundlage für einen quasi-negatorischen Beseitigungsanspruch sein können.

Die Beseitigung von geruchsbelästigenden Abfällen ist im Kreislaufwirtschafts-Abfallgesetz vom 27.9.1994²⁰⁷ sowie im Bayerischen Abfallwirtschafts- und Altlastengesetz vom 9.8.1996²⁰⁸ geregelt.

Beim Lagern, Kompostieren und Verbrennen von pflanzlichen Abfällen ist die in Anlage ebenfalls abgedruckte Verordnung über die Beseitigung von pflanzlichen Abfällen außerhalb zugelassener Beseitigungsanlagen vom 13.3.1984²⁰⁹ zu beachten.

Der *Rasenmäherlärm* ist durch Verordnung vom 27.4.1993 (8. BImSchV) geregelt ist. Motorrasenmäher dürfen daher grundsätzlich nicht an Sonn- und Feiertagen und nicht an Werktagen zwischen 19.00 Uhr und 7.00 Uhr betrieben werden. Eine Ausnahme gilt nur für Rasenmäher mit einer Lärmentwicklung von weniger als 88 dB. Diese dürfen an allen Tagen, ausgenommen in der Zeit von 22.00 Uhr bis 7.00 Uhr, betrieben werden.

9. Formulierung von Anträgen und Vergleichen

§ 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO ordnet an, dass die Klageschrift eine „bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag“ enthalten muss. Dies ist häufig im nachbarrechtlichen Bereich nicht in dem sonst üblichen Ausmaß möglich.

Den Klageantrag bestimmt zu fassen, ist allerdings dann möglich und notwendig, wenn eine Zahlungsklage eingereicht werden soll, auch eine Zahlungsklage, die auf § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB gestützt ist. Der geforderte Betrag ist genau zu beziffern.

Anders aber ist es bei der Störungsabwehrklage nach § 1004 BGB mit dem Ziel der Unterlassung oder Beseitigung. Dabei ist es in der Regel zulässig, den Antrag darauf zu richten, ge-

eignete Maßnahmen zu ergreifen, um eine näher bezeichnete und definierte Störung zu unterlassen oder zu beseitigen²¹⁰. Dies gilt insbesondere bei Geruchsbelästigungen. Hier können sich der Klageantrag und die Verurteilung und der im Rahmen der Schlichtung vorgenommene Vergleich auf ein allgemeines an dem Gesetzeswortlaut angelehntes Unterlassungsgebot beschränken. Wird die Unterlassung der beanstandeten Immission verlangt, genügt es, in der Klage die Vorname „geeigneter Maßnahmen“ zu beantragen²¹¹.

Denn gerade in Fällen von Geruchsbelästigungen ist es nicht möglich, diese zu quantifizieren, damit messbar zu machen und sie auf der Grundlage von Grenz- oder Richtwerten zu fixieren²¹². Fehlt es aber an jeder Möglichkeit zur Quantifizierung, muss es hingenommen werden, dass erst der Vollstreckungsrichter letztlich die endgültige Entscheidung trifft, da er aus dem Vergleich oder dem Urteil des Erkenntnisverfahrens nur einen allgemeinen und damit notwendigerweise pauschalen Ansatz und Maßstab für die Beurteilung bekommt. Im Übrigen ist es Sache des Störers selbst, die Art der Abhilfe zu bestimmen, wenn er dazu verurteilt wurde, die Störung zu beseitigen²¹³. Etwas anderes gilt allerdings, wenn nur eine bestimmte Maßnahme ergriffen werden kann²¹⁴, sofern diese quantifizierbar und damit bestimmbar ist. Im Schlichtungsverfahren selbst sollte man versuchen, auch diese Einzelheiten bereits einvernehmlich zu regeln, soweit sie regelbar sind. Insbesondere sollte im Vergleichsprotokoll mitgeteilt werden, worin die Wesentlichkeit der Beeinträchtigung gesehen wird²¹⁵, damit hierüber im Vollstreckungsverfahren kein Streit mehr entstehen und der Vollstreckungsrichter zielgerichtet entscheiden kann.

10. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die einzelnen Konfliktlösungen in §§ 1004, 906 BGB unter Berücksichtigung von § 823 BGB nach der jeweiligen Interessenlage differenziert vorgenommen werden und einen dreifach abgestuften Eigentumsschutz vorsehen²¹⁶: Zunächst einen verschuldensunabhängigen Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch, dann in zweiter Linie einen ebenfalls verschuldensunabhängigen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch²¹⁷ und in dritter Linie verschuldensabhängige Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung. Nachbarrechtliche Vorschriften können hierbei Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB sein (vgl. *Hagen* a.a.O.).

Im Übrigen kann man § 906 BGB der Übersichtlichkeit wegen wie folgt zusammenfassen:

- a) *Zu dulden sind*:
 - (1) Unwesentliche Beeinträchtigungen immer.
 - (2) Wesentliche Beeinträchtigungen nur dann, wenn
 - aa) ortsüblich
 - und
 - bb) durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen nicht verhinderbar.

²⁰⁴ Vgl. BGH NJW 1970, 856; *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 77.

²⁰⁵ Vgl. BGH NJW 1970, 856; *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 77.

²⁰⁶ Vgl. oben bei Fn 133.

²⁰⁷ BGBl. I 2705.

²⁰⁸ GVBl 396.

²⁰⁹ GVBl 100.

²¹⁰ Vgl. BGH NJW-RR 1996, 659; BGH NJW 1999 Seite 356 und 357; *Dury* in: Handbuch der Grundstückspraxis Teil 13 Rdnr. 111.

²¹¹ *Stadler* 6 b 10 c.

²¹² BGH NJW 1999, 357; *Stadler* 6 b 10 c.

²¹³ Vgl. BGH NJW 1995, 714; *Dury* a.a.O.

²¹⁴ Vgl. BGHZ 59, 205, 208; BGHZ 121, 248, 251; *Stadler* 6 b 10 c.

²¹⁵ *Dury* in: Handbuch der Grundstückspraxis Teil 13 Rdnr. 122.

²¹⁶ Vgl. *Hagen* NVwZ 1991, 817.

²¹⁷ § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB bei Immissionen; ähnlich in § 912 Abs. 2 BGB für den Überbau und in § 917 Abs. 2 BGB für den Notweg.

- b) *Nicht zu dulden sind:*
- (1) Wesentliche und ortsunübliche Einwirkungen.
 - (2) Wesentliche und ortsübliche Einwirkungen, die auf wirtschaftlich zumutbare Weise verhindert werden können.
- c) *Zu entschädigen sind* Einwirkungen, die
- (1) zu dulden sind
und
 - (2) durch die die ortsübliche Nutzung des beeinträchtigten Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt werden.

E. Treu und Glauben im Nachbarrecht (nachbarschaftliches Gemeinschaftsverhältnis)

Der allenthalben gebrauchte Begriff des nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnisses ist nichts anderes als die Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben für den besonderen Bereich des Zusammenlebens von Grundstücksnachbarn²¹⁸. § 242 BGB kommt deshalb eine ausgleichende Bedeutung zu, weil die beiden in § 903 BGB angelegten Grundsätze – nämlich das Recht, mit dem Grundstück nach Belieben verfahren zu können und das ihm teilweise widersprechende Recht, das eigene Grundstück vor Störungen, die vom Nachbargrundstück ausgehen, schützen zu dürfen – häufig Grund für nachbarrechtliche Konflikte sind, die alleine durch die nachbarrechtlichen Bestimmungen des BGB und des AGBGB nicht gelöst werden können. Zwar sind diese Vorschriften in erster Linie maßgebend. Der auf § 242 BGB zurückzuführende Grundsatz des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses muss eine durch zwingende Gründe erforderte Ausnahme von der gesetzlichen Regel bleiben²¹⁹. Trotzdem aber ist ein Ausgleich einander widersprechender Interessen im Einzelfall ohne das feine *Instrument des § 242* nicht möglich²²⁰.

Da man sich heute darüber einig ist, dass Rechtsgrundlage § 242 BGB ist, sollte man auf den im Dritten Reich entstandenen Begriff des „nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnisses“ verzichten. Dieser Begriff täuscht nämlich ein tatsächlich nicht vorhandenes schuldrechtliches Verhältnis zwischen den benachbarten Grundstückseigentümern vor und verleitet daher zur Anwendung von § 278 BGB²²¹. Demgegenüber ist die wohl herrschende Meinung der Ansicht, dass ein Grundstückseigentümer für die durch seine *Hilfsperson* begangenen Verletzungen von nachbarrechtlichen Verpflichtungen nicht nach § 278 BGB, sondern nach § 831 BGB haftet²²².

²¹⁸BGB-RGRK-Augustin § 903 Rdnr. 29; Meisner-Ring-Götz § 11 Rdnr. 13.

²¹⁹BGH NJW 1984, 729; BGH NJW 1991, 2826.

²²⁰Vgl. BGHZ 28, 110 = NJW 1965, 389; BGHZ 58, 149; BGHZ 68, 353 = NJW 1977, 1447; BGHZ 88, 351; BGH NJW 1990, 2555; BGH NJW 1995, 2633; BayObLG BayVBI 1992, 412; Stadler 1 Anmerkung 6; Sprau, Justizgesetze in Bayern (1988) Rdnr. 8 ff. vor Art. 43 AGBGB; Brox JA 1984, 182; Deneke, Das nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis (1987); Palandt-Bassenge § 903 Rdnr. 13.

²²¹Vgl. etwa Mühl NJW 1960, 1133; Palandt-Heinrichs § 278 Rdnr. 3.

²²²BGHZ 42, 374; BGHZ 62, 243 = NJW 1974, 1189; Staudinger-Löwisch § 278 Rdnr. 5.

Als Entschädigung für die aufgrund von § 242 BGB gegebenen Duldungspflichten besteht unter Umständen ein so genannter *nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch*²²³.

Grundsätzlich wird mit Hilfe von § 242 BGB im Bereich des Nachbarrechts *nur eine Einschränkung* bestehender Rechte vorgenommen²²⁴. Nur ausnahmsweise führt der Gesichtspunkt von Treu und Glauben auch zu einem Anspruch auf Vornahme einer Handlung, etwa um eine Gefahrenquelle zu beseitigen²²⁵. Darüber hinaus wird von manchen aus § 242 BGB auch dann ein Anspruch – nämlich ein Abwehrensanspruch – abgeleitet, wenn, wie bei so genannten negativen Einwirkungen, die Voraussetzungen von § 1004 BGB nicht vorliegen, die Ausübung der Rechte aus dem Eigentum aber gleichwohl rechtsmissbräuchlich erscheint²²⁶.

Da die wohl herrschende Meinung Schwierigkeiten mit dem Begriff der „ähnlichen Einwirkung“ im Rahmen von § 906 BGB hat, und deswegen herumstromernde Tiere nicht richtig einordnen kann, werden Duldungspflichten bei Grenzüberschreitung durch Haustiere häufig bei § 242 BGB angesiedelt²²⁷.

Weitere Einzelfälle: Verpflichtung, das Aufstellen von Baumaschinen zu ermöglichen²²⁸; Aufstellen eines Baugerüsts zur Garagenausbesserung²²⁹; Duldung von Reklameschildern, die in den Luftraum des Nachbarn hineinragen²³⁰; Verpflichtung zum Stehenlassen einer vom Nachbarn dringend benötigten Grenzwand²³¹; Duldung eines geringfügigen Grenzüberbaus mit einem Bauwerk, das kein Gebäude im Sinn von § 912 BGB darstellt²³².

F. Zusammenfassung anhand eines Beispiels: Immissionen, die von Pflanzen ausgehen

Um das Zusammenspiel von § 1004 BGB einerseits und § 906 BGB mit seiner Duldungspflicht auf der einen Seite und den Ausgleichsansprüchen auf der anderen Seite zu verdeutlichen, soll noch auf ein im nachbarrechtlichen Bereich immer wiederkehrendes Problem eingegangen werden: nämlich auf die Beeinträchtigung eines Grundstücks durch jene Immissionen, die durch Unkrautsamen, Blätter und Laub verursacht werden.

1. Abwehrensanspruch

Zu prüfen ist zunächst, ob überhaupt ein Abwehrensanspruch aus § 1004 BGB besteht. Entscheidend ist dabei, ob der Eigentümer des Grundstücks, von dem aus die Unkrautsamen, das Laub oder die Blätter ihren Ausgang nehmen, Störer im Sinne von § 1004 BGB ist.

²²³Vgl. BGH NJW 1977, 1477; BGH NJW 1984, 2207 und Meisner-Ring-Götz § 38 Rdnr. 42 ff. insbesondere Rdnr. 52.

²²⁴BGH NJW 1984, 730.

²²⁵BGB-RGRK-Augustin § 903 Rdnr. 29.

²²⁶Vgl. BGH LM § 903 BGB Nr. 2; Staudinger-Gursky § 1004 Rdnr. 48.

²²⁷Vgl. Einzelnachweise bei Palandt-Bassenge § 903 Rdnr. 13.

²²⁸LG Hannover MDR 1962, 480.

²²⁹LG Aachen NJW 1966, 204; OLG Hamm NJW 1966, 599. Zu diesem sogenannten Hammerschlags- und Leiterrecht vgl. im Übrigen auch Meisner-Ring-Götz § 25 Rdnr. 2; Stadler 8 B 2; Just BayVBI 1985, 293.

²³⁰OLG Hamburg MDR 1969, 576.

²³¹BGH NJW 1977, 1447.

²³²AG Nürtingen NJW-RR 1986; 504.

Das bloße Wirken von *Naturkräften*²³³ ist grundsätzlich keine nach § 1004 BGB abzuwehrende Beeinträchtigung. Die Störereigenschaft ist aber dann zu bejahen, wenn die Beeinträchtigungen, also Samen, Laub oder sonstige Keime, aus einer künstlichen, vom Eigentümer oder seinem Rechtsvorgänger vorgenommenen Anpflanzung stammen²³⁴.

Bei Unkraut oder bei Pflanzen, die aus einem nicht gesäten Samen entstanden sind, hilft diese Überlegung nicht weiter: Hier wird von der wohl herrschenden Meinung die Störereigenschaft deshalb verneint, weil das bloße Untätigwerden gegenüber der Natur den Eigentümer nicht zum Störer mache. Eine *Garantenstellung* bestehe nicht²³⁵. Dagegen wird allerdings eingewandt, dass häufig nicht ermittelt werden kann, ob der betreffende Baum gepflanzt wurde oder durch Ansamung wild gewachsen ist²³⁶.

Meines Erachtens kommt es allerdings darauf nicht an. Auch wenn man die sich ausschließlich aus dem Eigentum ergebende Garantenpflicht²³⁷ mit der herrschenden Meinung ablehnt, wird man, wenn man einen Gedanken von *Medicus* fortsetzt, zu folgendem Ergebnis kommen: *Alleine* die Tatsache, dass jemand Eigentümer ist, führt nach den Grundsätzen des BGB zwar zu keiner Haftungszurechnung²³⁸. Es muss also immer zum Eigentum ein weiterer Tatbestand hinzutreten, der eine Haftungszurechnung rechtfertigt. Sobald aber jemand als Eigentümer und Besitzer sein Grundstück so zu ordnen beginnt, dass er bestimmte Bäume oder Sträucher pflanzt, andere Bäume oder Sträucher, die auf natürlichem Wege angesät wurden, ausschneidet oder aber – dies ist die andere Alternative – eben nicht ausschneidet, also in sein Gartenkonzept mit einbaut, verwirklicht er einen Tatbestand, der eine *Zurechnung der Gesamtgestaltung* zulässt und damit eine Anwendbarkeit von § 1004 BGB.

Bei dieser Anwendung von § 1004 BGB kommt es dann nicht mehr darauf an, ob der Baum oder der Strauch gepflanzt oder auf natürlichem Wege gesät wurde. Die Fälle, in denen § 1004 BGB deshalb nicht anwendbar ist, weil die Existenz des Strauches oder des Baumes ausschließlich auf natürlichem Wege erfolgte, werden daher relativ selten sein.

2. Duldungspflicht

Bejaht man den Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB, ist die Duldungspflicht gemäß § 1004 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 906 BGB zu prüfen.

a) Bei Laub und *ähnlichen Einwirkungen* handelt es sich nach ganz herrschender Meinung um eine ähnliche Einwirkung im Sinne von § 906 Abs. 1 BGB²³⁹. Dies lässt sich mit der von mir genannten Definition²⁴⁰ – trotz der „Wägbarkeit“ von Laub- und Blütenbefall – gut begründen.

²³³Vgl. oben C 1 e.

²³⁴BayObLG BayVBl 1992, 412; OLG Karlsruhe NJW 1983, 2886; *Palandt-Bassenge* § 1004 Rdnr. 6; *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 12; *Bayer-Lindner-Grziwotz* Kap. 4 B I; *Stadler* 10 C; Müller NJW 1988, 2587.

²³⁵BGHZ 122, 283; NJW 99, 2896.

²³⁶*Staudinger-Gursky* § 1004 Rdnr. 57; OLG Düsseldorf NJW-RR 1990, 144; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1231.

²³⁷Sogenannte Eigentumstheorie: vor allem *Pleyer* AcP 156, 291 ff.; JZ 1961, 499 ff.

²³⁸MünchKomm-*Medicus* § 1004 Rdnr. 38.

²³⁹Vgl. OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 204; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1231; *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 13.

²⁴⁰Vgl. Abschnitt D. 3.

b) In der Regel werden die Beeinträchtigungen durch Laub, Nadeln und Blütenstaub jedoch *keine wesentlichen Beeinträchtigungen* sein²⁴¹. Hinüberfliegende Pilzkeime oder Unkrautsamen, insbesondere von Löwenzahn, können aber nach Ansicht mancher im Regelfall sogar wesentlich sein²⁴², sodass es im Einzelfall ganz auf die Frage der Ortsüblichkeit ankomme²⁴³.

Bei der Frage, ob eine wesentliche Beeinträchtigung vorliegt, ist nicht auf die subjektive Empfindlichkeit der Betroffenen abzustellen, sondern auf das Empfinden eines durchschnittlichen Bewohners des jeweils betroffenen Gebietes²⁴⁴. Unter Berücksichtigung der neueren BGH-Rechtsprechung²⁴⁵ wird man auch hier den verständigen Nachbarn zitieren müssen, also einen Nachbarn, der insbesondere im Zusammenhang mit Laubfall und Ähnlichem die Bedeutung des Naturschutzes in seine Überlegungen entscheidend miteinbezieht.²⁴⁶

c) Überschreitet die Einwirkung den Gradmesser des Wesentlichen, so ist die Einwirkung gleichwohl zu dulden, wenn die Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benutzung des einwirkenden Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann.

Wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen, die das Hinüberfallen von Blättern, Nadeln oder Samen verhindern, gibt es nicht. Auch durch mehrmaliges Zurückschneiden lässt sich Samenflug nicht dauerhaft abstellen²⁴⁷.

Eine *ortsübliche* Benutzung des beeinträchtigenden Grundstücks wird in Wohngebieten mit Gärten, in denen Bäume gepflanzt wurden, regelmäßig der Fall sein.

3. Ausgleichsanspruch

Muss der betroffene Nachbar das Eindringen von Blüten, Nadeln und Samen gemäß § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB trotz einer wesentlichen Beeinträchtigung hinnehmen, steht ihm meistens kein Ausgleich in Geld nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB zu, da in der Regel die ortsübliche Benutzung des Grundstücks oder dessen Ertrag nicht über das zumutbare Maß beeinträchtigt sein wird. (Vgl. § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB)²⁴⁸.

In Ausnahmefällen wird man aber unter Umständen zu einem Geldausgleich kommen²⁴⁹. *Stadler* spricht zu Recht davon,

²⁴¹Vgl. statt aller *Palandt-Bassenge* § 906 Rdnr. 13 und Rdnr. 17; *Bayer/Lindner/Grziwotz* Kap. 4 B II; *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 12; *Engel* NuR 1982, 247; *Staudinger-Roth* § 906 Rdnr. 153 BayObLG AgrarR 1992, 312; MünchKomm-*Säcker* § 906 Rdnr. 180; *Stadler* 10 C.

²⁴²So *Staudinger-Roth* § 906 Rdnr. 154.

²⁴³Vgl. aber demgegenüber OLG Düsseldorf OLGZ 1993, 451; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 123.

²⁴⁴BGH NJW 1984, 2207; BGH NJW 1985, 2823.

²⁴⁵Vgl. oben D. 5. b.

²⁴⁶Vgl. zur ökologischen Bedeutung von Bäumen im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit: OLG Frankfurt NJW 1988, 2618; OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 204; Müller NJW 1988, 2587; *Stadler* 10 C.

²⁴⁷*Bayer/Lindner/Grziwotz* Kap. 4 B II, S. 108; *Schmidt* NJW 1988, 29; OLG Frankfurt NJW 1988, 2618.

²⁴⁸Vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 13 Rdnr. 12; *Bayer-Lindner-Grziwotz* 4 B II 3; *Stadler* 10 C je m.w.N.

²⁴⁹Vgl. die Zusammenstellung bei *Bayer/Lindner/Grziwotz* Kap. 4 B II 3; LG Wiesbaden NJW 1979, 2617; OLG Karlsruhe NJW 1983, 2886; OLG Nürnberg RdL 1972, 36, LG Aschaffenburg NJW 1987, 1272; LG Lübeck NJW-RR 1987, 532.

dass Ausgleichsansprüche in Geld „nur bei wirklich extremen Beeinträchtigungen vorstellbar“ seien²⁵⁰. Er weist ebenfalls zu Recht darauf hin, dass bei der Berechnung eines eventuell zuzubilligenden Ausgleichsanspruchs nur der Reinigungsaufwand für den Teil des Laubfalls angesetzt werden kann, der die zumutbare Beeinträchtigung übersteigt²⁵¹.

4. § 242 BGB

Bei Unkraut und bei Pflanzen, die aus einem nicht gesäten Samen entstanden sind, bleibt im Übrigen, da nach wohl herrschender Meinung schon § 1004 BGB nicht anwendbar ist, nur der Rückgriff auf § 242 BGB als einer Art Notbremse, aus der sich atypischerweise die Pflicht des Eigentümers ergeben kann, Beeinträchtigungen zu verhindern, zu beseitigen oder auszugleichen (vgl. BGHZ 28, 110; OLG Karlsruhe RdL 1972, 8; *Palandt-Bassenge* § 1004 Rdnr. 6 a; vgl. auch BGH NJW 1989, 2541; aA *Stadler* 10 C). Die in § 906 BGB normierten Grundsätze müssen dabei jedoch ebenfalls beachtet werden.

G. Grenzabstand von Pflanzen

1. Anspruchsnorm

Gegen überhängende Zweige und eindringende Wurzeln hat der Eigentümer ein Selbsthilferecht gemäß § 910 BGB und wahlweise einen Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB. Dieser Schutz alleine genügt jedoch nicht, da Wurzeln und Zweige immer wieder auf das benachbarte Grundstück übergreifen und dessen Nutzbarkeit für seinen Eigentümer, vor allem hinsichtlich seiner Ertragsfähigkeit, immer wieder beeinträchtigen.

Art. 47 ff. AGBGB bestimmen daher, dass beim Anpflanzen von Bäumen, Sträuchern etc. ein bestimmter Abstand einzuhalten ist. Bei Art. 47 AGBGB handelt es sich, wie schon der Wortlaut „kann verlangen“ zeigt, um *einen eigenen*, dem § 1004 BGB allerdings wesensverwandten *Anspruch*²⁵² des Nachbarn. Dieser Anspruch ist eine Erweiterung des Inhalts des Eigentums am Nachbargrundstück und verfassungsrechtlich unbedenklich²⁵³. Auch Art. 52 Absatz 1 AGBGB spricht von den sich aus Art. 46 Absatz 1 ergebenden Ansprüchen. Es handelt sich also um Ansprüche, die den aus §§ 907–909 BGB abgeleiteten Ansprüchen vergleichbar sind. Die besondere Bedeutung von Art. 47 ff. AGBGB liegt in dem bundesrechtlich nicht geregelten Schutz vor dem Entzug von Licht und Sonne durch Pflanzen²⁵⁴.

Dabei ist zwischen Strauch und Halbstrauch, für die die Abstandspflicht gilt, einerseits und der Staude andererseits, für die keine Abstandspflicht gilt, zu unterscheiden²⁵⁵. Sträucher sind mehrjährige Holzgewächse. Auch die Halbsträucher (z. B. Himbeere, Brombeere) zählen noch zu den Holzgewächsen. Bei ihnen sterben die fruchttragenden Zweige im Herbst ab; die anderen aber verholzen. Stauden, wie etwa Malven oder Rittersporn, sind demgegenüber Gewächse, bei denen alle über dem Boden befindlichen Teile im Herbst absterben.

²⁵⁰ *Stadler* 10 C.

²⁵¹ *Stadler* a.a.O.; *Müller* NJW 1988, 2587.

²⁵² Vgl. *Sprau* Art. 47 Rdnr. 2.

²⁵³ BayObLGZ 1993, 100, 107; *Bayer/Lindner/Grziwotz* 8 B I 1.

²⁵⁴ *Bayer/Lindner/Grziwotz* 8 B vor I.

²⁵⁵ Vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 2; *Stadler* 10 A; *Alheit* S. 8.

Der Abstand einer Pflanze zur Grenze ist nur dann einzuhalten, wenn der Berechtigte dies verlangt. Dieser Anspruch kann jederzeit formlos geltend gemacht werden, solange er noch nicht verjährt ist.

Die Ansprüche gemäß Art. 47–51 AGBGB sind ausschließlich vor dem Gericht geltend zu machen, in dessen Bezirk das beeinträchtigte Grundstück liegt²⁵⁶.

2. Inhaber des Anspruchs

Anspruchsberechtigt sind der Eigentümer, der Erbbauberechtigte und alle im Rahmen von § 1004 BGB gleich gestellten dinglich Berechtigten²⁵⁷.

