

1 MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2002

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar in Regen

Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,
Notar in Passau

Schriftleiter:

Dr. Lorenz Bülow
Notarassessor

ISSN 0941-4193

In diesem Heft:



Einladung zum
Deutschen
Notartag 2002



Bestellkarte
für Einbanddecken
MittBayNot 2001

Abhandlung

Reimann, Das Herausgabevermächtnis als
Alternative zur Nacherbfolgeanordnung 4

Kurze Beiträge

Reiß, Der Umfang der Bürgschaft nach
§ 7 MaBV 9

Kanzleiter, Die ungenaue Bezeichnung des
veräußerten Grundstücks im Veräußerungs-
vertrag 13

Fleischhauer, Vollstreckbare Notarurkunden
im europäischen Rechtsverkehr – „Brüssel I“ 15

Seifert/Selbherr, Die Notariatsverfassung
in Spanien 23

Rechtsprechung

Durchbruch durch eine im Gemeinschafts-
eigentum stehende Wand
(BGH, Beschluss vom 21.12.2000 –
V ZB 45/00 –) 39

mit Anmerkung *Albrecht* 42

Geschäftswert bei Ankaufsrecht zur
Absicherung der Einheimischenbindung
(BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 –
3Z BR 333/00 –) 55

mit