Art. 47 AGBGB gilt unter bestimmten Umständen auch für das Verhältnis von Wohnungseigentümern untereinander, wenn etwa deren Gartenflächen als Sondernutzungsrechte zugeordnet sind²⁵⁸.

Dem bloß schuldrechtlich Berechtigten – etwa dem Mieter oder Pächter – steht der Anspruch nicht zu²⁵⁹. Für diese nun von mir ebenfalls vertretene Ansicht, die dinglich Berechtigten, soweit sie zum Besitz befugt sind, in den Kreis der Anspruchsberechtigten einzubeziehen, die Mieter und Pächter aber als Anspruchsberechtigte auszuschließen – dies die wohl nunmehr herrschende Meinung – sprechen einige wesentliche Argumente, die insbesondere von *Sprau*²⁶⁰ vorgebracht wurden. Er weist zunächst einmal zu Recht darauf hin, dass der Anspruch aus Art. 47 AGBGB nicht identisch ist mit dem Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB, also nicht entsprechend gleich behandelt werden müsse. Im Übrigen sollen nicht die häufig wechselnden Mieter oder Pächter über nachbarrechtliche Beziehungen entscheiden, sondern der Eigentümer oder der an dessen Stelle vor Ort handelnde Nießbrauchsrechte oder Wohnungsberechtigte²⁶¹. Wichtig ist darüber hinaus aber auch, dass der Anspruch aus Art. 47 AGBGB und ähnliche Ansprüche, etwa der Anspruch aus Art. 43 AGBGB, aber auch das Selbsthilferecht gemäß § 910 BGB, rechtlich gleich behandelt werden, soweit es um die Feststellung des Anspruchsberechtigten oder des Selbsthilfeberechtigten geht²⁶². Gegen die Berechtigung von Mietern und Pächtern spricht darüberhinaus meines Erachtens, dass Art. 124 EGBGB nur Vorschriften unberührt lässt, die „das Eigentum an Grundstücken“ weiteren Beschränkungen unterwerfen. Von den bloßen Besitzrechten eines Mieters oder Pächters wird in diesem Zusammenhang nicht gesprochen. Nießbrauchsrechte und Wohnungsrechte können demgegenüber als eigentumsrechtliche Splitterrechte zwanglos in Art. 124 EGBGB einbezogen werden.

3. Schuldner des Anspruchs

Anspruchsgegner ist derjenige, der für das den nachbarrechtlichen Vorschriften widersprechende Anpflanzen verantwort-

²⁵⁶ BayObLGZ 1996, 14; *Stadler* 10 D 5.

²⁵⁷ *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 4; *Sprau* Art. 47 Rdnr. 33; *Bayer/Lindner/Grziwotz* 8 B IV 1; *Staudinger-Beutler* § 910 Rdnr. 3; *Alheit* S. 9; a.A. *Stadler* 10 D II.

²⁵⁸ BayObLGZ 1982, 69 = Rechtspfleger 1982, 219; wegen Einzelheiten zum WEG und dem Grenzabstand von Pflanzen: *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 5 m.w.N.

²⁵⁹ *Sprau* Art. 47 Rdnr. 33; *Bayer/Lindner/Grziwotz* 8 B V 1; *Alheit* S. 9; a.A. *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 4. Diese Ansicht gebe ich hiermit auf.

²⁶⁰ *Sprau* Art. 47 Rdnr. 31 und *Sprau* Art. 47 Rdnr. 33.

²⁶¹ Vgl. *Sprau* Art. 43 Rdnr. 31.

²⁶² So – allerdings von einer anderen Position aus – *Stadler* 10 D II 2 in Fn 40.

lich ist. Dies ist zunächst regelmäßig der Besitzer, der selbst angepflanzt hat, und zwar unabhängig davon, ob er auch Eigentümer ist. Anspruchsgegner ist aber auch der Eigentümer, denn er hält den in Widerspruch mit dem Inhalt des Eigentums stehenden Zustand dadurch aufrecht, dass er die aus seinem Verhältnis zu den Besitzern möglichen Rechte auf Durchsetzung der gesetzmäßigen Nutzung nicht wahrnimmt. Welcher der beiden in Anspruch genommen wird, hat der Anspruchsinhaber zu entscheiden²⁶³.

4. Grenzabstand

Der *Grenzabstand* beträgt für Bäume, Sträucher, Hecken, Wein- oder Hopfenstöcke bis zu einer Höhe von zwei Metern 0,5 Meter. Sind derartige Pflanzen höher als zwei Meter, beträgt der Grenzabstand zwei Meter, gegenüber einem landwirtschaftlichen Grundstück sogar vier Meter (vgl. Art. 58, 50 AGBGB).

Sind in einem *Bebauungsplan* Vorschriften über die Bepflanzung enthalten, werden dadurch die Abstandsvorschriften des AGBGB nicht ausgeschlossen, da die gemeindliche Satzung das AGBGB nicht verdrängen kann²⁶⁴.

b) Vom Grundsatz des Art. 47 Abs. 1 AGBGB gibt es *folgende Ausnahmen*:

aa) Zugunsten eines Waldgrundstücks kann auch für Pflanzen, die höher sind als zwei Meter, nur ein Abstand von 0,50 Meter verlangt werden: Art. 47 Abs. 2 AGBGB. Einem Waldgrundstück kann Licht daher eher entzogen werden als einem nicht bewaldeten Grundstück.

Liegen zwei bewaldete Grundstücke nebeneinander und wird eines gerodet, um darauf einen Acker anzulegen, so muss der Nachbar bei der nächsten Verjüngung seines Waldes vier Meter Abstand von der Grenze einhalten (Art. 48 Abs. 2 AGBGB). Demgegenüber ist es dem Anderen möglich, auf seinem nunmehr landwirtschaftlich genutzten Grundstück einzelne Bäume, z. B. Obstbäume, bis auf einen Abstand von einem halben Meter an die Grenze heranzurücken, da ja zugunsten eines Waldgrundstücks kein größerer Abstand gefordert werden kann (Art. 47 Abs. 2 AGBGB).

bb) Folgt man dem Wortlaut von Art. 47 Abs. 1 AGBGB, so kann ein Abstand von nur 0,50 Meter ferner dann gefordert werden, wenn auf dem *beeinträchtigten* Grundstück *Wein oder Hopfen* angebaut werden, sofern in dieser Lage ein derartiger Anbau nach den örtlichen Verhältnissen üblich ist (Art. 47 Abs. 2 AGBGB)²⁶⁵. Der Wortlaut von Art. 47 Abs. 2 Satz 2 widerspricht jedoch seinem Sinn, der nur darauf ausgerichtet sein kann, in Gegenden, in denen Wein oder Hopfen allgemein üblich angebaut wird, die Abstände von mit Wein oder Hopfen bebauten Grundstücken zueinander zu verringern, um eine intensivere Bewirtschaftung zu ermöglichen. Mit anderen Worten: Während Art. 47 Abs. 2 Satz 1 eine Vorschrift zu Lasten von Waldgrundstücken ist, ist Art. 47 Abs. 2 Satz 2 – anders als die Formulierung „das Gleiche gilt“ eigentlich andeutet – eine Privilegierung zugunsten von mit Wein oder Hopfen bebauten Grundstücken²⁶⁶.

²⁶³Sprau Art. 47 Rdnr. 34; *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 7.

²⁶⁴Stadler 10 D III 4; *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 3; a.A. Sprau Art. 47 Rdnr. 11, der allerdings einschränkend darauf hinweist, dass es im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ob überhaupt eine unmittelbare Einwirkung des Bebauungsplans gewollt ist.

²⁶⁵So *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 18; Stadler 10 D II 7.

²⁶⁶So Sprau Art. 47 Rdnr. 32, der allerdings den Widerspruch seiner Meinung zum Wortlaut der Vorschrift nicht kennzeichnet.

Nicht nötig ist es, dass das andere Grundstück, also das Grundstück von dem die Beeinträchtigung durch Bäume oder Sträucher erfolgt, ebenso mit Wein oder Hopfen bebaut ist. Der Begriff der Lage bezieht sich differenzierend auf Hänge und/oder Ebenen. Wird also im Hangbereich üblicherweise Wein oder Hopfen angebaut, hat dies keinen Einfluss auf den Bereich der ebenen Flächen, wenn hier üblicherweise kein Wein oder kein Hopfen angebaut wird.

cc) Gegenüber einem *landwirtschaftlich genutzten Grundstück*, dessen wirtschaftliche Nutzung besonders beeinträchtigt werden würde, wenn es weniger Licht erhielte, ist aufgrund von Art. 48 Abs. 1 AGBGB beim Anpflanzen von Bäumen, die höher als zwei Meter sind, ein Abstand von vier Meter einzuhalten.

Art. 48 Abs. 1 AGBGB ist allerdings gemäß Art. 50 Abs. 2 AGBGB nicht zu Lasten von *Stein- und Kernobstbäumen* anzuwenden. In diesen Fällen beträgt der gesetzliche Abstand also zwei Meter und nicht vier Meter.

Art. 48 Abs. 1 AGBGB ist gemäß Art. 50 Abs. 2 AGBGB nicht zu Lasten von *Bäumen* anzuwenden, die sich in einem Hofraum oder Hausgarten befinden²⁶⁷. Der Eigentümer des *Hofraumes oder Hausgartens* – einer vom Begriff her eher kleinen Fläche – soll Bäume und Sträucher pflanzen können, ohne mit den erweiterten landwirtschaftlichen Abstandsflächen in Konflikt zu kommen.

5. Kein Abstand

a) Kein Abstand ist bei Stauden einzuhalten.

b) Kein Abstand braucht bei Pflanzungen eingehalten zu werden, die dem Uferschutz, dem Schutz von Abhängen oder Böschungen oder dem Schutz einer Eisenbahn dienen (Art. 50 Abs. 1 Satz 2 AGBGB).

c) Mit Gewächsen, die sich hinter einer *Mauer oder einer sonstigen dichten Einfriedung* befinden und diese nicht oder nicht erheblich überragen, ist kein Abstand einzuhalten: Art. 50 Abs. 1 Satz 1 AGBGB²⁶⁸.

Gleichgültig ist es dabei, auf welchem der beiden Grundstücke die Mauer oder die sonstige dichte Einfriedung errichtet ist, wer sie errichtet hat oder ob sie rechtmäßig errichtet wurde²⁶⁹. Die dichte Einfriedung muss so gestaltet sein, dass sie das begünstigte Grundstück nicht unwesentlich beschattet²⁷⁰.

Ein Gewächs überragt die Mauer dann erheblich, wenn die Gefahr besteht, dass die überragenden Teile in den Luftraum des Nachbargrundstücks eindringen oder wenn der durch die Pflanze verursachte Schatten neben dem durch die Einfriedung verursachten Schatten das Nachbargrundstück zusätzlich verdunkelt. In diesen beiden Fällen hat das Gewächs dann den sich aus Art. 47, 48 AGBGB ergebenden Abstand einzuhalten. Die Ausnahmevorschrift von Art. 50 Abs. 1 Satz 1 AGBGB ist nicht anzuwenden²⁷¹. Der Verpflichtete hat aber die Möglichkeit, das Gewächs so zurückzuschneiden, dass es die Einfriedung oder Mauer nicht mehr erheblich überragt²⁷².

²⁶⁷Vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 21 und Rdnr. 23 sowie Reich BayVBl 1983, 138.

²⁶⁸Vgl. hierzu vor allem Reich BayVBl 1983, 138 f.

²⁶⁹Sprau Art. 50 Rdnr. 3.

²⁷⁰Sprau Art. 50 Rdnr. 3.

²⁷¹*Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 23.

²⁷²Sprau Art. 50 Rdnr. 4.

d) Art. 47, 48 AGBGB gelten ferner gemäß Art. 50 Absatz 1 Satz 2 AGBGB nicht für Pflanzungen entlang einer öffentlichen Straße oder einem öffentlichen Platz durch den Träger der Straßenbaulast. (Fn: *Stadler* 10 D V 3 a; *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 24). Der Anlieger kann sich hier bei einem Überhang gemäß § 910 BGB wehren; im Übrigen kann er öffentlich-rechtliche Abwehransprüche nur geltend machen, wenn durch Art und Ausmaß der Bepflanzung Art. 14 GG verletzt wird, wenn er also schwer und unerträglich betroffen wird.

Art. 50 Absatz 1 Satz 2 AGBGB gilt demgegenüber nicht für die Anpflanzungen des Straßenanliegers selbst (Fn: *Sprau* Art. 50 Rdnr. 5; *Stadler* 10 D V 3 B; *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 24). Der Straßenanlieger hat die Abstände, die Art. 47 AGBGB fordert, nicht einzuhalten²⁷³. Der Grenzabstand zur öffentlichen Straße richtet sich allein nach den straßenrechtlichen Bestimmungen der Art. 29 Abs. 2 BayStrWG und § 11 Abs. 2 BFStrG. Denn für ein Nebeneinander bei der Normgruppen, also der zivilrechtlichen Abstandsvorschriften und der straßenverkehrsrechtlichen, besteht kein Bedürfnis. Die Anwendung beider führt zu einer Rechtsunklarheit; der Gesetzeszweck der Abstandsvorschriften der Art. 47 ff. AGBGB trifft auf Straßengrundstücke nicht zu²⁷⁴.

6. Inhalt des Anspruchs

Überschreiten Pflanzen die zulässige Höhe, so kann der Nachbar nicht die *Beseitigung* der Pflanze verlangen, sondern nur deren *Zurückschneiden*, damit die zulässige Höhe wieder unterschritten wird. Dies war früher umstritten, ist nunmehr aber herrschende Meinung²⁷⁵. Mehr zu verlangen als den gesetzmäßigen Zustand herzustellen, verstößt gegen das Übermaßverbot²⁷⁶. Es wäre auch nicht gerechtfertigt, dem Verpflichteten zwar zu gestatten, die Pflanzen durch Rückschnitt stets unter eine Höhe von zwei Metern zu halten, ihm aber dann, wenn die Höhe auch nur einmal geringfügig überschritten wird, die Beseitigung der ganzen Pflanze aufzuerlegen²⁷⁷. Art. 47 AGBGB ist keine Strafnorm²⁷⁸.

Demgegenüber gibt *Stadler* dem Berechtigten grundsätzlich nur einen Beseitigungsanspruch. Der Anspruch auf Zurückschneiden bestehe daneben aber – da ein Weniger gegenüber dem Beseitigungsanspruch – ebenfalls. Der Eigentümer der Pflanzen habe aber die Möglichkeit, den Beseitigungsanspruch dadurch zu umgehen, dass er den Rückschnitt vornimmt und damit den rechtswidrigen Zustand beseitigt. Dieses etwas komplizierte System von Beseitigungsanspruch einerseits und der Erfüllung des Anspruchs durch Vornahme einer mit dem Anspruch selbst nicht übereinstimmenden Handlung andererseits führt in der Praxis, wie ich meine, zum gleichen Ergebnis wie die herrschende Ansicht. Sie hat allerdings, wie *Stadler* selber aufweist, prozessuale Probleme zur

Folge, die dann nicht auftreten, wenn man dem Berechtigten ausschließlich einen Anspruch auf Zurückschneiden gibt²⁷⁹.

In einzelnen Nachbarrechtsgesetzen anderer Bundesländer ist der Anspruch auf Zurückschneiden beschränkt auf die Zeit vom 1. Oktober – 15. März. Dies sieht das AGBGB für Bayern nicht vor. Dennoch wird man auch in Bayern einen Rückschnitt nur in der hierfür gärtnerisch üblichen Zeit verlangen können²⁸⁰.

Ist der Mindestabstand von 0,5 Meter nicht eingehalten, muss die Pflanze beseitigt werden, wenn der Nachbar dies verlangt. Allerdings kann auch der Rückschnitt verlangt werden, wenn die Pflanze größer als zwei Meter geworden ist. Der Eigentümer der Pflanze kann aber jeweils entscheiden, ob er entfernt oder zurückschneidet²⁸¹. Demgegenüber gibt *Sprau*²⁸² einen Anspruch auf Rückschnitt auf eine beliebige Höhe, während *Stadler*²⁸³ dem berechtigten Eigentümer lediglich einen Beseitigungsanspruch zubilligt. *Stadler* weist aber zugleich auf die Möglichkeit einer stillschweigenden Vereinbarung zwischen den Nachbarn hin, aus der sich dann, wenn der berechnigte Grundstückseigentümer das Beseitigungsverlangen nicht stellt, eine Duldungsvereinbarung bis zu einer Höhe der Pflanze von zwei Metern ergäbe. Daher dürften sich zwischen der Ansicht von *Stadler* und der hier vorgetragenen Meinung keine praktischen Unterschiede ergeben. Demgegenüber ist die Ansicht von *Sprau*²⁸⁴, der berechnigte Eigentümer habe einen Anspruch auf Rückschnitt auf eine beliebige Höhe, abzulehnen; dies würde nämlich im praktischen Ergebnis dazu führen, dass jedes Jahr neu am Grenzzaun über die Höhe der Pflanze verhandelt und diskutiert wird. Dies kann nicht Ziel des Nachbarrechts sein²⁸⁵.

9. Messung von Abstand und Höhe

Der Abstand wird gemäß Art. 49 AGBGB von der Mitte des Stammes aus gemessen und zwar an der Stelle, wo der Stamm aus dem Boden hervortritt. Bei Sträuchern und Hecken ist von der Mitte der Triebe zu messen, die der Grenze am nächsten liegen.

Im Gegensatz zu manchen Nachbarrechtsgesetzen anderer Bundesländer – etwa Art. 46 des Nachbarrechtsgesetzes NRW – enthält das AGBGB keine weitergehenden Regelungen, wie vermessen wird, wenn das Gelände im Grenzbereich steigt oder fällt²⁸⁶. Dies gilt sowohl für die Messung des Abstandes, als auch für die Messung der Höhe. Steigt die Erdoberfläche bis zur Grenze an, so ist der *Niveaununterschied* zwischen dem für die Abstandsmessung maßgebenden Punkt der Pflanze und dem diesem am nächsten liegenden Grenzpunkt von der Höhe der Pflanze abzuziehen. Umgekehrt ist zu verfahren, wenn das Bodenniveau zur Grenze hin fällt²⁸⁷. Denn für den Gesetzgeber war bei Festsetzung der Höhe hauptsächlich der Entzug von Sonne und Licht maßgebend;

²⁷³ *Stadler* X D V 3 B; *Meisner-Ring-Götz* § 19 Rdnr. 4.

²⁷⁴ *Stadler* 10 D V 3 B; *Meisner-Ring-Götz* § 19 Rdnr. 4.; vgl. auch *Sprau* Art. 47 Rdnr. 21. A.A. zum Teil die straßenrechtliche Literatur: Vgl. *Zeiler*, BayStrWG, 4. Auflage, Art. 29 Rdnr. 46.

²⁷⁵ *Sprau* Art. 47 Rdnr. 29; *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 8; AG Hassfurt NJW-RR 1988, 525; LG Bayreuth NJW-RR 1992, 276; *Alheit* S. 9; a.A. *Bayer/Lindner/Grziwotz* Kapitel 8 IV 4; Argument: endgültige Lösung.

²⁷⁶ *Sprau* a.a.O.

²⁷⁷ *Sprau* a.a.O.

²⁷⁸ *Meisner-Ring-Götz* Art. 18 Rdnr. 9; vgl. auch BGH MDR 1978, 565.

²⁷⁹ Vgl. insoweit *Stadler* 10 D II 5.

²⁸⁰ OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1997, 657; *Sprau* Art. 47 Rdnr. 39; *Stadler* 10 D II 5 a; *Alheit* S. 11.

²⁸¹ *Reich*, BayVBl 1983, 137 f.; *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 8.

²⁸² *Sprau* Art. 47 Rdnr. 27.

²⁸³ *Stadler* 10 D II 5.

²⁸⁴ *Sprau* Art. 47 Rdnr. 27.

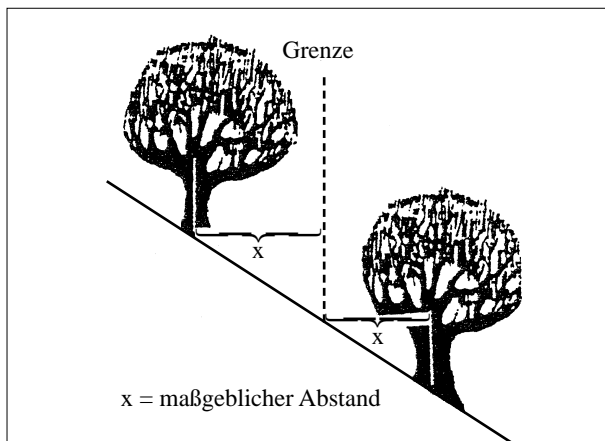
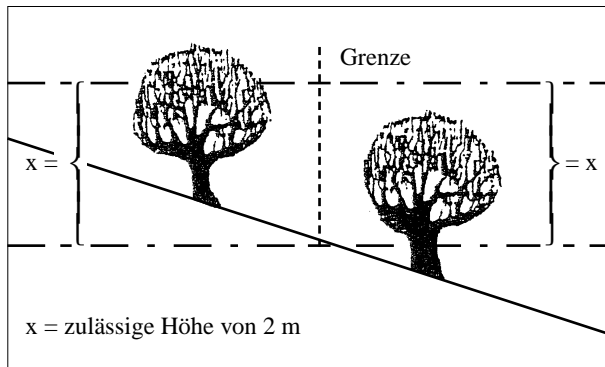
²⁸⁵ Im Ergebnis ebenso *Stadler* 10 D II 5.

²⁸⁶ Vgl. *Bayer/Lindner/Grziwotz* Kap. 8 B I 3; *Stadler* 10 D II 6 a; *Sprau* Art. 47 AGBGB Rdnr. 28.

²⁸⁷ *Sprau* Art. 47 Rdnr. 28; ebenso wohl auch *Bayer/Lindner/Grziwotz* a.a.O.

dafür ist der Wuchs der Pflanze unter Berücksichtigung der Niveauverhältnisse entscheidend, und nicht nur der Höhenwuchs der Pflanze selbst²⁸⁸.

Die Entfernung zur Grenze ist bei einem Hanggrundstück entsprechend zu messen. Dies bedeutet, dass die Abstandsmessung nicht entlang der abfallenden oder aufsteigenden Bodenlinie folgt, sondern in einer horizontalen Linie von dem an der Pflanze maßgeblichen Punkt zur Grenze. Diese horizontale Linie bestimmt den Grenzabstand²⁸⁹.



Entnommen aus: *Stadler*, Das Nachbarrecht in Bayern, 6. Aufl. (2000) Richard Boorberg Verlag

Strittig ist, wie verfahren werden muss, wenn der Austrittspunkt der Pflanze in baurechtlich zulässiger Weise *künstlich* gegenüber dem natürlichen Bodenniveau *erhöht oder gesenkt* worden ist, etwa beim Pflanzen auf einer Terrasse oder einem aufgeschütteten Hang. Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass bei der Feststellung der Höhe vom ursprünglichen Bodenniveau auszugehen sei²⁹⁰. Demgegenüber meine ich, dass zumindest für baurechtlich rechtmäßige Aufschüttungen vom tatsächlichen Bodenniveau auszugehen ist²⁹¹. Für diese Ansicht spricht meines Erachtens schon der rein praktische Gesichtspunkt, dass die Höhe des ursprünglichen Bodenniveaus nach einer gewissen Zeit nicht mehr festgestellt werden kann. Die Gegenansicht fördert den nachbarlichen Streit über diese Frage.

²⁸⁸ *Sprau* a.a.O.

²⁸⁹ Vgl. *Stadler* 10 D IV. Zur Verdeutlichung habe ich eine kleine Grafik beigelegt, die ich *Stadler* a.a.O. entnommen habe.

²⁹⁰ *Stadler* 10 D II 6 a; *Sprau* Art. 47 Rdnr. 28.

²⁹¹ Vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 16; sowie LG München II vom 10.2.1987, 2 S 1487/86, zitiert bei *Stadler* a.a.O.

10. Verjährung

Der Anspruch verjährt gemäß Art. 52 Abs. 1 AGBGB in fünf Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Verletzung der Abstandsvorschriften erkennbar wird. Maßgebend ist also das Jahr, in dem entweder durch das Pflanzen eines Baumes oder Strauches, bezogen auf dessen jeweilige Höhe und seinen jeweiligen Abstand, der vorgeschriebene Mindestabstand nicht eingehalten ist, oder ein Baum oder Strauch die für seinen konkreten Grenzabstand zulässige Maximalhöhe überschreitet.

Bei Pflanzen mit einem Grenzabstand von *weniger als einem halben Meter* beginnt die Verjährung des *Beseitigungsanspruchs* mit Ablauf des Pflanzjahres²⁹². Auch wenn man wie hier neben dem Beseitigungsanspruch einen Anspruch auf Zurückschneiden gibt, handelt es sich doch um Rechtsfolgen, die Ausfluss desselben Anspruchs sind. Aus diesem Grunde ist die Ansicht, der Anspruch auf Zurückschneiden verjähre am Ende des Jahres, in dem die Pflanze größer als zwei Meter wird, abzulehnen²⁹³.

Teilweise wird auch darauf abgestellt, ob beim Pflanzen in einem Abstand von weniger als zwei Meter von vorneherein *erkennbar* ist, dass ein Baum oder Strauch gepflanzt wird, dessen natürliches Wachstum auf eine Höhe von mehr als zwei Meter ausgerichtet ist. In diesem Falle beginne die Verjährungsfrist bereits mit dem Pflanzen dieses Baumes²⁹⁴. Maßgeblich ist jedoch, wann die Verletzung des Grenzabstands erkennbar ist, und dies ist eben erst dann der Fall, wenn eine Pflanze, auch wenn ihr natürliches Wachstum vom Grundsatz her über zwei Meter hinausgeht, diese zwei Meter Grenze tatsächlich überschreitet.

Wird eines der beteiligten Grundstücke nach Beginn der Verjährungsfrist *veräußert* oder kommt es zu einem sonstigen Besitzwechsel, läuft die Verjährungsfrist weiter. Sie beginnt nicht von neuem. Dies ergibt sich bei einem Besitzwechsel hinsichtlich des störenden Grundstücks aus § 221 BGB. Es gilt aber auch bei einer Rechtsnachfolge auf Seiten des gestörten Eigentümers oder Besitzers²⁹⁵.

Der verletzende Zustand muss *objektiv erkennbar* sein²⁹⁶. Irrt sich daher der beeinträchtigte Grundstückseigentümer über den Verlauf der Grenze, so verjährt der Anspruch nur dann nicht, wenn die Grenze einem vernünftigen Betrachter nicht erkennbar war²⁹⁷.

Wird die *Teilfläche veräußert* und steht ein Baum oder ein Strauch zu nahe an der neuen Grenze, so beginnt die Verjährung nach Durchführung der Abmarkung, also sobald die neue Grenze und deren Abstand zu den vorhandenen Pflanzen jedem der Beteiligten erkennbar geworden ist²⁹⁸.

²⁹² *Sprau* Art. 52 Rdnr. 6; *Stadler* 11 A II 2.

²⁹³ So aber *Reich* BayVBl 1983, 838; soweit in *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 9 diese Auffassung ebenfalls vertreten wird, wird sie hiermit aufgegeben.

²⁹⁴ *Bayer/Lindner/Grziwotz* Kapitel 9 II 2 unter Hinweis auf zum Teil nicht veröffentlichte Rechtsprechung; dagegen *Stadler* 11 A II 2: „Unhaltbare Ansicht“; *Stadler* BayVBl 1990, 9 ff.; LG Münster MDR 1990, 1118; *Sprau* Art. 52 Rdnr. 6; vgl. auch BayObLGZ 1993, 100, 105.

²⁹⁵ BGHZ 60, 240.

²⁹⁶ *Sprau* Art. 52 Rdnr. 7.

²⁹⁷ *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 10.

²⁹⁸ *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 11; vgl. hierzu auch *Stadler* 11 A II 2; *Sprau* Art. 52 Rdnr. 7; Just BayVBl 1985, 295.

Alle übrigen Verjährungsfragen richten sich nach dem *BGB*, also die Frage der Hemmung und Unterbrechung der Verjährung (§§ 202–207 BGB, 208–217 BGB) und deren Wirkung als Einrede (§ 222 BGB), auf die sich der Berechtigte berufen muss²⁹⁹.

Sobald der Anspruch verjährt ist, kann der Verpflichtete die Leistung, also das Zurückschneiden oder Entfernen des Baumes *verweigern* (§ 222 BGB). Die Verjährung führt allerdings nicht dazu, dass am Standort des Baumes, der den Grenzabstand nicht einhält, immer ein derartiger Baum stehen darf. Stirbt der Baum, hinsichtlich dessen der Anspruch auf Zurückschneiden verjährt ist, ab, ist der neue Baum unter Beachtung des Grenzabstandes zu pflanzen (Art. 52 Abs. 2 AGBGB). Ein Anspruch auf Neuanpflanzung besteht allerdings dann, wenn die abgestorbene Pflanze Teil einer Baumreihe oder einer *Hecke* ist³⁰⁰.

11. Verzicht

Ein dinglich wirkender *Verzicht auf den Anspruch* ist nicht möglich³⁰¹. Eine dem Verzicht im Ergebnis gleichkommende Regelung ist daher nur durch Bestellung einer Grunddienstbarkeit möglich, aufgrund derer bestimmte nachbarrechtliche Einwirkungen zu dulden sind³⁰².

12. Naturschutz

Verbietet eine nach dem Naturschutzgesetz wirksam erlassene Verordnung oder Anordnung, Veränderungen an einem geschützten Baum oder Strauch überhaupt oder über einen bestimmten Umfang hinaus vorzunehmen, so ist das Recht des beeinträchtigten Nachbarn durch diese Regelung eingeschränkt. Da landesrechtliche Einschränkungen gemäß Art. 124 EGBGB zulässig sind, entfällt das Selbsthilferecht gemäß § 910 BGB ebenso wie der Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 BGB und natürlich der Anspruch auf Einhaltung des Grenzabstandes³⁰³. Liegt also eine wirksame Baumschutzverordnung gemäß Art. 12 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 4 BayNatSchG vor, so wird dadurch eine Duldungspflicht gemäß § 1004 Abs. 2 BGB begründet. Diese trifft nicht nur den Eigentümer des Baumes, der weder Zweige noch Wurzeln entfernen darf. Vielmehr kann auch der durch den Baum beeinträchtigte Nachbar nicht die Entfernung des Baumes verlangen³⁰⁴.

13. Das Selbsthilferecht gemäß § 910 BGB

Neben dem Anspruch aus Art. 47 ff. AGBGB besteht gegen überhängende Zweige und eindringende Wurzeln ein Selbsthilferecht gemäß § 910 BGB und wahlweise ein Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 BGB.

§ 910 BGB gibt dem Grundstückseigentümer ein Selbsthilferecht, wenn Wurzeln eines Baumes oder eines Strauches vom Nachbargrundstück her eindringen oder wenn Zweige herüberragen.

Alternativ aber zu diesem Selbsthilferecht kann der Eigentümer des beeinträchtigten Grundstücks aufgrund von § 1004 BGB verlangen, dass der Nachbar selbst die Wurzeln oder Zweige beseitigt³⁰⁵.

Das Selbsthilferecht steht dem *Eigentümer* zu, daneben aber auch dem Erbbauberechtigten, dem Wohnungs- oder Teileigentümer. Den sonstigen dinglich Berechtigten sowie dem Mieter oder Pächter wird es nicht unmittelbar selbst zugeordnet³⁰⁶. Es wird darauf hingewiesen, dass dinglich Berechtigte und Mieter sich jederzeit hierzu ermächtigen lassen könnten. Ich halte dies bei Mietern und Pächtern für den richtigen Weg. Durch die Ausübung des Selbsthilferechtes würde nämlich der Mieter in nicht mehr korrigierbarer Weise (Abschneiden!) auch das nachbarliche Verhältnis der beiden betroffenen Eigentümer belasten. Dem Nießbrauchsberechtigten aber und dem Wohnungsberechtigten gemäß § 1093 BGB, sofern ihm die Gartennutzung ausschließlich zugewiesen ist, sollte das Selbsthilferecht zugebilligt werden, da ihnen – anders als Mietern oder Pächtern – durch die Einräumung des dinglichen Rechts ein Eigentumssplitter zugeordnet wurde, der auch die Verantwortung für den Garten eindeutig miterfasst. Ihre Beziehungen zum Grundstück sind in der Regel langfristig und dauerhaft angelegt. Die dingliche Berechtigung und die Verantwortung, die sich aus derartigen Rechtspositionen ergeben, müssen sich – genauso wie bei § 1004 BGB – im Bereich von § 910 BGB auswirken.

Der Eigentümer und die sonstigen Berechtigten können aufgrund von § 910 BGB eingedrungene Wurzeln und herüberragende Zweige *abschneiden und behalten*; bei *Zweigen* gilt dies jedoch erst dann, wenn dem Besitzer des Baumes oder Strauches erfolglos eine angemessene *Frist zur Beseitigung* gesetzt wurde.

Bei der Prüfung, ob eine gesetzte Frist angemessen ist, ist zu beachten, dass die Beseitigung der Äste in der Wachstumsperiode des Baumes schädlich ist³⁰⁷. Unter Umständen ist gemäß § 242 BGB auch bei der Entfernung von Wurzeln eine Frist zu setzen, damit der Baumeigentümer für die Erhaltung des Baumes sorgen kann³⁰⁸.

Ist die Beseitigung wegen der nicht oder nicht angemessen gesetzten Frist *widerrechtlich*, darf der Nachbar das hierdurch angefallene *Holz nicht behalten*. Er muss es herausgeben oder den Wert ersetzen. Entsteht beim widerrechtlichen Entfernen der Zweige oder Wurzeln ein Schaden und ist dieser Schaden schuldhaft verursacht, so besteht eine Schadenersatzpflicht aus § 823 Abs. 1 BGB³⁰⁹. Entfernt der Nachbar demgegenüber Wurzeln oder Zweige unter den Voraussetzungen des § 910 BGB, also rechtmäßig, so geschieht dies auf die Gefahr des Baumeigentümers, dem in keinem Fall ein Schadenersatzanspruch zusteht³¹⁰.

Wurden die Wurzeln und Zweige aufgrund eines bestehenden Selbsthilferechtes und damit rechtmäßig abgeschnitten, darf sie der Nachbar behalten. Der *Eigentumserwerb* erfolgt auf-

²⁹⁹Alheit S. 10.

³⁰⁰Vgl. LG Limburg NJW 1986, 595; *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 13.

³⁰¹*Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 3; *Sprau* Art. 47 Rdnr. 6.

³⁰²*Stadler* 11 B 2; *Meisner-Ring-Götz* § 18 Rdnr. 3.

³⁰³Alheit S. 38.

³⁰⁴Vgl. OLG Düsseldorf NVwZ 1989, 1807; OVG Lüneburg NJW 1996, 3225; *Stadler* 10 A II 12, 10 D II 9; *Sprau* Art. 47 AGBGB Rdnr. 10; *Meisner-Ring-Götz* § 18 Nr. 3; *Just BayVBl* 1985, 289, 295; *Otto* NJW 1989 583 und NJW 1989 1783; *Hufen/Leiß* BayVBl 1987, 289 ff.

³⁰⁵BGHZ 60, 325 = NJW 1973, 703; BGHZ 97, 231, 234.

³⁰⁶Vgl. BGH NJW 1992, 1101; *Stadler* 10 A II 1; *Meisner-Ring-Götz* § 17 Rdnr. 3; a.A. ein Großteil der Literatur: vgl. MünchKomm-Säcker § 910 Rdnr. 8.

³⁰⁷*Meisner-Ring-Götz* § 17 Rdnr. 5; *Palandt-Bassenge* § 910 Rdnr. 2.

³⁰⁸OLG Köln ZMR 1993, 567; *Palandt-Bassenge* § 910 Rdnr. 2.

³⁰⁹LG Gießen NJW-RR 1997, 655.

³¹⁰LG Oldenburg ZMR 1985, 99.

³¹¹*Staudinger-Beutler* § 910 Rdnr. 9.

grund von § 954 BGB in Verbindung mit § 910 BGB. War die Selbsthilfe demgegenüber widerrechtlich, gehören die abgeschnittenen Äste dem Baumeigentümer. Dieser kann sie gemäß §§ 1005, 867 BGB vom Nachbargrundstück entfernen³¹¹.

Hat der Eigentümer des Baumes aufgrund einer Aufforderung des Nachbarn die Zweige beseitigt, so bleiben diese in seinem Eigentum. Das Gleiche gilt für Wurzeln. Die rechtmäßig abgeschnittenen Teile darf er aufgrund von §§ 867, 1005 BGB vom Nachbargrundstück abholen. Darüber hinaus ist er hierzu auch verpflichtet. Dies folgt daraus, dass der durch die hinüberwachsenden Zweige oder Wurzeln beeinträchtigte Grundstückseigentümer nach § 1004 BGB ein Recht zur Beseitigung der Beeinträchtigung hat.

Das Selbsthilferecht gemäß § 910 BGB entfällt ebenso wie der Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 BGB, wenn der Baum oder Strauch durch eine *Baumschutzverordnung* nach dem BayNatSchG oder durch entsprechende Einzelanordnungen aufgrund von Art. 12 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 5 BayNatSchG geschützt ist³¹².

§ 910 Abs. 2 BGB schränkt das Selbsthilferecht dann ein, wenn die Wurzeln oder Zweige die Benutzung des Nachbargrundstücks nicht beeinträchtigen. Maßgebend ist hierbei die jeweilige Benutzungsart des Grundstücks³¹³. Die Beweislast hierfür trägt der Eigentümer des Baumes³¹⁴.

§ 910 Abs. 2 schränkt auch den Abwehranspruch gemäß § 1004 BGB ein³¹⁵.

Übt der Eigentümer das Selbsthilferecht aus, hat er die *Kosten* zu bezahlen. Ausreichende Entschädigung mag das von ihm dadurch erworbene Holz sein³¹⁶. Verlangt er stattdessen gemäß § 1004 BGB die Beseitigung, wird dieser Anspruch aber nicht erfüllt, so steht ihm – wenn er die Wurzeln oder Zweige selbst beseitigt – ein Ersatzanspruch gemäß §§ 812, 818 Abs. 2 BGB zu³¹⁷. § 910 BGB ist keine Sperre gegen die Eingriffskondition³¹⁸. Bei der rechtlichen Prüfung der Situation ist entscheidend, welche der beiden Möglichkeiten – § 910 BGB oder § 1004 BGB – der Berechtigte gewählt hat. Hiernach richten sich die Eigentumsverhältnisse am abgeschnittenen Holz und die Existenz eines Ersatzanspruchs³¹⁹.

Das Selbsthilferecht aus § 910 BGB *verjährt nicht*³²⁰. Bei dem Selbsthilferecht handelt es sich um keinen Anspruch im Sinne von § 194 BGB, sondern um eine sich aus dem Eigentum selbst ergebende Rechtsposition.

³¹²Vgl. *Just BayVBl* 1985, 294; vgl. *LG Aschaffenburg NJW* 1987, 1271; *OLG Düsseldorf NJW* 1989, 1807 sowie die oben in Fn 364 zitierten.

³¹³*Stadler* 10 A II 3. Vgl. *OLG Köln NJW* 1997, 656 und *OLG Oldenburg NJW-RR* 1991, 1367.

³¹⁴*Palandt-Bassenge* § 910 Rdnr. 3; *Stadler* 10 A II 5. Viel zu einschränkend – ebenso *Stadler* a.a.O. – *AG Frankfurt NJW* 1990, 1101.

³¹⁵*OLG Köln NJW-RR* 1989, 1177; *LG Saarbrücken NJW-RR* 1986, 1341; *Palandt-Bassenge* § 1004 Rdnr. 34; *Meisner-Ring-Götz* § 17 Rdnr. 11.

³¹⁶*Meisner-Ring-Götz* § 17 Rdnr. 12; *Bayer/Lindner/Grziwotz* 8 A II 6; a.A. *Stadler* 10 A II 7.

³¹⁷*BGHZ* 60, 24; *BGH NJW* 1986, 2640; *Münch-Komm-Säcker* § 910 Rdnr. 12; *Bayer/Lindner/Grziwotz* 8 A II 6; *LG Hannover NJW-RR* 1994, 14.

³¹⁸*MünchKomm-Säcker* a.a.O.; vgl. aber *Gursky JZ* 1992, 312 ff.

³¹⁹Vgl. hierzu ausführlich *Staudinger-Beutler* § 910 Rdnr. 13.

³²⁰*Münch-Komm-Säcker* § 910 Rdnr. 14; *Stadler* 10 A II 10.

Demgegenüber verjährt der Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB entsprechend § 195 BGB nach 30 Jahren³²¹.

Das Selbsthilferecht ist gemäß § 910 Abs. 2 BGB nicht ausgeschlossen, wenn eine Nutzung des Grundstücks erheblich beeinträchtigt wird, die erst nach dem Eindringen von Wurzeln oder Zweigen vorgenommen wird³²². Die Verjährung des neben dem Selbsthilferecht bestehenden Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 BGB beginnt in diesem Falle erst mit der Nutzungsänderung, die zu einer Beeinträchtigung führt, und zwar unabhängig davon, wie lange der Überhang bereits vorhanden ist³²³.

H. Fensterrecht

Ein Fenster kann unter bestimmten Umständen für einen Nachbarn lästig sein. Es bietet die Möglichkeit, das benachbarte Grundstück einzusehen und Immissionen einzuleiten. Das Gleiche gilt für Balkone, Galerien, Erker und ähnliche Gebäudeteile. Art. 43 ff. AGBGB normieren daher Beschränkungen, die gemäß Art. 52 Abs. 1 Satz 1 AGBGB *nicht* verjähren. Diese Beschränkungen werden allgemein als *Fensterrecht* bezeichnet. Sie regeln, ob Fenster zulässig sind.

Der Schutz der Fenster vor Verbauung wird demgegenüber als *Lichtrecht* bezeichnet. Ein derartiges Lichtrecht enthält aber weder das BGB noch das AGBGB. Auch mit Hilfe von § 1004 Abs. 1 BGB kann der Entzug von Licht, Luft und Ausblick nicht untersagt werden. In Extremfällen kann allerdings § 242 BGB und das daraus abgeleitete nachbarschaftliche Gemeinschaftsverhältnis weiterhelfen³²⁴. Ein Lichtrecht kann allerdings durch Dienstbarkeit begründet werden. Für die ehemals coburgischen Landesteile bestehen hier Sonderrechte³²⁵.

Unter Art. 43 AGBGB fallen nur Fenster, die dem Nachbargrundstück zugekehrt sind. Dabei genügt es, wenn die Fenster dem Nachbargrundstück in schräger Richtung zugewandt sind. Zieht man die in anderen Bundesländern geltenden nachbarrechtlichen Vorschriften heran, so bedeutet dies, dass eine Zuwendung bis zu 60 Grad die Voraussetzungen erfüllt³²⁶.

Die in Art. 43 AGBGB normierte Beschränkung besteht nur zugunsten jener Nachbargrundstücke, die *bebaut* sind oder als *Hofraum* oder *Hausgarten* dienen. Die Vorschriften über das nachbarliche Fensterrecht sind ferner nicht anzuwenden bei Mauern, zwischen denen sich ein Zwischenraum befindet, der eine Grenzeinrichtung gemäß § 921 BGB darstellt. Die Frage, ob bei einer Grenzeinrichtung ein Fenster zulässig ist, ist ausschließlich mit Hilfe von § 922 Satz 1 BGB zu prüfen. Die Mitbenutzung durch den Eigentümer des anderen Grundstücks – bezogen auf den sich aus der Beschaffenheit der Grenzeinrichtung ergebenden Zweck darf nicht beeinträchtigt werden³²⁷.

Der Begriff des Gebäudes entspricht dem des Gebäudes nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, etwa bei § 912 BGB³²⁸. Nicht

³²¹Zu Einzelheiten vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 17 Rdnr. 13; *Stadler* 10 A II 10.

³²²*BGH NJW* 1997, 2234.

³²³*BGH* a.a.O.; *Stadler* 10 A II 10.

³²⁴*Just BayVBl* 1985, 296.

³²⁵Vgl. *Meisner-Ring-Götz* §§ 22, 23.

³²⁶Vgl. die Einzelheiten bei *Meisner-Ring-Götz* § 22 Rdnr. 13; ähnlich *Stadler* 9 I 1; a.A. *Sprau* Art. 43 AGBGB Rdnr. 13.

³²⁷Vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 22 Rdnr. 2; *Sprau* Art. 43 Rdnr. 15.

³²⁸Vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 22 Rdnr. 3; *Stadler* 9 A I 2.

erforderlich ist, dass das Gebäude Wohnzwecken dient³²⁹. *Stadler* weist allerdings zurecht darauf hin, dass die Berufung auf das Fensterrecht u.U. schikanös sein kann (§ 226 BGB), wenn das Gebäude anderen als Wohnzwecken dient³³⁰.

Wird auf einem *bisher nicht bebauten* Grundstück ein Gebäude errichtet, so sind von diesem Zeitpunkt an Art. 43 ff. AGBGB anwendbar. Der Eigentümer des Nachbargrundstücks muss nunmehr seine Fenster entsprechend den Bestimmungen des AGBGB einrichten, wenn die übrigen Voraussetzungen dieser Norm gegeben sind³³¹.

Der Anspruch steht nicht nur dem *Eigentümer*³³² zu, sondern auch dinglich Berechtigten, die zugleich Besitzer sind³³³, also dem Nießbrauchsberechtigten und dem Wohnungsberechtigten³³⁴. Es gelten dieselben Überlegungen wie beim Anspruch auf Beseitigung oder Zurückschneiden von Pflanzen³³⁵ und beim Selbsthilferecht gemäß § 910 BGB³³⁶. Mietern und Pächtern steht der Anspruch nicht zu³³⁷.

Ein *einseitiger Verzicht* auf das Fensterrecht ist nicht möglich, da das AGBGB die zulässigen Fälle des einseitigen Verzichts ausdrücklich geregelt hat, und zwar in Art. 46 Abs. 4 und Art. 53 AGBGB³³⁸.

Vereinbarungen zwischen den Beteiligten sind möglich, binden aber den Sonderrechtsnachfolger nur dann, wenn sie im Rahmen einer Grunddienstbarkeit getroffen wurden. Die Unterzeichnung des Bauplanes alleine reicht jedoch nicht aus, um eine derartige Vereinbarung zwischen den Beteiligten Grundstückseigentümern zu unterstellen³³⁹. Inwieweit die bisher üblichen Formulierungen von *Abstandsflächendienstbarkeiten* auch einen Verzicht auf ein eventuell vorhandenes Fensterrecht einschließen, ist letztlich unklar. Eine ausdrückliche Aufnahme des Verzichts auf das zivilrechtliche Fensterrecht in eine Abstandsflächendienstbarkeit ist daher durchaus zu empfehlen³⁴⁰.

Art. 43 ff. AGBGB gelten unabhängig von den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über Abstandsflächen, Brandwände sowie die Ausgestaltung von Fenstern in der Bayerischen Bauordnung, der Baunutzungsverordnung oder in gemeindlichen Bebauungsplänen. Sie sind allerdings im Baugenehmigungsverfahren auch nicht zu beachten³⁴¹. Daher kann der Nachbar die Einhaltung der fensterrechtlichen Beschränkungen auch dann fordern, wenn eine Grenzbebauung angeordnet ist oder die Baubehörde den Einbau von Fenstern verlangt³⁴². Aus diesem Grunde sollte dem Inhalt von Abstandsflächendienstbarkeiten in diesem Zusammenhang mehr Bedeutung zugemessen werden.

³²⁹ *Meisner-Ring-Götz* a.a.O.; *Stadler* a.a.O.

³³⁰ *Stadler* a.a.O.

³³¹ Vgl. *Sprau* Art. 43 AGBGB Rdnr. 25; *Stadler* 9 A I 3; *Meisner-Ring-Götz* § 22 Rdnr. 4 und *Just*, BayVBl 1985, 289, 295.

³³² So aber *Stadler* 9 A I 6.

³³³ So wohl die herrschende Meinung: vgl. *Sprau* Art. 43 Rdnr. 31.

³³⁴ Ebenso für den Nießbrauchsberechtigten *Bayer-Lindner-Grziwotz* 7 B II 1. *Stadler* übersieht in 9 A I 6, Fn 5, dass *Sprau* den Anspruch auch dem Nießbrauchsberechtigten und nicht nur dem Eigentümer zubilligt.

³³⁵ Vgl. oben bei Fn 259.

³³⁶ Vgl. oben bei Fn 306.

³³⁷ A.A. *Meisner-Ring-Götz* § 22 Rdnr. 18.

³³⁸ Wohl allgemeine Meinung: *Sprau* Art. 43 Rdnr. 8; *Meisner-Ring-Götz* § 22 Rdnr. 24.

³³⁹ Vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 22 Rdnr. 20; *Sprau* Art. 43 Rdnr. 7.

³⁴⁰ Vgl. *Meisner-Ring-Götz* § 22 Rdnr. 20.

³⁴¹ *Sprau* Art. 43 Rdnr. 10.

³⁴² *Sprau* a.a.O.

Wegen der sonstigen Einzelheiten des Fensterrechts, insbesondere der Art und Weise, wie der Abstand zu messen ist³⁴³, darf auf die entsprechenden Handbücher zum Nachbarrecht verwiesen werden.

I. Der Grenzbaum

Der Grenzbaum ist eine *Grenzeinrichtung* im Sinne von §§ 921, 922 BGB. Soweit § 923 BGB allerdings eigene Regelungen über die Nutzung oder die Beseitigung dieser besonderen Grenzeinrichtung enthält, gehen diese den allgemeinen Bestimmungen der §§ 921, 922 BGB vor³⁴⁴.

Durchschneidet die Grenze einen Baum oder Strauch, so handelt es sich um einen Grenzbaum im Sinne von § 923 BGB. Auf den Standort der Wurzeln kommt es dabei nicht an. Der Baum, dessen Stamm von der Grenze nur gestreift, aber nicht geschnitten³⁴⁵ wird, steht samt seinen in das Eigentum des Nachbarn hinübertretenden Wurzeln und Zweigen im Alleineigentum desjenigen, auf dessen Grund und Boden der Stamm herauswächst. In diesem Falle ist nicht § 923 BGB anzuwenden, sondern § 910 BGB³⁴⁶.

Die *Eigentumsverhältnisse* am Grenzbaum sind umstritten. Wegen des Vorrangs von § 93 BGB gegenüber § 94 BGB ist davon auszugehen, dass der Grenzbaum oder Grenzstrauch im Miteigentum der beiden betroffenen Nachbarn steht³⁴⁷, und zwar im Miteigentum je zur Hälfte; auf das Verhältnis der Miteigentümer zueinander ist § 741 ff. BGB anzuwenden.

Entsprechend § 749 BGB bestimmt § 923 BGB, dass jeder Nachbar die Beseitigung des Baumes verlangen kann. Dieser Anspruch auf Beseitigung hat keine Voraussetzungen. Auf keinen Fall hat der Nachbar das Recht, den Baum ohne Einwilligung des anderen zu fällen. § 923 Abs. 2 BGB gewährt also *kein Selbsthilferecht*, sondern nur einen Anspruch auf Zustimmung des Nachbarn³⁴⁸.

Dies ist deshalb sinnvoll, weil der vom Fällen des Baumes betroffene Nachbar die Gelegenheit haben soll, auf den möglicherweise vorhandenen *Ausschluss des Beseitigungsanspruchs* gemäß § 923 Abs. 2 Satz 4 BGB hinzuweisen. Denn dient der Baum als Grenzzeichen und kann er den Umständen nach nicht durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen ersetzt werden, besteht der Beseitigungsanspruch nicht.

Der Beseitigungsanspruch kann auch aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften – etwa des *Naturschutzrechtes* – ausgeschlossen sein³⁴⁹. Darauf kann sich der mit der Beseitigung nicht einverständene Eigentümer berufen³⁵⁰.

Der Ausschluss des Beseitigungsanspruchs setzt voraus, dass die Grenze nicht abgemarkt ist – also ein heute nicht gerade

³⁴³ Hierzu *Sprau* Art. 43 AGBGB Rdnr. 14 und *Meisner-Ring-Götz* § 22 Rdnr. 14 einerseits sowie *Stadler* 9 A I 4 und *Bayer-Lindner-Grziwotz* 7 D I 1 andererseits.

³⁴⁴ *Bayer/Lindner/Grziwotz* Kap. 2 G.

³⁴⁵ OLG München NJW-RR 1992, 1369; AG Nordenham NJW-RR 1992, 1368.

³⁴⁶ *Staudinger-Beutler* § 923 Rdnr. 1 und Rdnr. 3.

³⁴⁷ *Meisner-Ring-Götz* § 10 Rdnr. 2; MünchKomm-Säcker § 923 Rdnr. 1; *Just* BayVBl 1988, 705; *Alheit* S. 35. Für vertikal getrenntes Eigentum: *Palandt-Bassenge* § 923 Rdnr. 1; *Stadler* 4 D 2.

³⁴⁸ Vgl. *Palandt-Bassenge* § 923 Rdnr. 1; *Staudinger-Beutler* § 923 Rdnr. 8; *Meisner-Ring-Götz* § 10 Rdnr. 3; LG München II NJW 1976, 973.

³⁴⁹ OLG München NJW-RR 1992, 1369; *Stadler* 4 D 4; *Staudinger-Beutler* § 923 Rdnr. 8.

³⁵⁰ *Meisner-Ring-Götz* § 10 Rdnr. 3.

häufig vorkommender Fall – und der Grenzbaum an einer Stelle steht, an der bei Abmarkung ein Grenzzeichen stehen müsste. Die Beweislast dafür, dass der Baum als Grenzzeichen dient, trägt derjenige, der den Baum erhalten will. Die Beweislast dafür, dass der Baum durch ein anderes zweckmäßiges Grenzzeichen ersetzt werden kann, trifft denjenigen, der die Beseitigung verlangt³⁵¹.

Der Anspruch auf Beseitigung des Grenzbaumes oder des Grenzstrauches verjährt gemäß § 924 BGB nicht.

Dient eine Baumreihe oder eine Sträucherreihe (Hecke) als Grenzeinrichtung im Sinne von § 921 BGB, so besteht der Anspruch auf Beseitigung gemäß § 923 BGB nicht. Dies folgt aus § 922 BGB.

Für andere Sachen als Bäume, Sträucher und kleine Pflanzen, auf die § 923 BGB entsprechend anwendbar ist³⁵², also z.B. Steine, Balken und Ähnliches, gilt § 923 BGB nicht.

Früchte im Sinn von § 923 BGB sind Früchte im natürlichen Sinn. Dürres Holz und Baumblätter, die als Streu und Kompost dienen können, sind ebenfalls Frucht³⁵³.

J. Das Hinüberfallen von Früchten (§ 911 BGB)

Tragen Bäume oder Sträucher, die teilweise über die Grenze in den Luftraum des Nachbarn hinüberraagen, Früchte, so gehören diese, solange sie am Baum hängen, dem Eigentümer des Baumes. Er hat das Recht, die überhängenden Früchte etwa mit Hilfe eines Obstpflückers abzuernten³⁵⁴. Geht die Grenzlinie allerdings durch den Stamm des Baumes, so gehören alle Früchte den Nachbarn zu gleichen Bruchteilen.

Der Nachbar kann die Früchte, die in seinen Luftraum hineinreichen, weder pflücken noch abschütteln³⁵⁵. Fallen aber die Früchte auf das Nachbargrundstück, so gelten sie gemäß § 911 BGB als Früchte dieses Grundstücks. § 911 BGB ist also eine Ausnahme vom Grundsatz des § 953 BGB, nach dem die

Früchte eines Baumes oder Strauches auch nach der Trennung im Eigentum des Baumeigentümers bleiben.

Das Eigentum an den hinübergefallenen Früchten fällt aufgrund von § 911 BGB und entsprechend den Regeln von §§ 953 ff. BGB grundsätzlich dem Eigentümer des benachbarten Grundstücks zu, eventuell dem Nießbrauchsberechtigten, oder dem Pächter, wenn er im Besitz des Grundstücks ist.

§ 911 BGB gilt auch bei einem durch Sturm verursachten größeren Obstfall. Gleichgültig ist, ob die Früchte bereits vor dem Abfall jenseits der Grenze hingen.

Auch wenn das Fallen der Früchte durch ein Schütteln – sei es des Baumeigentümers, sei es eines Dritten – veranlasst wurde, erlangt der Eigentümer oder sonstige Berechtigte des Grundstücks, auf das sie fielen, Eigentum an den Früchten. Hat er aber selbst geschüttelt, so hat er unbefugt gehandelt. Die Früchte bleiben daher im Eigentum des Baumeigentümers³⁵⁶. Dieser hat einen dinglichen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB. Ein Betretungsrecht hat er nicht; er kann also das vom Baum gefallene Obst nicht selbst holen³⁵⁷.

Nur wenn der Nachbar gemäß § 910 Abs. 1 BGB berechtigt gewesen wäre, den herüberraagenden Zweig selbst abzutrennen – also regelmäßig nach Festsetzung einer angemessenen Frist zur Beseitigung, – ist er auch zur Abtrennung und Aneignung der an diesem Ast hängenden Früchte berechtigt³⁵⁸.

§ 911 Satz 1 BGB ist wegen § 911 Satz 2 BGB nicht anzuwenden, wenn das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauch dient (Straßen, Plätze, etc.).

Früchte, die auf ein dem öffentlichen Gebrauch dienendes Grundstück fallen, sind nicht herrenlos. Da § 911 Satz 1 BGB nicht anzuwenden ist, verbleiben die Früchte entsprechend dem Grundsatz von § 953 BGB im Eigentum dessen, dem das Baumgrundstück gehört. Dieser kann die Früchte an sich nehmen, auch wenn sie auf dem Nachbargrundstück liegen. Sie bleiben solange in seinem Eigenbesitz, bis man nach den Umständen des Einzelfalles annehmen muss, dass er sie preisgegeben hat. Danach sind sie herrenlos im Sinn von §§ 958, 959 BGB. Solange dies nicht der Fall ist, ist die Aneignung der Früchte durch Dritte objektiv rechtswidrig.

³⁵¹ Meisner-Ring-Götz § 10 Rdnr. 4.

³⁵² BGB-RGRK-Augustin § 923 Rdnr. 7; Staudinger-Beutler § 923 Rdnr. 11.

³⁵³ MünchKomm-Säcker § 923 Rdnr. 3.

³⁵⁴ BGB-RGRK-Augustin § 911 Rdnr. 3.

³⁵⁵ Staudinger-Beutler § 911 Rdnr. 4; Meisner-Ring-Götz § 20 Rdnr. 1.

³⁵⁶ MünchKomm-Säcker § 911 Rdnr. 5.

³⁵⁷ Stadler 10 B 3.

³⁵⁸ MünchKomm-Säcker § 911 Rdnr. 5; Meisner-Ring-Götz § 20 Rdnr. 1.

Weiterbildendes Studium „Mediation“ an der FernUniversität Hagen – ein Zwischenbericht

Von Notarassessorin Dr. Annette Schneider, Fürstfeldbruck

Die Landesnotarkammer Bayern ermöglicht mir die Teilnahme an dem weiterbildenden Studium „Mediation“ an der FernUniversität Hagen.¹ Das einsemestrige Grundstudium habe ich inzwischen abgeschlossen. Daher möchte ich die Gelegenheit nutzen, einen kurzen Zwischenbericht abzugeben:

¹ Informationen zum Studiengang „Mediation“ können auch über das Internet unter www.fernuni-hagen.de/FeU/Studium/SpecWB-Recht.htm abgefragt werden.

A. Was versteht man überhaupt unter „Mediation“?

Mediation ist eine außergerichtliche Methode zur Konfliktlösung, bei der zwei oder mehrere Parteien unter Vermittlung eines neutralen Dritten – dem Mediator – selbstverantwortlich und eigenständig versuchen, ihren Konflikt zu lösen, d.h. selbst eine Lösung zu entwickeln, die für alle Parteien akzeptabel ist. Das Ziel ist v. a., Kommunikation und Kooperation zwischen den Konfliktparteien zu fördern und eine einver-

nehmliche Konfliktregelung auf der Grundlage der subjektiven Interessen, Bedürfnisse und Gerechtigkeitsvorstellungen der Parteien zu erreichen, die von beiden Seiten als fair akzeptiert werden kann. Dabei geht es nicht um die Aufklärung vergangener Sachverhalte, sondern um tragfähige Lösungen für die Zukunft. Der Mediator hat im Gegensatz zu einem Schiedsrichter keine Entscheidungskompetenz und keine Druckmittel, sondern das Verfahren beruht auf völliger Freiwilligkeit. Die Aufgabe des Mediators besteht darin, mit den Parteien im Rahmen gemeinsam vereinbarter Verfahrensgrundsätze die Verhandlung zu leiten und zu strukturieren. Er hat absolute Neutralität und Unparteilichkeit zu wahren, wobei er aber die Parteien z. B. über Hintergründe informieren muss und Hilfestellung bei der Entwicklung von Lösungsansätzen gibt. Er hilft, Kommunikationsschwierigkeiten und emotionale Barrieren der Konfliktparteien zu überwinden. Insbesondere achtet der Mediator darauf, dass die gegenseitigen Bedürfnisse und Interessen der Parteien aufgedeckt werden, die sich häufig hinter den geäußerten Positionen verbergen. Finden die Parteien nach der Sammlung und Bewertung der von ihnen erarbeiteten Lösungsvorschläge ein Ergebnis, prüft der Mediator, ob dieses Ergebnis rechtlich zumindest haltbar ist und sorgt dafür, dass dieses Ergebnis in eine juristisch wirksame Form gefasst und von allen Parteien unterzeichnet wird. Dabei ist der Mediator ergebnisoffen und ergebnistolerant, er bestimmt nicht den Inhalt der Schlussvereinbarung, sondern nur deren Ausformulierung in entsprechender Form. Entscheidend ist auch die absolute Vertraulichkeit gegenüber Außenstehenden durch den Mediator und durch die Parteien.

B. Das Konzept des Studiengangs

Der Studiengang richtet sich vor allem an Rechtsanwälte und Rechtsreferendare, unter den Studenten befinden sich aber auch Richter, Psychologen und einige „Exoten“ wie Berufsschullehrer oder Polizisten. Der Studiengang dauert zwei Semester und schließt mit einem Zeugnis ab. Allerdings kann man mit diesem Abschluss keinen akademischen Grad erwerben und auch die Bezeichnung „Mediator“ ist bisher nicht geschützt.

Das Studium kann als Grundlage für ein europäisches Masterprogramm genutzt werden. Nach den bisherigen Planungen soll künftig die Möglichkeit bestehen, am Universitätsinstitut Kurt Bösch in Sion/Schweiz an einem internationalen Studiengang „European Master in Mediation“ teilzunehmen. Durch die Anrechnung der Ausbildung an der FernUniversität Hagen würde sich das Studium in Sion auf weitere zwei Semester beschränken. Die dazu erforderliche Anerkennung des Titels „European Master in Mediation“ in Deutschland ist inzwischen erfolgt. Die konkreten Bedingungen der Anerkennung werden derzeit zwischen beiden Universitäten ausgehandelt.

Das Grundstudium an der FernUniversität Hagen besteht aus 14 Semesterwochenstunden, die durch 13 Skripten á ca. 100 Seiten erbracht werden. Die Skripten beginnen mit einer Gegenüberstellung zwischen der Mediation und anderen Konfliktlösungsverfahren, z. B. Schlichtungs- oder Schiedsverfahren, gerichtlicher Vergleich usw. Außerdem werden die Gebiete vorgestellt, in denen Mediation praktiziert oder zumindest theoretisch angedacht wird. Neben dem Bereich der Familienmediation, in dem in Deutschland bisher die meisten Erfahrungen gesammelt wurden, werden das Nachbarrecht, Mietrecht, Umweltrecht und Strafrecht (Täter-Opfer-Ausgleich), aber auch der Bereich der Wirtschaft (unternehmensinterne Streitigkeiten und Konflikte zwischen Unternehmen) als Tätigkeitsfelder gesehen.

Teilweise sehr provokativ werden die Grenzen der juristischen Methode aufgezeigt und mit der Methode der Mediation verglichen. Die Darstellung scheint etwas überzogen, schärft aber zumindest das Bewusstsein des Juristen, dass seine übliche Vorgehensweise im Umgang mit Sachverhalten nicht in jedem Fall langfristig zu einer Konfliktlösung führen wird, weil oft die dem Konflikt zugrunde liegenden persönlichen Faktoren, die außerhalb des Rechts liegen, ausgeblendet werden.

Neben einem historischen Überblick über die Mediation in Europa – der leider den Eindruck erweckt, als ob sich der Autor zwanghaft das Ziel gesetzt hat, die Mediation bis zu Solon und Platon zurückzuführen – werden die Verfahrensgrundsätze der Mediation ausführlich erläutert. Es handelt sich dabei um folgende Grundprinzipien:

● **Freiwilligkeit:**

Das Mediationsverfahren wird freiwillig begonnen und kann jederzeit auf Wunsch einer Partei oder des Mediators ohne nachteilige Auswirkungen abgebrochen werden. Der Mediator muss z. B. das Verfahren abbrechen, wenn eine Partei grob gegen das Gerechtigkeitsempfinden des Mediators oder gegen die Verfahrensgrundsätze verstößt oder wenn der Mediator selbst so stark durch Emotionen beeinflusst wird, dass er eine Auswirkung auf das Verfahren nicht mehr verhindern kann. Die Freiwilligkeit soll eine möglichst offene Verhandlungsatmosphäre schaffen.

● **Neutralität des Mediators:**

Der Mediator bewertet grundsätzlich weder den vorgetragenen Sachverhalt noch das Verhandlungsergebnis der Parteien. Wenn die Beteiligten allerdings ein aus der Sicht des Mediators unvertretbares Ergebnis vereinbaren wollen und der Mediator dadurch seine Neutralität gefährdet sieht, muss er im Extremfall die Verhandlung abbrechen. Der Mediator kann über Verfahrensfragen entscheiden, soweit er als Entscheidungsmaßstab nur die in der Mediationsvereinbarung niedergelegten Regeln heranzieht. Der Mediator muss also auch in Verfahrensentscheidungen neutral sein und darf sich nicht von Parteiinteressen beeinflussen lassen. Außerdem muss der Mediator als Person neutral sein, er darf in keinerlei Abhängigkeit zu einer Partei stehen. Er scheidet als Mediator aus, wenn auch nur eine Partei ihn nicht für neutral hält.

● **Selbstverantwortlichkeit der Parteien:**

Der Mediator gibt keine Lösung des Problems vor, die Parteien sollen selbst möglichst viele Lösungsoptionen entwickeln, die sie anschließend bewerten. Die Parteien sollen selbst die für sie richtige Lösung erarbeiten und sich dafür entscheiden. Allerdings sorgt der Mediator dafür, dass sich die Lösung im rechtlichen Rahmen hält und rechtlich Bestand hat. Falls die Parteien dennoch auf ein unzulässiges Ergebnis bestehen, muss der Mediator notfalls das Verfahren abbrechen.

● **Informiertheit der Parteien:**

Der Mediator ist verantwortlich dafür, dass alle Parteien über die entscheidungserheblichen Tatsachen und die Rechtslage umfassend informiert sind.

● **Vertraulichkeit:**

Das Prinzip der Vertraulichkeit gilt sowohl für den Mediator als auch für die Parteien. Ohne Einverständnis aller Beteiligten darf nichts nach außen weitergegeben werden. Teilt eine Partei dem Mediator Informationen vertraulich mit, muss die-

ser auch Stillschweigen gegenüber der anderen Partei wahren. Bei einer Co-Mediation gilt dieser Grundsatz allerdings nicht zwischen den beiden Mediatoren, sie müssen beide jeweils vollständig informiert sein. Das im Mediationsverfahren Gesagte darf in einem eventuellen späteren Prozess nicht gegen die andere Partei verwendet werden.

Neben diesen Grundregeln der Mediation werden auch die berufsrechtlichen Grundlagen und Grenzen eines Rechtsanwalts, Psychologen oder Pädagogen als Mediator beleuchtet. Mangels konkreter rechtlicher Regelungen besteht hier noch eine große Unsicherheit, insbesondere was die Grenzen der zulässigen Werbung oder der Kooperation mit anderen Berufsgruppen betrifft. Hinsichtlich der Berufsgruppe der Notare wird nur festgestellt, dass die Mediation als Bereich der vorsorgenden Rechtspflege unter § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO einzuordnen und auch mit der unparteiischen Stellung des Notars problemlos vereinbar ist.

Die weiteren Skripten beschäftigen sich mit der Psychologie der Mediation. Hier geht es zunächst um einen Überblick über verschiedene psychologische Richtungen – beispielsweise die Tiefenpsychologie, der Behaviorismus oder die humanistische Psychologie – und um psychische Funktionen und Fähigkeiten, die in der Mediation zu beachten sind. Dabei handelt es sich beispielsweise um die Art und Weise der Wahrnehmung, die Sprache als Kommunikationsmittel und um Persönlichkeitstypologien, die die Einordnung von Verhaltensmustern und Körpersprache etc. erleichtern sollen. Auch kommunikationstheoretische Grundlagen und Interventionsmethoden werden erörtert und an konkreten Fallbeispielen veranschaulicht. Die Skripten stellen zudem einzelne Techniken des Neurolinguistischen Programmierens (NLP) vor. Beispielsweise kann man nach dieser Theorie die Menschen nach visuellen, auditiven oder kinästhetischen Typen unterscheiden und sich in seiner Kommunikation gezielt darauf einstellen. Das NLP geht davon aus, dass man innere Zustände einer Person steuern kann, indem man bestimmte äußere Reize gezielt setzt, z. B. diese Person an einer bestimmten Körperstelle berührt, und diesen „Anker“ zu einem späteren Zeitpunkt z. B. durch erneute Berührung aktivieren kann. Als Laie auf diesem Gebiet wird man mit diesen Methoden aber kaum Erfolge erzielen können. Die Technik des „Reframings“ lässt sich dagegen nach meiner Einschätzung leichter einsetzen. Hier geht es darum, Aussagen einer Partei in einen anderen Kontext zu stellen oder die Sichtweise positiv zu verschieben, indem man den Sachverhalt aus einer anderen Perspektive heraus betrachtet.

Darüber hinaus werden verschiedene Kommunikationsmethoden und deren Wirkungen ausführlich angesprochen. Als Mediator sollte man eine ausfragende Gesprächsführung oder Bevormundung vermeiden. Negativ wirkt außerdem, wenn man die Verhaltensweisen der Gesprächspartner bewertet oder versucht, die Ursachen und Beweggründe dieses Verhaltens zu deuten. Dagegen kann der Mediator das Gespräch fördern, wenn er aktiv zuhört, also seinem Gegenüber zeigt, dass er ihn – über das direkt Geäußerte hinaus – verstanden hat. Dies geschieht beispielsweise dadurch, dass man die Kernaussage herausfiltert, den Inhalt zusammenfasst und wiederholt und anknüpfend an die Aussagen konkreter nachfragt.

Dieser psychologische Teil der Skripten ist für Juristen sehr interessant, da man sich einen guten Überblick über diese Stoffgebiete verschaffen kann. Allerdings darf man nicht erwarten, dass sich diese kurze theoretische Einführung sofort in die eigene Praxis umsetzen lässt. Kommilitonen, die vorab

ein psychologisches Studium absolviert hatten, kritisierten, dass diese Skripten sehr vereinfachen und sich unkritisch zum Teil stark umstrittenen Meinungen anschließen würden. Man sollte diese Skripten daher nur als Einstieg und als Anreiz betrachten, sich mit diesen Themen weiter zu beschäftigen.

Der dritte Teil der Skripten bietet neben einem historischen Überblick über die Kunst der Rhetorik eine Darstellung rhetorischer Mittel z. B. die Funktion von Topoi, Beispielen, Enthymemen (ein unvollständiger rhetorischer Schluss) einschließlich eines umfassenden Figurenkatalogs. Auch die drei Wirkungsebenen einer Rede, nämlich Logos, Ethos und Pathos werden ausführlich behandelt. Daneben werden auch umfangreiche praktische Hinweise gegeben, wie man eine Rede verfasst und vorträgt. Sehr ausführlich und informativ sind die beiden Skripten von Prof. Dr. Fritjof Haft über das intuitive Verhandlungsmodell („Basarverhandlung“) im Gegensatz zum rationalen Verhandlungsmodell und die Möglichkeiten zur Bewältigung der Komplexität von Verhandlungen. Außerdem werden die einzelnen Verhandlungsphasen eingehend beleuchtet und Manipulationstechniken samt Abwehrstrategien angesprochen.

Die umfangreiche Theorie wird in zwei Wochenendseminaren ergänzt. Unter Leitung von erfahrenen Mediatoren mit juristischer und/oder psychologischer bzw. therapeutischer Ausbildung können die Studenten im Rahmen komplexer Rollenspiele einen ersten Eindruck von der Mediationspraxis gewinnen. Spätestens dadurch, dass man sich selbst in der Rolle des Mediators erprobt und unerwartete Schwierigkeiten spontan meistern muss, wird jedem deutlich, dass die Ausbildung zum Mediator vor allem in der praktischen Übung bestehen muss. Theoretische Grundlagen sind sicher hilfreich, ersetzen aber nicht die praktische Erfahrung. Die Rollenspiele sind dabei eine gute Methode, um risikolos die ersten Schritte zu gehen, bevor man sich an echte Streitfälle wagt. Da sich alle Teilnehmer aktiv beteiligten, waren diese Rollenspiele nach Einschätzung der Seminarleiter sehr realitätsnah, ohne den Spaß dabei völlig außer Acht zu lassen.

Im Hauptstudium werden nun vier Schwerpunkte angeboten, nämlich

- Familienmediation einschließlich Erbrecht,
- Wirtschaftsmediation einschließlich Arbeits- und Sozialrecht und privates Baurecht
- Mediation im Verwaltungsverfahren einschließlich Umwelt- und Kommunalrecht und
- Mediation im Strafrecht.

Daneben ist die Teilnahme an mindestens zwei viertägigen Praxisübungen obligatorisch. Außerdem sind mindestens zwei eigene Mediationsfälle zu dokumentieren, die dann als Teil der mündlichen Abschlussprüfung präsentiert werden müssen. Dabei stellte sich (nicht nur für mich) der Versuch, bei Rechtsanwälten als „Praktikant“ an einer Mediation teilzunehmen, allerdings als sehr schwierig heraus. Denn es gibt offenbar viele Rechtsanwälte, die bereits eine Mediationsausbildung absolviert haben, allerdings in der täglichen Praxis keine Mediationsaufträge erhalten. Ich habe schließlich die Gelegenheit genutzt, an der beim Amtsgericht München eingerichteten Schlichtungsstelle, die durch die Richterin am OLG a.D., Frau von Garmissen, geleitet wird, an einigen Sitzungen teilzunehmen. Dies war insbesondere im Hinblick auf unsere künftige Tätigkeit als Schlichter nach dem BaySchlG sehr interessant. Es zeigte sich beispielsweise deutlich, dass

eine direkt im Anschluss an die Sitzung unterschriebene Vereinbarung zwar den Vorteil hat, dass zu diesem Zeitpunkt eine Einigung erreicht wurde. Man muss aber damit rechnen, eventuell einige Tage danach mit einer Partei zu kämpfen, die ihre Entscheidung bereut und nichts unversucht lässt, um diese Vereinbarung wieder rückgängig zu machen. Hier wird es sicher keine Patentlösung geben, auch wenn ich zumindest bei etwas komplexeren Sachverhalten zu einem zweiten Termin neigen würde, schon um bei der Formulierung der Vereinbarung nichts zu übersehen. Frau von Garmissen weist außerdem darauf hin, dass die Parteien, die sich auf ein Schlichtungsverfahren einlassen und zum Schlichtungstermin erscheinen, sich im Regelfall auch tatsächlich einigen. Zwar lässt sich diese Erfahrung nicht direkt auf ein obligatorisches Verfahren übertragen, aber sie ist dennoch ermutigend.

C. Aufwand und Ertrag

Wie bereits erwähnt werden für das Grundstudium 14 Semesterwochenstunden angesetzt. Zu den 13 Skripten sind insgesamt drei Hausarbeiten zu erstellen, deren Inhalt sich im Wesentlichen aus den Skripten erarbeiten lässt. Über das gesamte Semester verteilt schätze ich, dass neben den beiden Wochenendseminaren mit einem Zeitaufwand von durchschnittlich zehn Stunden pro Woche zu rechnen ist. Allerdings waren alle Hausarbeiten innerhalb eines Zeitraums von sieben Wochen abzugeben, so dass sich die zeitliche Belastung nicht gleichmäßig auf die fünf Monate verteilte.

Nach diesem ersten Semester möchte ich noch auf eine endgültige Bewertung dieses Studiengangs verzichten.

Im Vergleich mit dem viertägigen Kurs von Notar Dr. Robert Walz „Verhandlungstechnik und Mediation“ für Notarassessoren, der sich vorwiegend an dem Harvard-Konzept von Robert Fisher und William Ury anlehnt, bietet das Studium an der FernUniversität Hagen naturgemäß eine wesentlich breitere und tiefergehende theoretische Grundlage. Wer sich für den psychologischen und kommunikationstheoretischen Hintergrund von Verhandlungen interessiert und tiefer in die Mediation einsteigen möchte, kann sich in dem Mediationsstudium zumindest in theoretischer Hinsicht gut einarbeiten. Ob dieser Studiengang dagegen tatsächlich für die praktische Tätigkeit als Schlichter notwendig ist, wage ich zu bezweifeln.

Dem Mediationsstudium würde eine stärkere Betonung der Praxis gut tun, was natürlich bei einem Fernstudiengang schwer zu realisieren ist. Die Wochenendseminare sind ein wichtiger Aspekt, doch nach meiner bisherigen Einschätzung zur Sammlung von praktischer Erfahrung nicht ausreichend. Die theoretische Ausbildung hilft sicher, bei eigenen Verhandlungen Fehler zu vermeiden und Gefahren zu erkennen. Die echte praktische Umsetzung des Gelernten halte ich aber für schwierig. Die Rollenspiele, die sowohl in den Seminaren des Mediationsstudiums als auch in dem Kurs für Notarassessoren, den Schwerpunkt bilden, helfen, Verhaltensmuster zu erkennen und selbst rationaler statt nur intuitiv zu verhandeln. Aber sie können nicht praktische Verhandlungserfahrung ersetzen, diese muss jeder selbst sammeln.

„Mediation und Streitschlichtung“ als Thema des 51. Deutschen Anwaltstages in Berlin

Von Notarassessor *Johannes Schwarzmann*, München

I. Einführung

Vom 1. bis zum 3. Juni fand in Berlin der 51. Deutsche Anwaltstag statt. Laut Teilnehmerliste waren 1585 Personen angemeldet. Darunter fanden sich nicht nur Rechtsanwälte, sondern auch Richter, Rechtspfleger, Vertreter von Rechtsabteilungen und Verlagen, Juraprofessoren, Journalisten, drei bayerische Notarassessoren und viele andere. Diesem breit gefächerten Personenkreis wurde eine Vielzahl von Veranstaltungen geboten. Für die notarielle Tätigkeit waren in erster Linie die Veranstaltungen zur Mediation und zur obligatorischen Streitschlichtung interessant. Die Mediation als vermittelnde und zukunftsorientierte Tätigkeit, die eine neutrale nicht entscheidungsbefugte Person übernimmt, passt hervorragend in das traditionelle Berufsbild des Notars. In diesem Bereich bieten sich für den Notar Chancen für eine Erweiterung des beruflichen Tätigkeitsfelds. Die obligatorische Streitschlichtung ist eine Aufgabe, die in Bayern neben anderen Berufsgruppen auch die Notare erfüllen. Insofern kann ein vergleichender Blick auf die Umsetzung des § 15a EGZPO in den übrigen Bundesländern den Horizont erweitern.

II. Mediation

Die Mediation wurde in verschiedenen Anwendungsbereichen vorgestellt. Davon sollen im Folgenden drei näher dargestellt werden.

1. Mediation in der Unternehmenspraxis

Vorgestellt wurde von den Referenten ein Fall, bei dem durch Mediation ein Streit zwischen einer deutschen und einer amerikanischen Gesellschaft beigelegt wurde. Der Fall hatte tatsächlich stattgefunden, war jedoch anonymisiert. Die anwesenden Rechtsanwälte der streitenden Parteien berichteten vor allem über die so genannte „Nullphase“, mit der das Thema „Wie bringe ich meinen Mandanten zur Mediation?“ bezeichnet wurde. Ausschlaggebend gebend waren in erster Linie die positiven Vorerfahrungen beider Gesellschaften mit der Mediation und die ausgeprägte Frustration des Klägers wegen der schleppenden Fortschritte vor den amerikanischen Gerichten. Die Mediation bot die Möglichkeit, eine außergerichtliche Lösung zu finden. Auch in Deutschland dürfte die Mediation als Form der „ADR“ (Alternative Dispute Resolution) eine sinnvolle Option sein, um den Gang vor Gericht zu vermeiden. Ein Teilnehmer der Veranstaltung stellte die Frage, warum die Parteien nicht direkt einen außergerichtlichen Vergleich geschlossen hatten. Die Antwort liegt in dem Phänomen der „reaktiven Abwertung“ begründet: alles, was die gegnerische Partei anbietet, kann nicht von Wert sein, ansonsten hätte sie es ja nicht vorgeschlagen. Die Einschaltung eines neutralen Dritten durchbricht diesen Teufelskreis des gegenseitigen Misstrauens. Gleichwohl sind nach einhelliger Meinung der Referenten die Rechtsanwälte als klassische Parteivertreter auch bei einer Mediation nicht überflüssig. Sie

übernehmen beispielsweise die Funktion eines Schutzschildes für den Mandanten, halten eine Art Plädoyer und verhandeln die Details einer Vereinbarung. Überzeugend sind auch das Kosten- und das Zeitargument: Gerichtsprozesse sind oft teurer und dauern wesentlich länger als eine Mediation. Mit Beruhigung wurde aufgenommen, dass sich auch mit der Mediation Geld verdienen lässt. Übliche Stundensätze für den Mediator liegen zwischen 250,- und 700,- DM. In einem zweiten Fall berichteten die Referenten über einem Fall, der für die Mediation typisch ist. Ziel der Parteien war es, die langjährige Zusammenarbeit trotz momentaner Unstimmigkeiten fortzusetzen. Gerade bei Beziehungen, die durch ihre Dauerhaftigkeit und wechselseitige Abhängigkeit gekennzeichnet ist, bietet sich eine außergerichtliche Einigung an. Bei einer Mediation sind nämlich häufig kreativere Lösungen denkbar als vor Gericht, da der Richter allein über den konkreten Streitgegenstand zu entscheiden hat.

2. Mediation im Unternehmen (Rollenspiel)

In einer weiteren Veranstaltung demonstrierten ein Mediator und zwei Parteien mit jeweils einem Rechtsanwalt zur Seite in einem Rollenspiel eine innerbetriebliche Mediation. Die Aufgabe des Mediators bei dem Konflikt zwischen Personalabteilung und Betriebsrat bestand zunächst darin, den Sachverhalt aufzuklären. Das „fact finding“ ist nicht zuletzt deshalb sinnvoll, weil die Parteien im Verlaufe des Konflikts häufig unterschiedliche Wirklichkeiten konstruieren – jeder sieht sich subjektiv im Recht. Der Mediator stellt in dieser Phase vor allem Fragen. Seine Eingriffe intensiviert er erst gegen Ende, soweit dies überhaupt erforderlich ist. Während der Mediation wurden in dem Rollenspiel die Interessen jeder Partei eruiert. Die Positionen, die jede Partei mit Hilfe des Rechtsanwalts zu Anfang darstellte, traten dabei immer mehr in den Hintergrund. In Einzelgesprächen konnte der Mediator – unter Wahrung der Vertraulichkeit – auch nach Informationen fragen, die im gemeinsamen Gespräch nicht offenbart worden sind. Dabei handelte er auch als „agent of reality“, unterwarf also die Lösungsvorschläge der Beteiligten einem Wirklichkeitstest (etwa durch die Frage: „Denken Sie, dass dies für die andere Seite ein akzeptabler Vorschlag ist?“). In der Kürze der Zeit konnte in dem Rollenspiel keine Einigung erzielt werden. Es wurde aber deutlich, dass die Parteien sich annäherten und eine gemeinsame Lösung suchten. Dieses Ergebnis war für viele Teilnehmer beeindruckend und für ihre tägliche Arbeit eine gute Anregung. Allerdings: so leicht die Mediation für die Beobachter erschien, so schwer ist sie in der Praxis. Mediation ist eine Gesprächstechnik, die man sich erst mühsam aneignen muss. Auch in diesem Bereich ist noch kein Meister vom Himmel gefallen.

3. Familienmediation

Unter dem Motto „Lohnt es sich, Familienmediator zu werden?“ berichteten zwei Münchner Rechtsanwälte über ihre Erfahrungen auf dem Gebiet der Familienmediation. Gerade das besonders sensible Feld der Familienstreitigkeiten erscheint für die Mediation geeignet, da hier sehr persönliche und emotionsgeladene Konflikte zwischen solchen Personen gelöst werden müssen, die – z.B. über gemeinsame Kinder – auch weiterhin in einer Beziehung zueinander stehen werden. Gerade hier kann die Mediation – alternativ zur Streitaustragung vor Gericht – flexible, befriedende und zukunftsorientierte Lösungen bieten (vgl. auch die Empfehlungen NR.R (98) 1 des Ministerkomitees des Europarats an die Mitgliedstaaten über Familienmediation). Die Mediation eröffnet den Betei-

ligten die Möglichkeit, sich freiwillig und eigenverantwortlich zu einigen, wobei der Mediator als neutraler und vertraulicher Vermittler hierbei lediglich unterstützend tätig wird. Zwar sind bisher nur wenige Konfliktparteien bereit und willig, sich eigenverantwortlich zu einigen, da die klassische Streitkultur noch die Denkweise der Beteiligten beherrscht. Entschließen sich die Beteiligten allerdings zur Mediation, dann wird in über 80 % der Fälle das Mediationsverfahren auch erfolgreich mit einer gütlichen Einigung abgeschlossen, die dann i.d.R. in einer notariellen Scheidungsvereinbarung niedergelegt wird, so dass das Gericht nur noch das „nackte“ Scheidungsurteil aussprechen muss.

Nach der von der Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familienmediation (BAFM) aufgestellten Ausbildungsordnung für Familienmediation ist für das Tätigwerden des Anwalts als Familienmediator eine Zusatzausbildung erforderlich, die mindestens 200 Stunden und bestimmte Lerninhalte umfassen muss.

III. Obligatorische Streitschlichtung

Am 1.1.2000 ist die Öffnungsklausel des § 15a EGZPO in Kraft getreten, die es den Ländern ermöglicht, bei Bagatellstreitigkeiten vor dem Amtsgericht als Prozessvoraussetzung eine obligatorische Streitschlichtung einzuführen. Für den Landesgesetzgeber besteht eine große Gestaltungsfreiheit: Er kann sowohl über das „Ob“ als auch über das „Wie“ der Umsetzung entscheiden. Lediglich ein rechtlicher Rahmen ist vom Bundesrecht vorgegeben.

Von der Ermächtigung des § 15a EGZPO wird unterschiedlich Gebrauch gemacht. Die Bundesländer lassen sich diesbezüglich in drei Gruppen einteilen.

Eine Umsetzung erfolgt (bzw. ist schon in Kraft getreten) in Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Bayern. Die Stadtstaaten Bremen und Hamburg planen keine Umsetzung. Die Meinungsbildung in den übrigen Bundesländern ist noch nicht abgeschlossen.

Die Veranstaltung auf dem Anwaltstag zum Thema „Obligatorische Streitschlichtung“ dauerte eine Stunde und war mit etwa 60 Teilnehmern halbwegs gut besucht. Die Referenten gaben einen Überblick über die Umsetzung in Nordrhein-Westfalen und Bayern (jeweils nur kurz) sowie in Baden-Württemberg (ausführlich). Schwerpunkte der Vorträge waren die Systematik und die Grundprinzipien der jeweiligen Gesetze und naturgemäß die Stellung des Anwalts innerhalb der obligatorischen Streitschlichtung.

Für den bayerischen Notar besonders interessant sind die Abweichungen in der Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens in den anderen Bundesländern. Ausweislich der Intention des Bundesgesetzgebers soll gerade ein Wettbewerb unter den Ländern um das beste Schlichtungsmodell stattfinden.

1. Nordrhein-Westfalen

Das Gesetz ist in diesem Bundesland – wie in Bayern – begrenzt auf die Dauer von 5 Jahren. Gütestellen sind in erster Linie die so genannten Schiedsleute. Das entsprechende Schiedsmannsgesetz ist gleichzeitig in einer an die neue Aufgabe angepassten Fassung verabschiedet worden. Die Schiedsleute sind automatisch anerkannte obligatorische Gütestelle. Organisationen der Anwaltschaft, d.h. Anwaltsvereine, können auch Gütestellen sein, benötigen dafür aber eine eigene Zulassung. Die Verfahrensordnung gibt sich jede

Gütestelle selbst. Das Gleiche gilt für die Kostenordnung. Die Schiedsleute sollen je nach Aufwand und Schwierigkeit der Schlichtung Gebühren zwischen 20,- und 75,- DM erheben. Während der Bund deutscher Schiedsmänner und Schiedsfrauen die Schlichtungstätigkeit als Aufwertung des Berufs begreift, ist die Anwaltschaft eher skeptisch. Sie fürchtet vor allem einen Preiswettbewerb. Im Landesverband wird noch diskutiert über die Frage, wie sich eine angemessene Schlichtungsgebühr festsetzen lässt, die den Arbeitsaufwand und die Haftungsgefahr berücksichtigt, auf die Parteien aber nicht abschreckend wirkt. An einem Entwurf zur Verfahrens- und Kostenordnung wird gegenwärtig gearbeitet.

2. Baden-Württemberg

Das Streitschlichtungsgesetz (SchlG) ist in Baden-Württemberg am 1.7.2000 in Kraft getreten. Anwendbar ist es ab dem 1.10.2000.

Der Anwendungsbereich des SchlG schöpft die Ermächtigung des § 15a EGZPO in vollem Umfang aus. Umfasst sind also vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu 1.500,- DM, Nachbarstreitigkeiten mit Ausnahme von Einwirkungen von einem Gewerbebetrieb und Ehrverletzungen, soweit sie nicht in Presse oder Rundfunk begangen wurden. Der örtliche Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn die Parteien im demselben oder in *benachbarten* Landgerichtsbezirken Baden-Württembergs wohnen. Gerade die letztgenannten Alternative des örtlichen Anwendungsbereichs wurde kritisiert, da dadurch auch Parteien einbezogen sind, deren Wohnsitze u.U. sehr weit voneinander entfernt sind. Es sei in einem solchen Fall nicht wahrscheinlich, dass die Parteien persönlich zum Schlichtungstermin erscheinen. Anders als in Art. 6 Satz 2 des Bayerischen Schlichtungsgesetzes (BaySchlG) vorgesehen, ist auch nicht die Gütestelle im *Bezirk* des Antragsgegners im Regelfall örtlich zuständig, sondern diejenige im Bezirk des Antragstellers. Auch insofern wird der fehlende Praxisbezug des SchlG beklagt.

Bei jedem Amtsgericht wird eine Gütestelle eingerichtet. Während in Bayern die Schlichtung vollkommen auf außergerichtliche Güte- bzw. Schlichtungsstellen übertragen ist, findet in Baden-Württemberg eine Aufgabenteilung zwischen dem Urkundsbeamten beim Amtsgericht und den Schlichtungspersonen statt. Ein große Entlastung für die Justiz dürfte das SchlG daher nicht darstellen. Der Urkundsbeamte registriert den Antrag, bestimmt die Schlichtungsperson, leitet den Antrag an die Schlichtungsperson weiter, bewahrt das Protokoll auf und erteilt gegebenenfalls die Vollstreckungsklausel. Schlichtungspersonen sind in Baden-Württemberg in erster Linie Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, nicht dagegen Notare. Aufgaben, die nicht vom Urkundsbeamten wahrgenommen werden, übernimmt die Schlichtungsperson. Dazu zählen vor allem die Durchführung der Schlichtungsverhandlung, die Protokollierung der Einigung und die Ausstellung der Bescheinigung über die Erfolglosigkeit des Einigungsversuchs. Es wird interessant sein zusehen, wie sich dieses Modell der Aufgabenteilung im Gegensatz zum bayerischen Modell in der Praxis bewährt.

Die Regelungen für den eigentlichen Schlichtungstermin beschränken sich im SchlG – wie in Bayern – auf einen rechtlichen Rahmen. Dem Schlichter und den Parteien steht dem

entsprechend ein weitgehender Gestaltungsspielraum zu. Die Schlichtungsverhandlung ist in der Regel nicht öffentlich; die Parteien haben persönlich zu erscheinen. Die Vergleiche, die vor den Gütestellen geschlossen werden, sind vollstreckbar nach § 794 I Nr. 1 ZPO.

Die Gebühren für die Schlichtung bewegen sich in dem Bereich von 150,- DM bis zu 250,-. Allerdings werden die Schlichter in Baden-Württemberg für eine Einigung durch die höchste Gebühr belohnt. Im BaySchlG ist eine solche „Erfolgsprämie“ nicht vorgesehen; der Schlichter erhält dieselbe Gebühr für eine Einigung wie für einen gescheiterten Güteversuch, solange nur ein Schlichtungsgespräch durchgeführt wurde. Mit der Gebühr sind sämtliche Auslagen abgegolten. Kritisiert wurde dabei, dass nicht einmal die Fahrtkosten für die Einnahme eines Augenscheins in Rechnung gestellt werden können. Der Schlichter kann einen Vorschuss verlangen und es steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht zu.

Insgesamt kam eine gewisse Skepsis der Anwälte gegenüber dem SchlG zum Ausdruck. Die Gebühren wurden allgemein als zu niedrig und nicht einmal kostendeckend eingestuft. Andererseits wurde das SchlG nach dem Motto „Neuer Markt – Neue Chancen“ vorsichtig begrüßt. Die Schlichtung müsse auch deshalb übernommen werden, da sonst andere Berufsgruppen mit dieser Aufgabe betraut werden.

IV. Fazit

Zwar wurden auf dem 51. Deutschen Anwaltstag einige verschiedene Veranstaltungen zur Mediation angeboten, die ca. 1500 Teilnehmer brachten diesen allerdings insgesamt nur begrenztes Interesse entgegen. Eine etwaige Skepsis gegenüber der Mediation als neuem anwaltlichen Tätigkeitsfeld könnte m.E. zum einen in dem berufs- und strafrechtlichen Verbot (§ 43a IV BPAO, § 356 StGB) der „Rollenvermischung“ zwischen Parteivertretung und Mediation liegen, deren genaue Abgrenzung nicht selten eine Gratwanderung darstellt. Denn einerseits kann der Anwalt in einer Sache nicht mehr Parteivertreter sein, wenn er vorher bereits als Mediator tätig geworden ist, und andererseits schließt bereits jede in einer Sache erteilte Rechtsauskunft den Rechtsanwalt als Mediator aus. So empfiehlt auch der Mediationsausschuss der BRAK (siehe z.B. BRAK – Mitteilungen, 1996, S. 196 ff.; 1999, S. 26 ff.) vor Aufnahme der Tätigkeit als Mediator im Einzelfall zur Absicherung der Rollenabgrenzung jeweils einen klarstellenden Mediationsvertrag abzuschließen. Zum anderen sind Anwendungsmöglichkeiten und Vorteile der Mediation in Deutschland – insbesondere bei potenziellen Streitparteien – momentan noch zu wenig bewusst, so dass diese Tätigkeit mangels Nachfrage noch kein breites Interesse der Anwaltschaft weckt. Anwälte, die in der Mediation ausgebildet sind und hierin auch in der Praxis aktiv sind, sind bisher eher die Ausnahme. Auch diese sehen in der Mediation auf dem immer enger werdenden Rechtsberatungsmarkt lediglich ein *zusätzliches* Tätigkeitsfeld, das nicht allein anderen Berufsgruppen (wie z.B. den Psychologen) überlassen werden darf. Die Mediation stellt nach ihrer Ansicht lediglich eine Alternative zur Konfliktaustragung vor Gericht dar, wird aber die streitige Gerichtsbarkeit nie vollständig verdrängen können.

Bayerisches Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen und zur Änderung gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften (Bayerisches Schlichtungsgesetz – BaySchlG)

Vom 25. April 2000

Der Landtag des Freistaates Bayern hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit bekannt gemacht wird:

Abschnitt I

Obligatorische Schlichtung als Prozessvoraussetzung

Art. 1

Sachlicher Umfang der obligatorischen Schlichtung

Vor den Amtsgerichten kann in folgenden bürgerlichrechtlichen Streitigkeiten mit Ausnahme der in § 15 a Abs. 2 EGZPO genannten Streitigkeiten eine Klage erst erhoben werden, wenn die Parteien einen Versuch unternommen haben, die Streitigkeit vor einer in Art. 3 genannten Schlichtungs- oder Gütestelle gütlich beizulegen:

1. in vermögensrechtlichen Streitigkeiten über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von eintausendfünfhundert Deutsche Mark nicht übersteigt,
2. in Streitigkeiten über Ansprüche wegen
 - a) der in § 906 BGB geregelten Einwirkungen auf das Nachbargrundstück, sofern es sich nicht um Einwirkungen von einem gewerblichen Betrieb handelt,
 - b) Überwuchses nach § 910 BGB,
 - c) Hinüberfalls nach § 911 BGB,
 - d) eines Grenzbaums nach § 923 BGB,
 - e) der in den Art. 43 bis 54 AGBGB geregelten Nachbarrechte, sofern es sich nicht um Einwirkungen von einem gewerblichen Betrieb handelt,
3. in Streitigkeiten über Ansprüche wegen der Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden ist.

Art. 2

Örtlicher Umfang der obligatorischen Schlichtung

¹Ein Schlichtungsversuch nach Art. 1 vor Erhebung der Klage ist nur erforderlich, wenn die Parteien ihren Wohnsitz, ihren Sitz oder ihre Niederlassung im selben Landgerichtsbezirk haben. ²Die Bezirke der Landgerichte München I und München II gelten insoweit als ein Landgerichtsbezirk.

Art. 3

Schlichtungsstellen

(1) ¹Die Parteien können sich für einen Schlichtungsversuch einvernehmlich an jeden Rechtsanwalt, der nicht Parteivertreter ist, an jeden Notar oder an dauerhaft eingerichtete Schlichtungsstellen der Kammern, Innungen, Berufsverbände oder ähnliche Institutionen im Sinn von § 15 a Abs. 3 EGZPO wenden. ²Das Einvernehmen nach Satz 1 wird unwiderleglich vermutet, wenn der Verbraucher eine branchengebundene Schlichtungsstelle, eine Schlichtungsstelle der Industrie- und Handelskammer, der Handwerkskammer oder der Innung angerufen hat. ³Fehlt es am Einvernehmen nach den Sätzen 1 und 2, ist der Schlichtungsversuch vor einem örtlich zuständigen Schlichter der Gütestellen nach Art. 5 durchzuführen.

(2) Ein Schlichter ist von der Schlichtung ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen des § 41 ZPO vorliegen.

Art. 4

Bescheinigung über erfolglosen Schlichtungsversuch

(1) ¹Bleibt der Schlichtungsversuch erfolglos, so ist dem Antragsteller darüber ein Zeugnis auszustellen, das dem Gericht bei Klageerhebung vorzulegen ist. ²Das Zeugnis wird auf Antrag auch erteilt, wenn binnen einer Frist von drei Monaten das beantragte Schlichtungsverfahren nicht durchgeführt worden ist. ³Die Frist beginnt nicht vor Einzahlung des Vorschusses gemäß Art. 14.

(2) Das Zeugnis ist außerdem auszustellen, wenn der Schlichter den sachlichen Anwendungsbereich nach Art. 1 oder, soweit dies zwischen den Parteien strittig ist, den örtlichen Anwendungsbereich nach Art. 2 für nicht eröffnet oder die Angelegenheit für eine Schlichtung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen von vornherein für ungeeignet erachtet.

(3) ¹Das Zeugnis hat auch die Namen und die Anschriften des Antragstellers und des Antragsgegners, eine kurze Darstellung des Streitgegenstands, Angaben zum Streitwert sowie den Zeitpunkt, zu dem das Verfahren beendet ist, zu enthalten. ²Wird das Zeugnis ausgestellt, weil der Schlichter die Angelegenheit für eine Schlichtung für ungeeignet erachtet, sind die Gründe dafür im Zeugnis anzugeben.

Abschnitt II

Gütestellen nach § 15 a Abs. 1 EGZPO

Art. 5

Einrichtung der Gütestellen

(1) Jeder Notar ist als Träger eines öffentlichen Amtes Gütestelle.

(2) ¹Jeder Rechtsanwalt, der sich gegenüber der Rechtsanwaltskammer dazu verpflichtet hat, Schlichtung als dauerhafte Aufgabe zu betreiben, ist durch die Rechtsanwaltskammer als Gütestelle zuzulassen. ²Die Zulassung kann widerrufen werden, wenn die Pflichten nach Art. 8 gröblich vernachlässigt werden.

(3) ¹Die Gütestellen nach den Absätzen 1 und 2 sind landesrechtlich anerkannte Gütestellen nach § 15 a Abs. 6 EGZPO. ²Der Präsident des Bayerischen Obersten Landesgerichts kann weitere Gütestellen nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO unter den Voraussetzungen des Art. 22 AGGVG einrichten und anerkennen.

Art. 6

Auswahl unter den Gütestellen

¹Unter mehreren Gütestellen des Landgerichtsbezirks hat die antragstellende Partei die Auswahl.

²Bestehen in dem Amtsgerichtsbezirk, in dem der Antragsgegner seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder seine Niederlassung hat, Gütestellen, so kann die antragstellende Partei nur unter diesen auswählen. ³Die zuerst angerufene Gütestelle ist auch für einen Gegenantrag zuständig.

Art. 7

Aufnahme des Schlichtungsantrags durch die Gütestelle

¹Die Gütestelle nimmt den schriftlichen Schlichtungsantrag während der üblichen Geschäftszeiten entgegen und registriert ihn. ²Der Schlichtungsantrag kann auch zu Protokoll der Gütestelle erklärt werden.

Art. 8

Schlichter, Pflichten aus dem Schlichteramts

(1) ¹Schlichter der Gütestellen nach Art. 5, Abs. 1 und 2 sind Personen, die den Beruf des Notars oder des Rechtsanwalts ausüben. ²Sie beachten bei Ausübung des Schlichteramts ihre allgemeinen Berufspflichten. ³Sie üben ihr Amt unparteiisch und unabhängig aus. ⁴Sie tragen für eine zügige Erledigung der Schlichtungsverfahren Sorge.

(2) ¹Den Schlichtern steht hinsichtlich der Tatsachen, die Gegenstand des Schlichtungsverfahrens sind, ein Zeugnisverweigerungsrecht zu. ²Wer als Schlichter tätig war, kann in derselben Sache keine der Parteien im gerichtlichen Verfahren vertreten.

(3) ¹Die Aufsicht über die Notare als Schlichter führt die Landesnotarkammer, die Aufsicht über die Rechtsanwälte als Schlichter die jeweils zuständige Rechtsanwaltskammer. ²Die Aufsichtsbehörde kann die hierfür erforderlichen Verwaltungsanordnungen treffen. ³Sie hat darauf zu achten, dass die Schlichter den ihnen nach diesem Gesetz obliegenden Verpflichtungen nachkommen. ⁴Sie kann jederzeit Auskunft über alle die Geschäftsführung betreffenden Angelegenheiten verlangen.

Abschnitt III

Durchführung des Schlichtungsverfahrens vor dem Schlichter der Gütestelle nach Abschnitt II

Art. 9

Verfahrenseinleitung

¹Das Schlichtungsverfahren wird auf Antrag eingeleitet. ²Der Antrag muss Namen und ladungsfähige Anschrift der Parteien, eine kurze Darstellung der Streitsache und den Gegenstand des Begehrens enthalten. ³Ihm sollen die für die förmliche Mitteilung erforderlichen Abschriften beigefügt werden.

Art. 10

Gang des Schlichtungsverfahrens

(1) ¹Sobald dem Schlichter der Antrag vorliegt und der Vorschuss (Art. 14) eingezahlt worden ist, bestimmt er einen Schlichtungstermin, zu dem er die Parteien persönlich lädt. ²Er erörtert mit den Parteien mündlich die Streitsache und die Konfliktlösungsvorschläge der Parteien. ³Zur Aufklärung der Interessenlage kann er mit den Parteien in deren Einvernehmen auch Einzelgespräche führen. ⁴Auf der Grundlage der Schlichtungsverhandlung kann er den Parteien einen Vorschlag zur Konfliktbeilegung unterbreiten. ⁵In geeigneten Fällen sieht der Schlichter von einem Termin ab und verfährt schriftlich.

(2) Die Schlichtungsverhandlung ist nicht öffentlich.

(3) ¹Der Schlichter lädt keine Zeugen und Sachverständigen. ²Zeugen und Sachverständige, die von den Parteien auf deren Kosten herbeigeschafft werden, können angehört, und ein Augenschein kann eingenommen werden, wenn dadurch der Abschluss des Schlichtungsverfahrens nicht unverhältnismäßig verzögert wird.

(4) Im Übrigen bestimmt der Schlichter das zur zügigen Erledigung der Streitsache zweckmäßige Verfahren nach seinem Ermessen.

Art. 11

Persönliches Erscheinen der Parteien

(1) Die Parteien haben im Schlichtungstermin persönlich zu erscheinen.

(2) Dies gilt nicht, wenn eine Partei zu dem Termin eine Vertretung entsendet, die zur Aufklärung des Sachverhalts in der Lage und zu einem unbedingten Vergleichsabschluss schriftlich ermächtigt ist, und der Schlichter dem Fernbleiben der Partei zustimmt.

(3) Jede Partei kann sich im Termin eines Beistands oder eines Rechtsanwalts bedienen.

(4) ¹Erscheint der Antragsteller unentschuldigt nicht zum Schlichtungstermin, gilt der Antrag als zurückgenommen; bei hinreichender Entschuldigung binnen 14 Tagen ist vom Schlichter ein neuer Schlichtungstermin zu bestimmen. ²Der Antrag gilt auch als zurückgenommen, wenn der Vorschuss nach Art. 14 nicht in der vom Schlichter gesetzten Frist einbezahlt wurde. ³Fehlt die Gegenpartei unentschuldigt, so ist dem Antragsteller frühestens nach 14 Tagen ein Zeugnis nach Art. 4 auszustellen. ⁴In der Ladung sind die Parteien auf die Folgen ihres Ausbleibens hinzuweisen.

Art. 12

Protokollierung der Konfliktbeilegung

¹Wird vor dem Schlichter eine Vereinbarung zur Konfliktbeilegung geschlossen, so ist diese unter Angabe des Tages ihres Zustandekommens schriftlich niederzulegen und von den Parteien zu unterschreiben. ²Der Schlichter bestätigt den Abschluss der Vereinbarung mit seiner Unterschrift. ³Die Konfliktregelung muss auch eine Einigung der Parteien über die Kosten des Schlichtungsverfahrens enthalten. ⁴Die Kosten des Schlichtungsverfahrens sind der Höhe nach auszuweisen. ⁵Die Parteien erhalten vom Schlichter auf Antrag eine Abschrift der Vereinbarung.

Abschnitt IV

Vergütung für das Güteverfahren der Gütestellen nach Abschnitt II und deren Vollstreckung

Art. 13

Vergütung

(1) ¹Die Schlichter nach Art. 5 Abs. 1 und 2 erheben für ihre Tätigkeit eine Vergütung (Gebühren und Auslagen) nur nach diesem Gesetz. ²Sie erhalten Ersatz der auf die Vergütung entfallenden Umsatzsteuer, sofern diese nicht nach § 19 Abs. 1 des Umsatzsteuergesetzes unerhoben bleibt.

(2) Die Gebühr für das Schlichtungsverfahren beträgt

1. 50 Euro, wenn das Verfahren ohne Schlichtungsgespräch endet,
2. 100 Euro, wenn ein Schlichtungsgespräch durchgeführt wurde.

(3) Werden Schlichter im Rahmen des Vollzugs der Vereinbarung zur Konfliktbewältigung im Auftrag beider Parteien tätig, entsteht eine weitere Gebühr in Höhe von 50 Euro.

(4) ¹Mit der Gebühr werden die allgemeinen Geschäftskosten der Schlichter abgegolten. ²Für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen sowie Schreibauslagen können die Schlichter einen Pauschsatz von 20 Euro fordern.

Art. 14

Vorschuss für die Vergütung

(1) Der Schlichter fordert vom Antragsteller vor Durchführung des Schlichtungsverfahrens einen Vorschuss in Höhe der Gebühr nach Art. 13 Abs. 2 Nr. 2 zuzüglich der Auslagen nach Art. 13 Abs. 4.

(2) Nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens rechnet der Schlichter gegenüber dem Antragsteller über den Vorschuss ab.

Art. 15

Vergütungsfreiheit

(1) Eine Partei, die die Voraussetzungen für die Gewährung von Beratungshilfe nach den Vorschriften des Beratungshilfegesetzes erfüllt, ist von der Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung befreit.

(2) § 4 Abs. 1, Abs. 2 Sätze 1 bis 3, §§ 5 und 6 des Beratungshilfegesetzes finden entsprechende Anwendung.

(3) ¹Ist die Partei nach Absatz 1 von der Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung befreit, erstattet die Staatskasse dem Schlichter die ihm zustehende Vergütung. ²Die Erstattung der Schlichtervergütung durch die Staatskasse ist in der Bescheinigung nach Art. 4 zu vermerken.

Art. 16

Beitreibung der Vergütung durch die Staatskasse

(1) Ist dem Schlichter die Vergütung nach Art. 15 Abs. 3 erstattet worden, so geht der Anspruch auf Kostenerstattung, der sich aus der Verurteilung des Gegners in die Prozesskosten im nachfolgenden Gerichtsverfahren ergibt, insoweit auf die Staatskasse über.

(2) ¹Der Vergütungsanspruch nach Absatz 1 ist von der Staatskasse nach den Vorschriften über die Einziehung der Kosten

des gerichtlichen Verfahrens geltend zu machen. ²Die Ansprüche werden bei dem Amtsgericht angesetzt, bei dem der nachfolgende Rechtsstreit geführt wurde. ³Für die Entscheidung über eine gegen den Ansatz gerichtete Erinnerung und über die Beschwerde gilt § 5 Gerichtskostengesetz entsprechend.

Art 17

Aufwendungen der Beteiligten

¹Jede Partei trägt ihre eigenen Kosten. ²Kosten werden, vorbehaltlich einer anderen Regelung in der Vereinbarung zur Konfliktbeilegung, nicht erstattet.

Abschnitt V

Vollstreckung aus dem Vergleich der Gütestellen und Klauselerteilung

Art. 18

Vollstreckung aus einem Vergleich

Aus einem vor dem Schlichter der Gütestelle geschlossenen Vergleich findet die Zwangsvollstreckung nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statt.

Art. 19

Erteilung der Vollstreckungsklausel

(1) Die Vollstreckungsklausel auf einem Vergleich einer Gütestelle nach Art. 5 Abs. 1 erteilt der Notar.

(2) Die Vollstreckungsklausel auf einem Vergleich einer Gütestelle nach Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 erteilt der Rechtspfleger des Amtsgerichts, in dessen Bezirk die Gütestelle eingerichtet ist.

Abschnitt VI

Änderung des AGGVG, In-Kraft-Treten, Außer-Kraft-Treten und Übergangsvorschriften

Art. 20

Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes (AGGVG)

Das Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes – AGGVG – (BayRS 300-1-1-J), zuletzt geändert durch Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juli 1998 (GVBl S. 414), wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird bei Art. 22 das Wort „(aufgehoben)“ durch die Wörter „Voraussetzungen für die Anerkennung als Gütestelle im Sinn von § 794 Abs. 1 Nr. 1 der Zivilprozessordnung“ ersetzt.
2. Art. 2 erhält folgende Fassung:

Art. 2

Handelsrichter

(1) ¹Die Handelsrichter werden von den Präsidenten der Landgerichte ernannt. ²Sie erhalten eine Ernennungsurkunde.

(2) ¹Die Präsidenten der Landgerichte entscheiden auch über die Entbindung von dem Amt eines Handelsrichters nach § 113 Abs. 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes. ²Sie sind ferner zuständig für die Einleitung des Verfahrens zur Amtsenthebung eines Handelsrichters nach § 113 Abs. 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes.“

3. Art. 5 erhält folgende Fassung:

Art. 5

Zahl und Art der Spruchkörper

Für die Bestimmung der Zahl und Art der Kammern bei den Landgerichten sowie der Senate bei den Oberlandesgerichten und bei dem Bayerischen Obersten Landesgericht sind zuständig:

1. das Staatsministerium der Justiz für die Bestimmung der Zahl der Kammern für Handelssachen sowie der auswärtigen Kammern und Senate, deren Zahl durch Rechtsverordnung festgesetzt wird,
 2. die jeweiligen Gerichtspräsidenten in allen übrigen Fällen.“
4. In Art. 11 Abs. 3 Nr. 3 werden nach den Worten „des Staatsministeriums der Justiz“ die Wörter „oder des Präsidenten des Oberlandesgerichts München“ eingefügt.
5. Art. 12 Abs. 2 wird wie folgt geändert:
- a) In Satz 1 werden die Worte „bei den Landgerichten“ durch die Worte „, die bei den Landgerichten bestehen,“ ersetzt.
 - b) In Satz 2 werden die Worte „des übergeordneten Landgerichts errichten“ durch die Worte „errichten, die bei dem übergeordneten Landgericht besteht“ ersetzt.
6. In Art. 14 Abs. 3 werden die Worte „bei dem Landgericht“ gestrichen.

7. Art. 19 Abs. 2 erhält folgende Fassung:

„(2) ¹Der Präsident des Bayerischen Obersten Landesgerichts bestellt für sein Gericht einen Beamten des höheren oder des gehobenen Dienstes zum Geschäftsleiter; im Einvernehmen mit dem Generalstaatsanwalt bei dem Bayerischen Obersten Landesgericht bestellt er einen Beamten des höheren oder des gehobenen Dienstes zum Geschäftsleiter dieser Staatsanwaltschaft. ²Die Präsidenten der Oberlandesgerichte bestellen bei den Oberlandesgerichten jeweils einen Beamten des höheren oder des gehobenen Dienstes zum Dienstleiter und zum ständigen Vertreter des Dienstleiters, bei jedem Gericht und jeder Staatsanwaltschaft ihres Bezirks einen Beamten des höheren oder des gehobenen Dienstes zum Geschäftsleiter und im Bedarfsfall Beamte des gehobenen Dienstes als Gruppenleiter. ³Für die Bestellung der Geschäfts- und Gruppenleiter bei den Staatsanwaltschaften ist das Einvernehmen mit dem zuständigen Generalstaatsanwalt bei dem Oberlandesgericht herzustellen.“

8. In Art. 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 werden die Worte „bei dem Landgericht“ gestrichen und die Worte „bei diesem Gericht“ durch die Worte „, die bei dem Landgericht besteht“ ersetzt.

9. Es wird folgender Art. 22 eingefügt:

„Art. 22

Voraussetzungen für die Anerkennung als Gütestelle im Sinn von § 794 Abs. 1 Nr. 1 der Zivilprozessordnung

Als Gütestelle im Sinn von § 794 Abs. 1 Nr. 1 der Zivilprozessordnung können vom Präsidenten des Bayerischen Obersten Landesgerichts Personen oder Vereinigungen anerkannt werden,

1. die die Gewähr für eine von den Parteien unabhängige und objektive Schlichtung bieten,
 2. die Schlichtung als dauerhafte Aufgabe betreiben,
 3. die nach einer Verfahrensordnung vorgehen, die in ihren wesentlichen Teilen dem Verfahrensgang nach dem Bayerischen Schlichtungsgesetz entspricht.“
10. In Art. 51 Satz 1 werden die Worte „vom 18. Juni 1980 (BGBl. I S. 689)“ gestrichen.
11. Art. 55 Abs. 5 Satz 2 wird aufgehoben; die Satzbezeichnung 1 entfällt.

Art. 21

In-Kraft-Treten, Außer-Kraft-Treten

- (1) Dieses Gesetz tritt am 1. Mai 2000 in Kraft.
- (2) Art. 1 bis 19 und Art. 20 Nrn. 1 und 9 treten mit Ablauf des 31. Dezember 2005 außer Kraft.

Art. 22

Übergangsvorschriften

(1) Das Gesetz findet auf alle Klagen Anwendung, die vier Monate nach In-Kraft-Treten des Gesetzes oder später bei Gericht eingehen.

(2) ¹Bis zum 31. Dezember 2001 betragen die Gebühren nach Art. 13 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 jeweils 100,- DM. ²Die Gebühr nach Art. 13 Abs. 2 Nr. 2 beträgt 200,- DM. ³Der Pauschsatz nach Art. 13 Abs. 4 Satz 2 beträgt 40,- DM.

München, den 25. April 2000

Der Bayerische Ministerpräsident

In Vertretung

Barbara S t a m m

Stellvertreterin des Ministerpräsidenten

und

Staatsministerin für Arbeit und Sozialordnung,
Familie, Frauen und Gesundheit

Bayerische Güteordnung für Notare

*Der Vorstand der Landesnotarkammer Bayern hat in seiner 322. Sitzung am 30.6.2000 die nachstehende Bayerische Güteordnung für Notare beschlossen. Sie gibt weitgehend das geltende Recht für Güteverfahren nach dem BaySchlG wieder und stellt zugleich eine Empfehlung an die Notare dar, welche Verfahrensordnung einem freiwilligen Güteverfahren zugrunde gelegt werden soll (vgl. § 2 Abs. 4 der Güteordnung). In einigen Punkten enthält die Güteordnung Empfehlungen auch für obligatorische Verfahren. Insbesondere in § 10 macht die Landesnotarkammer Bayern von ihren aufsichtlichen Befugnissen gem. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BaySchlG Gebrauch. Die Empfehlung orientiert sich so weit wie möglich an der Empfehlung der Bundesnotarkammer vom 8.10.1999 (DNotZ 2000, 1 ff.). Anpassungen waren im Hinblick auf das BaySchlG unerlässlich, damit freiwillige Verfahren und obligatorische Verfahren möglichst einheitlich durchgeführt werden können.**

§ 1

Anwendungsbereich

- (1) Diese Güteordnung der Notare ist in förmlichen Verfahren anzuwenden, die Notare im Rahmen der Betreuung von Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (§ 24 Abs. 1 BNotO) auch als anerkannte Gütestelle (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) durchführen.
- (2) Soll der Notar das Ergebnis des Güteverfahrens zu notarieller Urkunde niederlegen, gelten insoweit ausschließlich die Vorschriften der Bundesnotarordnung und des Beurkundungsgesetzes.
- (3) Das Güteverfahren wird durchgeführt aufgrund
 1. des Einverständnisses aller Beteiligten zur Güteordnung der Notare (freiwillige Verfahren), oder
 2. Abschnitt II und III des Bayerischen Schlichtungsgesetzes (obligatorische Verfahren).

§ 2

Einleitung des Verfahrens

- (1) Das Güteverfahren wird auf schriftlichen Antrag hin eingeleitet. Der Antrag muss die Namen, die ladungsfähigen Anschriften der Beteiligten sowie eine kurze Darstellung der Streitsache enthalten. Der Antrag soll das Begehren des Antragstellers erkennen lassen.
- (2) Nimmt der Notar einen Antrag auf Durchführung des Güteverfahrens nicht an, so teilt er dies dem Antragsteller unter Angabe der Gründe mit. Zugleich weist er den Antragsteller darauf hin, dass dieser zur Herbeiführung der verjährungsunterbrechenden Wirkung den Antrag selbst dem Antragsgegner zustellen muss.
- (3) Nimmt der Notar einen Antrag auf Durchführung des Güteverfahrens an, so veranlasst er unverzüglich die Zustellung des Güteantrages an den Antragsgegner.

* Besonderer Dank gilt dem Vorsitzenden des Schlichtungsausschusses der Landesnotarkammer Bayern, Notar *Dr. Friedrich v. Daumiller*; Prien, für die Analyse der Abweichungen zwischen BaySchlG und der Güteordnung der Bundesnotarkammer.

- (4) Im freiwilligen Verfahren ist die Zustellung erst vorzunehmen, nachdem der Antragsteller sein Einverständnis zur Anwendung der Güteordnung der Notare erklärt hat. Soweit der Antragsteller die Einverständniserklärung des Antragsgegners nicht beigebracht hat, fordert der Notar den Antragsgegner mit Zustellung des Güteantrages auf zu erklären, ob er mit der Durchführung des Verfahrens nach der beizufügenden Güteordnung der Notare einverstanden ist.

§ 3

Wahrung der Unparteilichkeit

- (1) Ist der Notar durch ein Mitwirkungsverbot oder wegen Befangenheit an der Tätigkeit als Gütestelle gehindert (§ 16 BNotO, § 41 ZPO i.V.m. Art. 3 Abs. 2 BaySchlG), so soll er dies den Parteien unter Hinweis auf die mit der Beendigung des Verfahrens verbundenen Rechtsfolgen mitteilen.
- (2) Der Notar soll sich wegen Befangenheit der Tätigkeit als Gütestelle enthalten, wenn die Streitigkeit die Wirksamkeit, die Auslegung oder den Vollzug einer Erklärung betrifft, die er oder ein Notar beurkundet hat, mit dem er sich zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat oder hatte und seine schlichtende Tätigkeit Zweifel an seiner Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit zu wecken geeignet ist.

§ 4

Durchführung des Verfahrens

- (1) Der Notar lädt die Beteiligten zu einem von ihm bestimmten Termin, in dem das Güteverfahren in nicht öffentlicher, mündlicher Verhandlung durchgeführt wird. Auf gemeinsamen Wunsch der Parteien kann der Notar die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens anordnen. Bei der Terminbestimmung und der Anordnung des schriftlichen Verfahrens soll der Notar auf die Folgen einer Säumnis hinweisen.
- (2) Der Notar kann mit Zustimmung der Beteiligten auch Gespräche mit einzelnen der Beteiligten führen. Auf Wunsch der Beteiligten schlägt er eine Regelung zur gütlichen Beilegung des Konflikts vor.
- (3) Der Notar kann auf gemeinsamen Wunsch der Beteiligten Zeugen und Sachverständige anhören sowie Einsicht in Urkunden und einen Augenschein einnehmen. Die Kosten der Durchführung dieser Maßnahmen haben die Beteiligten unmittelbar zu tragen.
- (4) Im Übrigen bestimmt der Notar das Verfahren nach seinem Ermessen.
- (5) Das Verfahren endet, wenn
 1. der Notar den Beteiligten nach § 3 Abs. 1 mitteilt, dass er an der Durchführung gehindert ist,
 2. der Notar das Verfahren mangels Erfolgsaussicht für beendet erklärt,

3. ein Beteiligter das Verfahren nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung oder Austausch von Schriftsätzen im schriftlichen Verfahren gegenüber dem Notar für gescheitert erklärt,
4. die Beteiligten ihren Streit durch eine Vereinbarung beilegen oder
5. der Antrag als zurückgenommen gilt (vgl. § 6 Abs. 1, § 9 Abs. 2 dieser Güteordnung).

§ 5

Beistände und Vertreter der Beteiligten

- (1) Jeder Beteiligte kann anwaltlichen oder sonstigen Beistand hinzuziehen. Ist ein Beteiligter anwaltlich vertreten, so soll er darauf hinwirken, dass sein Beistand an der mündlichen Verhandlung teilnimmt.
- (2) Der Notar kann das persönliche Erscheinen der Beteiligten zu einem anberaumten Termin anordnen. Die Vertretung eines Beteiligten durch eine Person, die zur Aufklärung des Streitsachverhalts in der Lage und zu einem unbedingten Vergleichsabschluss bevollmächtigt ist, bleibt zulässig.

§ 6

Säumnis eines Beteiligten

- (1) Das Güteverfahren ist beendet, wenn ein Beteiligter nicht zur mündlichen Verhandlung erscheint. Bei Ausbleiben des Antragstellers gilt der Güteantrag als zurückgenommen. Im obligatorischen Verfahren bestätigt der Notar die Beendigung des Verfahrens nach den gesetzlichen Vorschriften.
- (2) Die Säumnisfolgen nach Absatz 1 treten nicht ein, wenn innerhalb von zwei Wochen nach dem Termin der Beteiligte sein Ausbleiben gegenüber dem Notar genügend entschuldigt oder alle Beteiligten die Fortsetzung des Verfahrens wünschen. In diesen Fällen kann der Notar zu einem neuerlichen Termin laden.
- (3) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn sich ein Beteiligter im schriftlichen Verfahren trotz Fristsetzung durch den Notar nicht äußert.

§ 7

Vertraulichkeit des Verfahrens

Die Parteien sollen nach Möglichkeit in einem anschließenden Gerichtsverfahren weder den Notar als Zeugen benennen noch andere Vorgänge des Güteverfahrens in ein Gerichtsverfahren einbringen.

§ 8

Abschluss eines Vergleiches

- (1) Schließen die Beteiligten einen Vergleich in einer mündlichen Verhandlung, so werden die Erklärungen der Beteiligten in entsprechender Anwendung der Vorschriften der ZPO zur Protokollierung gerichtlicher Vergleiche (§§ 159 ff. ZPO) aufgenommen. Dabei sind die Vorschriften zur Mitwirkung des Urkundsbeamten nicht anzuwenden.
- (2) Ein Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Beteiligten einen förmlichen Vergleichsvorschlag des Notars schriftlich gegenüber dem Notar annehmen.

- (3) Enthält der Vergleich Vereinbarungen, für die das Gesetz eine andere Form vorsieht, ist diese einzuhalten.
- (4) Der Notar erteilt den Beteiligten auf Antrag Abschriften des Vergleichs und im Rahmen seiner gesetzlichen Zuständigkeit die Vollstreckungsklausel.
- (5) Der Vergleich soll eine Einigung der Parteien über die Verfahrenskosten enthalten. Soweit Erstattungsansprüche der Parteien untereinander begründet werden, sollen sie der Höhe nach ausgewiesen werden.

§ 9

Vergütung und Kostentragung

- (1) Ist für eine Vergütung der Tätigkeit des Notars nichts anderes gesetzlich vorgeschrieben, sind §§ 148, 116 KostO entsprechend anzuwenden.
- (2) Fordert der Notar vom Antragsteller vor Durchführung des Schlichtungsverfahrens einen Kostenvorschuss, so gilt der Güteantrag als zurückgenommen, wenn der Vorschuss nicht in der vom Notar gesetzten Frist einbezahlt wurde.
- (3) Erklärt sich der Antragsgegner im freiwilligen Verfahren nach Zustellung des Antrags mit der Durchführung des Verfahrens nach der Güteordnung der Notare nicht innerhalb eines Monats einverstanden, so trägt der Antragsteller die entstandenen Auslagen und eine Vergütung für den Notar nach §§ 148, 116 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KostO. Erfolgt eine Einverständniserklärung noch innerhalb eines Jahres nach Zustellung, so wird die Vergütung nach Satz 2 auf die Vergütung für die Durchführung des Verfahrens angerechnet.
- (4) Endet das Verfahren infolge des nicht genügend entschuldigten Ausbleibens einer Partei, so hat diese Partei die Kosten des Verfahrens allein zu tragen.
- (5) Vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung trägt im Übrigen jede Partei ihre eigenen Kosten und zu gleichen Teilen die Kosten für die Durchführung des Güteverfahrens vor dem Notar. Die Beteiligten haften dem Notar gesamtschuldnerisch.

§ 10

Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten

- (1) Die Notare teilen der Landesnotarkammer Bayern bis zum 15. Februar eines Jahres mit,
 1. wie viele Anträge auf Durchführung eines Güteverfahrens im Vorjahr insgesamt eingegangen sind,
 2. in wie vielen Fällen es nicht zu einem Schlichtungsgespräch kam,
 3. in wie vielen Fällen Einigungen zur Konfliktbeilegung erzielt wurden.
- (2) Die Urschrift des Antrags auf Durchführung eines Güteverfahrens sowie der Einigung zur Konfliktbeilegung bleibt in der Verwahrung des Notars. Anträge und Einigungen sind in einer eigenen Sammlung aufzubewahren.
- (3) Nicht zu der Sammlung gem. Abs. 2 zu nehmende Schriftstücke, die ein Güteverfahren betreffen, können nach Ablauf von fünf Jahren vernichtet werden.

Nachbarrechtliche Spezialregelungen

A. Zusammenstellung der Vorschriften aus dem Ausführungsgesetz zum BGB für die ehemals coburgischen Landesteile

– Bekanntmachung vom 30.1.1922 (GVBl 155) –

Artikel 24

§ 1 Kann die Errichtung, Ausbesserung oder Wiederherstellung eines Bauwerks nicht bewirkt werden, ohne dass das Nachbargrundstück betreten oder ein Baugerüst auf oder über dem Nachbargrundstück errichtet wird oder Baumaterialien über dasselbe herbeigeschafft oder auf demselben niedergelegt werden, so hat der Nachbar die Benutzung des Grundstücks in dem zur Erreichung des Zweckes notwendigen Umfange dem Eigentümer zu gestatten.

Der Nachbar kann Ersatz des entstehenden Schadens verlangen. Er kann wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet ist. Die Bezirksverwaltungsbehörde entscheidet auf Anrufen des Nachbarn endgütig, ob die Gestattung von einer vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden kann und setzt die Höhe der Sicherheit fest.

§ 2 Der Eigentümer eines Grundstücks kann verlangen, dass auf den Nachbargrundstücken schadendrohende Anlagen nicht hergestellt oder gehalten werden, ohne dass der nach den polizeilichen Vorschriften vorgeschriebene regelmäßige Abstand von der Grenze eingehalten ist und die vorgeschriebenen Schutzvorrichtungen getroffen sind.

Zu diesen Anlagen sind jedenfalls Aborte, Senkgruben, Dungstätten, Bienenstöcke und Viehställe zu rechnen.

§ 3 Der Eigentümer eines landwirtschaftlich benutzten Grundstücks kann verlangen, dass auf den Nachbargrundstücken Bäume und Sträucher nur in dem gesetzlich bestimmten Abstände von der Grenze gehalten werden.

Der Abstand beträgt:

1. für Bäume und Sträucher, solange sie die Höhe von 2 m nicht überschreiten 0,50 m.
2. für Bäume und Sträucher, welche höher als 2 m sind:
 - a. soweit nicht weitere Abstände vorgeschrieben sind 2,00 m.
 - b. für Kern- und Steinobstbäume 3,50 m.
 - c. für Waldbäume aller Art, für Linden, Pappeln, Nussbäume, Kastanien und andere Bäume von derartiger Größe 4,00 m.

§ 4 Der Abstand wird von der Mitte des Baumes, da, wo er aus dem Boden hervortritt, gemessen. Bei Sträuchern sind die der Grenze zunächst stehenden Triebe maßgebend.

§ 5 Sind zu der Zeit, zu welcher ein bisher nicht landwirtschaftlich benutztes Grundstück in landwirtschaftliche Benutzung genommen wird, auf dem Nachbargrundstücke Bäume und Sträucher in einem geringeren als dem nach § 3 zulässigen Abstände bereits vorhanden, so kann der Eigentümer die Einhaltung der im § 3 bestimmten Abstände nur in Ansehung neu anzupflanzender Bäume und Sträucher verlangen.

§ 6 Die Vorschriften des § 3 gelten nicht für Bäume und Sträucher, die sich in einem Hofraum oder Hausgarten befinden, oder die hinter einer Mauer oder einer sonstigen dichten Einfriedung so gehalten werden, dass sie diese nicht oder nicht erheblich überragen. Sie gelten ferner nicht für Anpflanzungen längs einer öffentlichen Straße oder auf einem öffentlichen Platze, sowie für Anpflanzungen zum Schutze der Ufer, Abhänge, Böschungen und Eisenbahnen.

§ 7 Durch Ortsstatut kann zu Gunsten des Nachbarn bestimmt werden,

1. dass auf einem Feldgründstücke behufs Bestellung mit Ackergeräten eingewendet werden darf;
2. dass bei Bauten, Einfriedigungen, Vertiefungen und Erhöhungen bestimmte Abstände von der Grenze einzuhalten sind;
3. dass Bäume und Sträucher nur in einem weiteren als dem gesetzlichen Abstände gehalten werden dürfen.

Soweit die Regelung durch Ortsstatut vorbehalten ist, bleiben die bestehenden Ortsstatute in Kraft.

§ 8 Die Ansprüche, die sich aus den §§ 2 bis 7 ergeben, unterliegen nicht der Verjährung.

§ 9 Die Vorschriften der bisherigen Gesetze, welche Beschränkungen des Eigentums zu Gunsten des Nachbarn enthalten, werden aufgehoben.

§ 10 Die Rechte des Eigentümers eines Grundstücks aus § 910 und § 923 Abs. 2 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Ansehung der auf einem Nachbargrundstück oder auf dessen Grenze stehenden Bäume und Sträucher können gegenüber Grundstücken, die zurzeit des In-Kraft-Tretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Wald bestanden sind, erst nach Ablauf von zwanzig Jahren oder, falls die nächste Verjüngung des Waldes früher erfolgt, von diesem Zeitpunkte ab geltend gemacht werden.

§ 11 Auf die zur Zeit des In-Kraft-Tretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorhandenen Anlagen, Bäume und Sträucher finden die Vorschriften der §§ 2, 4 und 6 keine Anwendung, sofern die Nachbarverhältnisse nach den bisherigen Gesetzen zu Recht bestanden; zu Gunsten der Eigentümer solcher Anlagen und Pflanzungen wird die Rechtmäßigkeit des Zustands vermutet.

Zu Gunsten eines Grundstücks, das zur Zeit des In-Kraft-Tretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Wald bestanden ist, kann erst nach Ablauf von zwanzig Jahren oder, falls die nächste Verjüngung des Waldes früher erfolgt, von diesem Zeitpunkte ab die Einhaltung eines Abstands von 2 m verlangt werden, bis zu vorerwähntem Zeitpunkte aber bleibt in Ansehung neu anzupflanzender Bäume und Sträucher der bisherige Abstand maßgebend.

Artikel 28

Der Inhalt und das Maß der nachstehenden Dienstbarkeiten richtet sich, soweit die Beteiligten nicht ein anderes bestimmt haben, nach den nachfolgenden Vorschriften der §§ 1 bis 14:

§ 1 In der Dienstbarkeit, Balken oder andere Baustücke in die Wand oder Mauer des benachbarten Grundstücks einzulegen ist das Recht enthalten, die schadhafte oder unbrauchbar gewordenen Balken oder andere Baustücke wiederherzustellen oder durch neue zu ersetzen. Die Wiederherstellung und der Ersatz sind nur in der Weise zulässig, dass die Dienstbarkeit für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird.

§ 2 Bei der Dienstbarkeit der Dachtraufe hat der Berechtigte die Wahl, das Regenwasser im Tropfen auf das belastete Grundstück fallen zu lassen oder in Röhren oder Rinnen auf dieses Grundstück zu leiten. Der Berechtigte kann, soweit dadurch die Dienstbarkeit für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird, die getroffene Wahl ändern, auch den Tropfenfall höher oder niedriger legen und die Bauart seines Daches ändern, selbst wenn damit eine Änderung im Tropfenfall oder in der Röhren- oder Rinnenleitung verbunden ist.

§ 3 Das Lichtrecht besteht darin, dass auf dem belasteten Grundstück nichts vorgenommen werden darf, wodurch der Öffnung oder der Räumlichkeit, auf die sich die Dienstbarkeit bezieht, das Licht entzogen oder geschmälert wird.

§ 4 Ist das Lichtrecht in Bezug auf ein Fenster ohne nähere Bestimmung gestattet, so darf dem Berechtigten der Einfall des Lichtes nicht weiter als bis zur Höhe eines halben rechten Winkels von der Sohlbank des Fensters aufwärts, entzogen werden.

Ist das Lichtrecht in Bezug auf ein Gebäude ohne nähere Bestimmung gestattet, so ist die Höhe des halben rechten Winkels nach den Lichtöffnungen im Erdgeschoss zu bemessen.

§ 5 Das Recht der Aussicht gibt die Befugnis, die Herstellung von Anlagen auf dem belasteten Grundstück zu verbieten, durch welche die bezweckte Aussicht entzogen oder geschmälert wird.

§ 6 Das Recht, ein Fenster in fremder oder gemeinschaftlicher Mauer zu haben, enthält auch das Lichtrecht, das Recht der Aussicht aber nur dann, wenn es besonders erworben ist.

§ 7 Das Recht des Fußsteigs umfasst die Befugnis, auf dem Steige zu gehen und, soweit es die Örtlichkeit gestattet, darauf Lasten zu tragen und sie durch Menschen tragen zu lassen.

§ 8 Das Recht des Fahrwegs (der Durchfahrt) umfasst zugleich das Recht des Fußsteigs. Der Berechtigte darf auf dem Fahrwege fahren, reiten und Vieh führen, nicht aber Lasten schleifen oder Vieh ungekoppelt treiben.

§ 9 Ist das Recht der Durchfahrt durch einen Torweg gestattet, so kann der Berechtigte die Verengerung oder Erniedrigung der Torfahrt verbieten. Dies gilt nicht, soweit durch die Verengerung oder Erniedrigung der Torfahrt das Interesse des Berechtigten nicht beeinträchtigt wird.

§ 10 Das Recht die Viehtrift umfasst das Recht, Vieh auch ungekoppelt über das belastete Grundstück zu treiben oder treiben zu lassen; das Recht zum Fahren und zum beliebigen Gehen ist in dem Rechte der Viehtrift nicht begriffen.

Zur Abwendung von Schaden darf der Berechtigte Verzäunungen oder andere Anlagen auf dem belasteten Grundstück herstellen und halten, soweit dies ohne Nachteil für die Interessen des Eigentümers dieses Grundstücks geschehen kann.

§ 11 Des Fußsteigs und des Fahrwegs (der Durchfahrt) darf sich auch derjenige bedienen, welcher ein berechtigtes Interesse hat, auf das Grundstück oder von dort zurück zu gelangen.

§ 12 Die Breite des Fußsteigs ist auf 1 m, die Breite des Fahrwegs außer bei Umbiegungen auf 2,50 m anzunehmen.

§ 13 Besteht das Recht, Wasser aus einem fremden Grundstück oder über ein solches zu leiten, so darf der Berechtigte einen offenen Graben in eine Röhrenleitung umwandeln, sofern dadurch die Dienstbarkeit für das belastete Grundstück nicht beschwerlicher wird. Zur Ausmauerung ist er nicht befugt.

§ 14 Besteht das Recht, Wasser auf einem fremden Grundstück zu schöpfen, so darf der Berechtigte das belastete Grundstück betreten und die zum Schöpfen notwendigen Anstalten auf demselben halten.

§ 15 Alle Vorschriften der vorerwähnten Gesetze, welche über Inhalt und Maß der vorerwähnten Grunddienstbarkeiten Bestimmungen treffen, werden aufgehoben.

§ 16 Die Vorschriften der §§ 1 bis 15 gelten, soweit sich aus der Bestimmung der Beteiligten, einem rechtskräftigen richterlichen Urteile oder in Folge Ersitzung nicht ein anderes ergibt, auch für Rechte an Grundstücken, welche vor dem Inkraft-Treten des Bürgerlichen Gesetzbuchs begründet sind.

B. Verordnung über die Beseitigung von pflanzlichen Abfällen außerhalb zugelassener Beseitigungsanlagen (PflAbfV)¹

i.d.F. vom 13.3.1984 (GVBl S. 100)

§ 1 Allgemeine Grundsätze

(1) Pflanzliche Abfälle dürfen nach Maßgabe der §§ 2 bis 5 außerhalb von Abfallbeseitigungsanlagen (§ 4 Abs. 1 AbfG) beseitigt werden.

(2) ¹Die Abfälle dürfen nur unter Beachtung der in dieser Verordnung oder in einer Verordnung nach § 4 Abs. 4 oder § 5 Abs. 3 enthaltenen Vorschriften über Ort, Zeit sowie Art und Weise der Beseitigung beseitigt werden. ²Die Kreisverwaltungsbehörde kann zur Wahrung des Wohls der Allgemeinheit durch Einzelanordnung weitergehende Anforderungen festlegen. ³Sie kann ferner im Einzelfall Ausnahmen zulassen, wenn dadurch das Wohl der Allgemeinheit nicht beeinträchtigt wird. ⁴Fall von Verordnungen nach § 4 Abs. 4 oder § 5 Abs. 3 werden die Entscheidungen nach den Sätzen 2 und 3 von der Gemeinde getroffen.

(3) Sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften, insbesondere das Waldgesetz für Bayern (BayRS 7902-1-E) in seiner jeweiligen Fassung und die Verordnung über die Verhütung von Bränden vom 29. April 1981 (GVBl S. 101, BayRS 215-2-1-I) in ihrer jeweiligen Fassung bleiben unberührt.

§ 2 Abfälle aus der Landwirtschaft

(1) Pflanzliche Abfälle, die auf landwirtschaftlich genutzten Grundstücken anfallen, dürfen im Rahmen der Nutzung solcher Grundstücke durch Liegenlassen, Einarbeiten und ähnliche Verfahren zur Verrottung gebracht werden, sofern eine erhebliche Geruchsbelästigung der Bewohner angrenzender Wohngrundstücke ausgeschlossen ist.

¹ Vgl. dazu auch die Bekanntmachung zum Vollzug der Verordnung über die Beseitigung von pflanzlichen Abfällen außerhalb zugelassener Beseitigungsanlagen vom 9.5.1984, Beilage zum Staatsanzeiger Nr. 22 vom 1.6.1984.

(2) Strohhige Abfälle aus der Landwirtschaft dürfen verbrannt werden, wenn ihre Einarbeitung nicht möglich ist oder sie im Boden nicht genügend verrotten können und dieser dadurch nachteilig verändert würde. ²Die Kreisverwaltungsbehörde macht in ihrem Amtsblatt die Gebiete bekannt, in denen die Voraussetzungen des Satzes 1 in der Regel gegeben sind. ³In den übrigen Gebieten ist das Verbrennen rechtzeitig, mindestens jedoch sieben Tage vor der beabsichtigten Verbrennung, bei der Gemeinde anzuzeigen, die unverzüglich die Kreisverwaltungsbehörde verständigt. ⁴Die Kreisverwaltungsbehörde hat das Verbrennen zu untersagen, wenn die in dieser Verordnung oder in anderen Rechtsvorschriften geregelten Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind.

(3) Kartoffelkraut und ähnliche krautige Abfälle aus der Landwirtschaft sowie holzige Abfälle aus dem Obst- und Weinbau und sonstigen Sonderkulturen, insbesondere dem Hopfenbau, dürfen verbrannt werden, soweit sie im Zusammenhang mit der üblichen Bewirtschaftung der jeweiligen Anbaufläche anfallen.

(4) ¹Das Verbrennen ist nur außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile und nur an Werktagen von 8 Uhr bis 18 Uhr zulässig. ²Gefahren, Nachteile oder erhebliche Belästigungen durch Rauchentwicklung sowie ein Übergreifen des Feuers über die Verbrennungsfläche hinaus sind zu verhindern. ³Hierzu sind die vorgeschriebenen und sonst zur Wahrung des Wohls der Allgemeinheit (§ 2 AbfG) erforderlichen Abstände von Wohngebäuden und öffentlichen Verkehrswegen sowie von Waldrändern, Rainen, Hecken und sonstigen brandgefährdeten Gegenständen einzuhalten. ⁴Das Feuer ist von mindestens zwei mit geeignetem Gerät ausgestatteten, leistungs- und reaktionsfähigen Personen über 16 Jahre ständig zu überwachen. ⁵Bei starkem Wind darf kein Feuer entzündet werden; brennende Feuer sind unverzüglich zu löschen. ⁶Um die Brandfläche sind Bearbeitungstreifen von drei Metern Breite zu ziehen, die von pflanzlichen Abfällen frei zu machen sind. ⁷Zum Schutz der Bodendecke und der Tier- und Pflanzenwelt ist sicherzustellen, dass größere Flächen nicht gleichzeitig in Brand gesetzt werden und dass das Feuer auf die Bodendecke möglichst kurz und ohne stärkere Verbrennung einwirkt. ⁸Es ist sicherzustellen, dass die Glut beim Verlassen der Feuerstelle, spätestens jedoch bei Einbruch der Dunkelheit erloschen ist. ⁹Die Verbrennungsrückstände sind möglichst bald in den Boden einzuarbeiten.

§ 3 Abfälle aus dem Erwerbsgartenbau

Auf pflanzliche Abfälle aus Betrieben des Erwerbsgartenbaus ist § 2 entsprechend anzuwenden.

§ 4 Abfälle aus sonstigen Gärten

(1) ¹Pflanzliche Abfälle aus anderen als den in § 3 genannten Gärten, insbesondere Laub, Gras und Moos, dürfen auf den Grundstücken, auf denen sie angefallen sind, zur Verrottung gebracht werden, sofern eine erhebliche Geruchsbelästigung der Bewohner angrenzender Wohngrundstücke ausgeschlossen ist. ²Parkanlagen stehen den Gärten im Sinn des Satzes 1 gleich.

(2) ¹Außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile dürfen pflanzliche Abfälle aus den Gärten im Sinn des Absatzes 1 auf den Grundstücken, auf denen sie angefallen sind, auch verbrannt werden. ²Das Verbrennen ist nur an Werktagen von 8 Uhr bis 18 Uhr zulässig. ³Gefahren, Nachteile oder erhebliche Belästigungen durch Rauchentwicklung sowie ein Übergreifen des Feuers über die Verbrennungsfläche hinaus sind zu verhindern. ⁴Bei starkem Wind darf kein Feuer ent-

zündet werden; brennende Feuer sind unverzüglich zu löschen. ⁵Es ist sicherzustellen, dass die Glut beim Verlassen der Feuerstelle, spätestens jedoch bei Einbruch der Dunkelheit erloschen ist.

(3) Unbeschadet des Absatzes 4 ist innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile das Verbrennen pflanzlicher Abfälle aus Garten im Sinne des Absatzes 1 verboten.

(4) ¹Sofern ein Bedürfnis besteht und eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit nicht zu befürchten ist, kann die Gemeinde durch Verordnung zulassen, dass innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile Gartenabfälle, die wegen ihres Holzgehaltes nicht genügend verrotten können (holzige Gartenabfälle), in trockenem Zustand auf den Grundstücken, auf denen sie angefallen sind, verbrannt werden. ²Das Verbrennen darf nur in den Gebieten zugelassen werden, in denen die zuständige beseitigungspflichtige Körperschaft holzige Gartenabfälle weder vollständig einsammelt noch allen Besitzern die Verbringung zu Sammelstellen oder Beseitigungsanlagen in zumutbarer Entfernung ermöglicht. ³An Werktagen vor 8 Uhr und nach 18 Uhr sowie an Sonn- und Feiertagen darf das Verbrennen nicht zugelassen werden.

§ 5 Abfälle aus der Forst- und der Almwirtschaft und sonstige Abfälle

(1) ¹Pflanzliche Abfälle, die beim Forst- und beim Almbetrieb anfallen, dürfen durch Liegenlassen, Einarbeiten und ähnliche Verfahren zur Verrottung gebracht werden. ²Sie dürfen dort verbrannt werden, wo sie angefallen sind, soweit dies aus forst- oder almwirtschaftlichen Gründen erforderlich ist. ³Das Gleiche gilt für angeschwemmtes Holz aus Wildbächen und Muren. ⁴Um die Feuerstelle muss ein ausreichend breiter Schutzstreifen vorhanden sein. ⁵Im Übrigen gilt § 2 Abs. 4 mit der Maßgabe entsprechend, dass mit dem Verbrennen pflanzlicher Abfälle, die beim Forstbetrieb anfallen, bereits um 6 Uhr begonnen werden kann, wenn Belästigungen durch Rauchentwicklung im Bereich bewohnter Grundstücke nicht zu erwarten sind.

(2) Für die Beseitigung pflanzlicher Abfälle, die beim Ausbau und bei der Unterhaltung von Verkehrswegen und Gewässern anfallen, gilt Absatz 1 entsprechend.

(3) Für die Beseitigung pflanzlicher Abfälle, die bei der Unterhaltung von Wasserkraftanlagen anfallen, die innerhalb von im Zusammenhang bebauten Ortsteilen liegen und keine höhere Ausbauleistung als 350 kW aufweisen, gilt § 4 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 und 4 entsprechend.

§ 6 Ordnungswidrigkeiten

Nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 AbfG kann mit Geldbuße bis einhunderttausend Deutsche Mark belegt werden, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. pflanzliche Abfälle entgegen § 2 Abs. 1, § 3, § 4 Abs. 1 Satz 1 oder § 5 Abs. 3 so zur Verrottung bringt, dass für die Bewohner angrenzender Wohngrundstücke eine erhebliche Geruchsbelästigung eintritt,

2. strohhige Abfälle aus der Landwirtschaft oder dem Erwerbsgartenbau ohne die nach § 2 Abs. 2 Satz 3 oder § 3 erforderliche Anzeige oder entgegen einer vollziehbaren Untersagung nach § 2 Abs. 2 Satz 4 oder § 3 verbrennt,

3. pflanzliche Abfälle aus der Landwirtschaft oder dem Erwerbsgartenbau entgegen den Vorschriften des § 2 Abs. 4 oder des § 3 über Ort, Zeit oder Art und Weise der Beseitigung verbrennt,

4. pflanzliche Abfälle aus sonstigen Gärten im Sinn des § 4 Abs. 1 entgegen den Vorschriften des § 4 Abs. 2 über Ort, Zeit oder Art und Weise der Beseitigung oder entgegen dem Verbot des § 4 Abs. 3 verbrennt,

5. pflanzliche Abfälle aus der Forst- oder der Almwirtschaft im Sinn des § 5 Abs. 1 oder aus dem Ausbau oder der Unterhaltung von Verkehrswegen oder Gewässern entgegen den Vorschriften des § 5 Abs. 1 Sätze 2, 4 oder 5 oder des § 5 Abs. 2 über Ort, Zeit oder Art und Weise der Beseitigung verbrennt,

6. pflanzliche Abfälle aus der Unterhaltung von Wasserkraftanlagen entgegen dem Verbot des § 5 Abs. 3 verbrennt.

C. Zweiter Teil des Bayerischen Immissionschutzgesetzes **BayRS 2129-1-1-U**

Art. 11 Nachtruhe

(1) Von 22 Uhr bis 7 Uhr sind Arbeiten verboten, die andere in ihrer Nachtruhe stören.

(2) ¹Das Verbot des Absatzes 1 gilt nicht für Arbeiten:

1. Die der Verhütung oder Beseitigung einer Notlage dienen oder wegen unmittelbarer Gefährdung wichtiger öffentlicher Belange erforderlich sind;
2. in Gewerbe- und Industriegebieten, die in einem Bebauungsplan ausgewiesen sind; liegt ein rechtsverbindlicher Bebauungsplan für das Gebiet nicht vor, so entscheidet die tatsächliche Nutzung;
3. in landwirtschaftlichen und gewerblichen Betrieben, wenn in ihnen Arbeiten zur Nachtzeit üblich oder zur Verhütung von Schäden an Anlagen, Rohstoffen am Arbeitsergebnissen erforderlich sind.

²Bei der Durchführung der Arbeiten dürfen nur die nach den Umständen unvermeidbaren Geräusche erzeugt werden.

(3) Sonstige Betätigungen, die andere in ihrer Nachtruhe stören, sind von 22 Uhr bis 7 Uhr nur zulässig, wenn sie zu dieser Zeit unvermeidbar sind.

(4) ¹Die Gemeinden können im Einzelfall weitere Ausnahmen vom Verbot des Absatzes 1 zulassen, wenn besondere öffentliche Interessen die Durchführung der Arbeiten während der Nacht erfordern. ²Soweit für die Arbeiten nach sonstigen Vorschriften eine behördliche Erlaubnis erforderlich ist, entscheidet die Erlaubnisbehörde über die Zulassung der Ausnahme.

Art. 12 Motoren

(1) Es ist verboten,

1. Lärm- oder abgaserzeugende Motoren unnötig laufen zu lassen,
2. motorisierte Schneefahrzeuge, insbesondere Motorschlitten zu betreiben,
3. Verbrennungsmotoren von Krafträdern oder Verbrennungshilfsmotoren von Fahrrädern in unmittelbarer Nähe fremder Wohnungen sowie in der freien Natur ohne Notwendigkeit anzulassen und laufen zu lassen.

(2) Vom Verbot nach Absatz 1 Nr. 2 können die Kreisverwaltungsbehörden, vom Verbot nach Absatz 1 Nr. 3 die Gemeinden Ausnahmen zulassen, wenn ein Bedürfnis hierfür auch unter Berücksichtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie des Schutzes der Allgemeinheit oder Nachbarschaft vor Lärm anzuerkennen ist.

Art. 13 Schallzeichen, Tonübertragung

(1) Es ist verboten,

1. mit Hilfe von Geräten Schallzeichen zu geben
2. Tonübertragungsgeräte oder Tonwiedergabegeräte auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen, in den öffentlichen Anlagen, in der freien Natur oder in einem Freibadegelände zu benutzen, wenn andere dadurch gestört werden.

(2) Die Gemeinden können von diesen Verboten Ausnahmen zulassen, wenn ein Bedürfnis auch unter Berücksichtigung des Schutzes der Allgemeinheit oder Nachbarschaft vor Lärm anzuerkennen ist.

(3) Das Verbot nach Absatz 1 Nr. 1 gilt nicht für

1. Schallzeichen zur Warnung vor Gefahren, zum Rufen von Hilfsdiensten oder zu ähnlichen öffentlichen Zwecken,
2. Schallzeichen zur Religionsausübung,
3. die nach dem Sprengstoffrecht erlaubte Verwendung von pyrotechnischen Gegenständen.

Art. 13 a Abbrennen fester Stoffe

Das Abbrennen von festen Stoffen, um Bestandteile zurückzugewinnen, ist außerhalb von genehmigten Anlagen verboten.

Art. 14 Verordnungen der Gemeinden

Zum Schutz vor unnötigen Störungen können die Gemeinden Verordnungen aber die zeitliche Beschränkung ruhestörender Hausarbeiten oder Gartenarbeiten, über die Benutzung von Musikinstrumenten, Tonübertragungsgeräten und Tonwiedergabegeräten sowie über das Halten von Haustieren erlassen.

Art. 15 Ausnahmen

Die Vorschriften des Zweiten Teils gelten nicht für den Luft-, Straßen- und Schienenverkehr und den Verkehr mit Wasserfahrzeugen, soweit hierfür besondere Vorschriften bestehen.

Art. 18 Ordnungswidrigkeiten

(1) Mit Geldbuße bis zu zwanzigtausend Deutsche Mark kann belegt werden, wer vorsätzlich oder fahrlässig einer Verordnung nach Art. 10 zuwiderhandelt, wenn die Verordnung für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist.

(2) Mit Geldbuße bis zu fünftausend Deutsche Mark kann belegt werden, wer vorsätzlich oder fahrlässig,

1. entgegen Art. 11 Abs. 1 oder 3 die Nachtruhe stört,
2. entgegen Art. 12 Abs. 1 Motoren betreibt,
3. entgegen Art. 13 Abs. 1 Schallzeichen abgibt oder Tonübertragungs- und Tonwiedergabegeräte betreibt,
4. einer mit einer Erlaubnis nach Art. 11 Abs. 4, Art. 12 Abs. 2 oder Art. 13 Abs. 2 verbundenen vollziehbaren Auflage zuwiderhandelt,
5. entgegen Art. 13 a feste Stoffe abbrennt, um Bestandteile zurückzugewinnen,
6. einer auf Grund des Art. 14 erlassenen Verordnung zuwiderhandelt, wenn die Verordnung für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist.

Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept: sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln, 18. Auflage, Campus Verlag GmbH, Frankfurt/Main, 1999, 271 Seiten, DM 39,80.

Wer kennt diese oder eine ähnliche Situation nicht: Im Rahmen der Beurkundung einer Hofübergabe soll der Bruder der Erwerberin einen Pflichtteilsverzicht gegen die Zahlung einer Abfindung erklären. Im Beurkundungstermin ist plötzlich die vorherige Einigkeit dahin und der Bruder fordert einen wesentlich höheren Betrag als bisher abgesprochen. Die Beteiligten beginnen nun mit der Diskussion über die Höhe der Abfindung, die ein bloßes Feilschen um den Geldbetrag darstellt. Ein anderes Beispiel für eine typische Verhandlungssituation: Ein Mitarbeiter fordert eine Gehaltserhöhung, mit der der Notar nicht einverstanden ist.

Jeder von uns ist sowohl beruflich als auch privat ständig in Verhandlungssituationen eingebunden, sei es als Verhandlungspartei oder als Vermittler zwischen Verhandlungsparteien. Üblicherweise geht man mehr oder weniger gut vorbereitet in die Verhandlung und versucht meist intuitiv auf die konkrete Situation zu reagieren. Je nach Persönlichkeit kann man sich eher dem „kompetitiven/harten“ oder aber dem „weichen“ Verhandlungsstil zuordnen. Der „harte Verhandler“ verhandelt meist aggressiv, für ihn kann es nur einen Gewinner und einen Verlierer geben. Alles, was er seinem Gegner überlassen muss, stellt sich für ihn als Niederlage dar. Auf Grund seiner mangelnden Kooperationsbereitschaft scheitern seine Verhandlungen häufig – wenn aber eine Vereinbarung erzielt wird, dann ist der harte Verhandler durchaus erfolgreich. Der „weiche Verhandler“ will dagegen persönliche Konflikte vermeiden und macht deshalb eher Zugeständnisse, um zu einer Einigung zu kommen. Häufig wird seine Kooperationsbereitschaft ausgenutzt, so dass der weiche Verhandler im Ergebnis als der Verlierer dasteht.

Das Harvard-Konzept schlägt als „dritten Weg“ die Methode des *sachbezogenen Verhandeln*s vor. Hier soll das bloße Feilschen um das Ergebnis dadurch ersetzt werden, dass beide Verhandlungsparteien soweit wie möglich auf gegenseitigen Nutzen hinarbeiten und bei unvereinbaren Interessen faire objektive Prinzipien zur Ergebnisfindung heranziehen.

Das hier besprochene Buch ist in vier Kapitel unterteilt. Zunächst wird das Problem der üblichen Verhandlungsmethoden aufgezeigt. Bloßes Feilschen um Positionen, also z. B. eine Preisverhandlung, bei der jede Partei eine Zahl nennt und sich beide in etwa in der Mitte einigen, indem jeder fortlaufend seine geforderte Summe aufgibt und eine neue Summe nennt, provoziert nach Auffassung der Autoren den Abbruch der Verhandlungen. Die Ursache liegt in der Schwierigkeit, eingenommene Positionen wieder aufzugeben, ohne das Gesicht zu verlieren.

Die Methode des sachbezogenen Verhandeln stützt sich dagegen auf vier Punkte, die im folgenden Kapitel näher ausgeführt werden.

1. Menschen und Probleme getrennt voneinander behandeln.

Die Autoren weisen darauf hin, wie wichtig es ist, selbst während härtester Verhandlungen nicht zu vergessen, dass der

Verhandlungspartner zuallererst ein Mensch ist, der auch emotional reagiert. Emotionen sollten nicht ignoriert werden, sondern man sollte beispielsweise der Gegenseite die Gelegenheit geben, Dampf abzulassen. Wenn jedoch die persönliche Beziehungsebene zwischen den Verhandlungsparteien mit den sachlichen Auseinandersetzungen vermischt wird, ist es schwer, das Sachproblem vernünftig zu lösen. Natürlich fällt es jedem leichter, mit einem sympathischen Partner eine Einigung zu erzielen als mit jemandem, den man nicht ausstehen kann. Wichtig ist, sich in die Lage des anderen zu versetzen, um Verständnis für unterschiedliche Denk- und Lösungsansätze zu bekommen. Man sollte dem Verhandlungspartner gut zuhören und Rückmeldung geben, wie man dessen Aussagen verstanden hat, um mögliche Missverständnisse zu vermeiden.

2. Nicht Positionen, sondern Interessen in den Mittelpunkt stellen

Die Differenzierung zwischen Positionen und Interessen stellt einen Schwerpunkt des Buches dar. Unter Interessen verstehen die Autoren die Gründe und die innere Motivation, die einer Entscheidung zugrunde liegen. Eine Position ist dagegen die eigene Entscheidung bzw. Forderung, die nach außen vertreten wird. Die Verhandlungspartner geben häufig ihre Beweggründe für ihre Forderung nicht preis. Dies führt nach Auffassung der Autoren dazu, dass keine optimalen Verhandlungsergebnisse erzielt werden können, da beispielsweise übereinstimmende Interessen nicht aufgedeckt werden und deshalb nicht in die Übereinkunft einfließen können. Ziel jedes Verhandlungspartners muss es also sein, die Interessen der Gegenseite durch intensives Nachfragen nach dem „Warum“ herauszufinden, aber auch seine eigenen Interessen deutlich zu machen. Dieser Rat mag zwar in der Theorie sinnvoll sein, in der Praxis wird sich allerdings jeder Verhandlungspartner gut überlegen, ob und wie viel er von seinen Beweggründen offenbart. Durch diese Offenheit macht er sich verletzlich und kann eventuell vorhandene Alternativen nicht mehr zu seinem Vorteil nutzen. Wenn der Notar seinem Angestellten im Rahmen der Gehaltsverhandlung offenbart, dass er auf den Mitarbeiter dringend angewiesen ist, weil er trotz mehrfacher Bemühungen keine anderen Mitarbeiter einstellen konnte, dann wird sich der Notar der Forderung des Mitarbeiters nach einer deutlichen Gehaltserhöhung nur sehr eingeschränkt verschließen können. Diese Offenheit ist insbesondere dann gefährlich, wenn es sich bei seinem Verhandlungspartner um einen „harten“ Verhandler handelt, der selbst eigene Interessen und Informationen zurückhält, auch wenn er scheinbar offen verhandelt.

3. Entscheidungsmöglichkeiten (Optionen) zum beiderseitigen Vorteil entwickeln

Sinnvoll ist der Hinweis, sich nicht vorschnell auf „die eine richtige Lösung“ festzulegen, sondern eine gewisse Kreativität bei der Erarbeitung der Lösungsoptionen zu entwickeln, um zu besseren Ergebnissen zu kommen. Wichtig ist es, dabei zwischen der Phase der Optionsfindung und der Phase der Beurteilung der Optionen zu trennen. Als Methode zur Ideenfindung wird unter anderem das Brainstorming anhand mehrerer Beispiele beschrieben. Nach Ansicht der Autoren ist auch hier entscheidend, gemeinsame Interessen herauszufinden, um für beide Seiten vorteilhafte Alternativen zu entdecken. Hier wird

wie im vorherigen Punkt ein Ideal beschrieben, das in der Realität wohl nur ansatzweise durchsetzbar ist.

4. Das Ergebnis auf objektiven Entscheidungsprinzipien aufbauen

Auf Grund unserer beruflichen Erfahrung kann man dem Rat der Autoren, das Verhandlungsergebnis auf objektive Kriterien zu stützen und sich nicht dem bloßen Druck eines Partners zu beugen, nur zustimmen. Einigungen, die auf der Erfahrung eines Sachverständigen, auf früheren Vergleichsfällen oder sonstigen fairen Kriterien beruhen, sind haltbarer, denn das Risiko, dass sich eine Partei schlecht behandelt fühlt und das Ergebnis revidieren möchte, ist wesentlich geringer.

Im dritten Kapitel werden Strategien für bestimmte Verhandlungssituationen empfohlen. Wenn beispielsweise die Gegenseite stärker ist, sollte man nicht versuchen, ein Verhandlungsergebnis um jeden Preis zu erzielen. Ausschlaggebend ist nach Auffassung der Autoren, sich vor der Verhandlung über die eigenen Alternativen klar zu werden, die man anstelle einer Einigung hat. Nur dann kann man entscheiden, wann man eine Verhandlung abbrechen und auf eine (schlechte) Einigung verzichten muss. Der Hinweis, dass die eigene Verhandlungsstärke umso größer ist, je attraktiver die eigenen Optionen bei einem Scheitern der Verhandlungen sind, spricht nur eine allgemein bekannte Erfahrung aus.

Für den Fall, dass sich die Gegenseite nicht auf das Konzept des sachbezogenen Verhandeln einlässt, sondern ohne Rücksicht auf mögliche gemeinsame Interessen und beiderseitig vorteilhafte Optionen weiter auf ihren Positionen beharrt, empfiehlt das Harvard-Konzept, das so genannte „Verhandlungs-Judo“ anzuwenden. Diese Strategie besteht darin, die Vorschläge der Gegenseite zu nicht zu kritisieren bzw. sich gegen Kritik an eigenen Vorschlägen nicht zu verteidigen. Stattdessen soll man beharrlich versuchen, hinter den Positionen der Gegenseite deren Interessen zu erkennen und zur Kritik an eigenen Vorschlägen zu ermuntern. Trotz der ausgeführten Beispiele bleiben für den Leser große Zweifel, ob diese Tipps ausreichen, einen harten Verhandlungspartner davon zu überzeugen, dass seine Verhandlungsmethode die Falsche ist.

Natürlich darf in einem Buch über Verhandlungsmethoden das Kapitel über schmutzige Verhandlungstricks nicht fehlen. Beispielsweise besteht eine übliche Taktik darin, die Gegenseite in dem Glauben zu lassen, dass man – wie die Gegenseite – uneingeschränkte Verhandlungsvollmacht habe, um dann nach einer vermeintlichen Einigung zu erklären, noch die Zustimmung eines Dritten einholen zu müssen. Damit lässt sich diese Partei ein Hintertürchen offen und kann nachträglich alles wieder in Frage stellen. Allgemein bekannt sind die Methoden der psychologischen Kriegsführung, z. B. den Gegner persönlich anzugreifen oder ihm zu drohen. Verhandeln mehrere Personen auf einer Seite, spielt einer den

„Bösen“, der jedes Nachgeben kategorisch ablehnt, der andere ist der „Gute“, der angeblich auf die Forderungen der Gegenseite eingehen möchte. So versucht diese Verhandlungspartei, möglichst geringe Zugeständnisse an den Verhandlungspartner zu machen.

Die empfohlene Taktik, sich gegen unfaire Tricks zu wehren, besteht im Folgenden: Zunächst muss man die Taktik erkennen, dann den Verhandlungspartner direkt darauf ansprechen und über die Spielregeln konkret verhandeln. Auch hier hat der Leser den Eindruck, dass sich diese Methode in der Praxis nicht immer umsetzen lässt, da ein Verhandeln über die Spielregeln nicht in allen Fällen zum Erfolg führen wird.

Das vierte Kapitel enthält schließlich zehn typische Leserfragen zu einzelnen Verhandlungssituationen, deren Beantwortung das gesamte Harvard-Konzept nochmals in konkreten Beispielen zusammenfasst.

Wie die Autoren selbst zugestehen, handelt es sich bei den Empfehlungen und Hinweisen häufig um grundsätzlich bekannte Methoden. Der Leser hat teilweise das Gefühl, nichts Neues zu erfahren. Manchmal zweifelt man an der erfolgreichen Anwendbarkeit in der Praxis. Außerdem erweckt das dritte Kapitel über konkrete Verhandlungsstrategien und das vierte Kapitel zu den Leserfragen den Eindruck einer bloßen Wiederholung, wenn hier im Grunde genommen nochmals die vier Punkte des Harvard-Konzeptes ausgebreitet werden. Das Verhandlungskonzept selbst ist eher als Idealvorstellung vor allem für die Fälle zu sehen, in denen zwischen den Verhandlungspartnern längerfristige Beziehungen aufrechterhalten werden sollen. Die praktische Umsetzung wird nicht immer gelingen und ist auch nicht für jede Verhandlungssituation geeignet. Dennoch bleibt das Buch sehr lesenswert, denn der Leser erhält ein gut strukturiertes und in sich stimmiges Verhandlungskonzept, das in jedem Fall Anlass zur Reflexion der eigenen Verhandlungsstrategie bietet.

In der eingangs dargestellten Beurkundungssituation könnte die Lektüre des Buches beispielsweise dazu anspornen, herauszufinden, weshalb der Bruder plötzlich eine höhere Abfindung verlangt. Vielleicht stellt sich heraus, dass ihm erst während der Beurkundung klar geworden ist, dass er nicht mehr wie bisher seinen Holzbedarf uneingeschränkt aus den mitübergebenen Wäldern entnehmen darf. Hier könnte, statt einen höheren Geldbetrag auszuhandeln, eine Regelung in den Vertrag aufgenommen werden, die dem Bruder das Recht auf eine bestimmte Holzmenge einräumt. Natürlich wird jeder gewissenhafte Notar auch ohne das Harvard-Konzept einen Vertrag anstreben, der möglichst alle Interessen weitgehend berücksichtigt. Doch wer sich mit dem Thema „Verhandlungskonzepte“ beschäftigen will, wird sicher sowohl für private Verhandlungssituationen als auch für die tägliche Beurkundungspraxis und vor allem für die künftige Schlichtungstätigkeit vielfältige Anregungen erhalten.

Notarassessorin *Dr. Annette Schneider*, Fürstenfeldbruck

Haft, Verhandlung und Mediation – Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. Auflage, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 253 Seiten, DM 38,-

Bei dem Buch von Haft handelt es sich weitgehend um einen unveränderten Nachdruck der 1. Auflage aus dem Jahr 1992. Neu ist lediglich das am Ende befindliche Kapitel über Mediation.

Nach einem einführenden Überblick stellt *Haft* das sog. intuitive und das sog. rationale Verhandlungsmodell vor: Als „intuitiv“ bezeichnet er den von jedermann automatisch verwendeten und durch seine Ergebnisfixierung (sog. Positionen) festgelegten Verhandlungstypus. Letztlich findet hier keine Verhandlung, sondern ein Machtkampf der gegensätzlichen Positionen statt. Der „rationale“ Verhandlungstypus zeichnet sich dagegen durch ein Herausarbeiten der hinter den

Positionen liegenden Interessen aus und eignet sich deshalb für komplexe Probleme besser. Allerdings erfordert dieser zu jedem Zeitpunkt eine bewusste Steuerung des Verhandlungsganges. Wie *Haft* sich dies konkret vorstellt, erfährt der Leser in den Folgekapiteln. Diese beinhalten eine theoretische Darstellung der „Grundzüge menschlicher Informationsverarbeitung“ und des Wesens von „Strukturen als Weg zu rationaler Bewältigung von Komplexität“. Dahinter steht die Erkenntnis, dass jeder Mensch nur zur Aufnahme einer begrenzten Anzahl von Informationen in der Lage ist: So könne jeder Mensch sich den historischen Dreisatz „er kam, er sah, er siegte“ merken, nur wenige aber die Zehn Gebote aufsagen. Deswegen plädiert *Haft* dafür, jedes komplexe Problem durch Aufgliedern in wenige Haupt- und Unterpunkte einer interessens- und sachbezogenen Verhandlung zugänglich zu machen. Darüber hinaus sei eine erkennbare Strukturierung komplexer Probleme („Zu diesem Thema gibt es drei Dinge zu sagen. Erstens..., zweitens..., drittens...“) bestens geeignet, beim Gegenüber den erwünschten Eindruck von Kompetenz zu erwecken und den kommunizierten Inhalten damit größeres Gewicht zu geben.

Wie eine rationale Verhandlung im Idealfall verläuft, erfährt der Leser in den beiden folgenden Kapiteln über die „Grundlagen des rationalen Verhandlungsmodells“ und die „Phasen der rationalen Verhandlung“: Primär geht es in einer Verhandlung nicht um Obsiegen oder Unterliegen, sondern um eine interessens- und sachgerechte Lösung des zu verhandelnden Problems beider Beteiligten. Hierbei können die von *Haft* näher erläuterten Verhandlungsgrundsätze nützlich sein. Typischerweise durchläuft nach dem von *Haft* vorgestellten Modell jede Verhandlung folgende Phasen, deren Bedeutung je nach Einzelfall variieren kann: Im Normalfall beginne jede Verhandlung mit einer *Eröffnungsphase*, in welcher die Partner eine persönliche Beziehung herstellen. Es folge eine *Rahmenphase*, in welcher die Partner mit Hilfe entsprechender Vereinbarungen den äußeren Rahmen der Verhandlung festlegen, gefolgt von einer *Themenphase*, welche der Präzisierung des Verhandlungsgegenstandes diene. Daran schließe sich die *Informationsphase* an, in welcher die sachlichen Grundlagen für die anschließende Auseinandersetzung hergestellt würden. Erst dann komme die eigentliche *Argumentations- und Entscheidungsphase*, welche idealerweise dem eigentlichen Austausch und der Diskussion der Sachargumente mit entsprechenden (Teil-) Einigungen diene. Die hier erzielten Teileinigungen werden im Idealfall in der *Schlussphase* in einer Gesamteinigung zusammen gefasst.

Ganz konkret wird es in den folgenden Kapiteln „Schwierige Partner – schwierige Situationen“ und „Einige Beispiele für schwierige Verhandlungen“: Hier geht *Haft* u. a. auf den Umgang mit manipulativen und unfairen Verhandlungspartnern, Emotionalität und das Problem der Verhandlungsmacht ein und bringt ausformulierte Verhandlungsdialoge als Negativ- und Positivbeispiele. Für den Notar von Interesse dürften dabei vor allem die Themen „Gewinnung von Mandanten“, „Mitarbeiterbeurteilung“, „Mitteilung eines Fehlers“ und „Präsentation beruflichen Wissens“ sein.

Das abschließende Kapitel ist einer groben Einführung in das Thema „Mediation“ gewidmet. Die Lektüre der hierfür eingeräumten zehn Seiten ist jedoch allenfalls geeignet, eine vage Vorstellung von dem Verlauf einer Mediation und der Rolle des Mediators zu vermitteln. Mehr sollte der Leser in diesem Bereich trotz des vielversprechenden Buchtitels nicht erwarten.

Das Buch von *Haft* liegt auf der gleichen Linie wie das vorgehend besprochene „Harvard-Konzept“. Damit stehen dem

interessierten Leser – wie in so vielen Bereichen – zumindest zwei Werke zur anfänglichen Beschäftigung mit dem Thema „Richtig Verhandeln“ zur Verfügung. Nach meiner persönlichen Einschätzung eignet sich das Werk von *Haft* für den juristisch geprägten Leser besser: Ein erster Blick in das Inhaltsverzeichnis lässt gleich erkennen, dass es *Haft* um eine Strukturierung und grundsätzliche Behandlung des schwer greifbaren Themas „Verhandeln“ geht. Dies macht die Einarbeitung in das Thema „Verhandeln“ und dessen grundlegende Aspekte auch einem nicht an psychologische Darstellungen gewöhnten Leser einfacher. Gleichwohl ist das Buch von *Haft* keine trockene Lektüre: Es ist angereichert mit zahlreichen Anekdoten und Geschichten und liest sich deshalb – nicht nur in dem Abschnitt über die „Entspannungsfunktion des Witzes“ – flüssig und unterhaltsam.

Die Eignung des Werkes für die notarielle Praxis liegt auf der Hand: Die notarielle Tätigkeit beschränkt sich nicht auf die Beurkundung einer zwischen den Beteiligten bereits erzielten Einigung nach § 13 BeurkG („closing“). Nach § 17 BeurkG muss der Notar u. a. den Willen der Beteiligten erforschen. Häufig werden hierbei die Beteiligten dem Notar ihre unterschiedlichen Positionen mitteilen. Nur selten wird es der Notar bei der Entdeckung dieses Dissenses belassen. Regelmäßig wird er die Beteiligten bei ihren Bemühungen um eine Einigung unterstützen. Angesichts des Umstandes, dass der Beurkundungszwang oft tatsächlich und rechtlich komplexe Vorgänge erfasst, ist es jedoch nicht verwunderlich, dass die zur Einigung erforderliche Verhandlung der Beteiligten in ein wenig produktives Feilschen um Positionen mündet. Hier kann der Notar steuernd eingreifen: Die Verhandlung wird um einiges effizienter verlaufen, wenn der Notar als unabhängiger Dritter den Gang der Verhandlung strukturiert und die hinter den Positionen liegenden Interessen der Beteiligten zum Gegenstand der Verhandlung macht. Um in der Diktion *Haft's* zu bleiben: Mit dem gesetzlichen Beurkundungszwang vertraut der Gesetzgeber dem Notar die *formale Führung* im Rahmen komplexer Vertragsverhandlungen an. Mit den anhand der Darstellung von *Haft* gewonnenen Erkenntnissen über die Hintergründe des Verhandeln und unterschiedliche Verhandlungstechniken fällt dem Notar diese Steuerungsfunktion leichter.

Für die dritte Auflage bleibt gleichwohl der Wunsch nach einer im Rahmen der vorliegenden Auflage nicht erfolgten Überarbeitung: So können z. B. die zahlreichen Wiederholungen der Erkenntnis, dass der Mensch ein Geschichtenerzähler sei und deshalb intuitiv und unstrukturiert verhandle, etwas reduziert werden, ohne dass die Darstellung an Verständlichkeit verlöre. Ferner wirkt der von *Haft* angestellte Vergleich menschlicher Informationsverarbeitung mit der Hard- und Software eines Computers (vgl. S. 39 ff.) zwischenzeitlich etwas antiquiert. Unter Umständen lassen sich hier neuere Erkenntnisse der Forschung über die menschliche Informationsverarbeitung berichten. Ebenso liest sich das Buch stellenweise über die Maßen euphorisch, was sich vielleicht durch die Begeisterung über die neu gewonnene Erkenntnis erklären lässt, dass es bei einer an Interessen orientierten Verhandlung auch zwei Gewinner geben könne (vgl. S. 100 ff.). Ferner wäre es natürlich wünschenswert, wenn der Rolle des Notars in der Neuauflage mehr Raum eingeräumt würde. Hierbei könnte durchaus der Vorteil einer unter unabhängiger Leitung stehenden Verhandlung stärker betont werden. Nichts anderes beinhaltet letztlich der Gedanke der am Ende des Buches besprochenen Mediation.

Notarassessor *Dr. Wolfram Schneeweiß*, LL.M. (Cornell)

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M., Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Sonderheft zu Ausgabe 4/2000 der Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (MittBayNot). Die MittBayNot erscheint jährlich mit 6 Ausgaben. Die MittBayNot und das Sonderheft können über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089-55166-0, Fax: 089-55166-234, e-mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Preis für dieses Sonderheft beträgt DM 25,- (inkl. Versand).

Die bayerischen Notare im Internet unter www.notare.bayern.de

Willkommen

 Bayerisches Notariat	Pfälzisches Notariat 
---	---

- [Ihre Notare](#)
- [Immobilien](#)
- [Ehe und Familie](#)
- [Erbe und Schenkung](#)
- [Unternehmen](#)
- [Mediation](#)
- [Aktuelles](#)




Notarver-
zeichnis


eMail


Mitt
Bay
Not


Links


Notare
Intern

© Bayerischer Notarverein e.V. [Technische Hinweise](#) | [Impressum](#)

Das Internetprogramm des Bayerischen und Pfälzischen Notariats gibt repräsentative Einblicke in die Arbeit eines Notars sowie die von ihm betreuten Rechtsgebiete. Mit dem Notarverzeichnis finden Sie schnell und einfach einen Notar in Ihrer Nähe. Unter "Aktuell" veröffentlicht der Bayerische Notarverein regelmäßig Informationen zur neuesten Rechtsprechung.

Das auf dieser Seite abgebildete Plakat kann im Format DIN A1 bei der Landesnotarkammer Bayern, Kennwort: „Homepage“, Ottostraße 10, 80333 München, gegen Einsendung eines Verrechnungsschecks i.H.v. DM 25,-/Stück (inkl. Verpackungs- und Versandkosten) bestellt werden.

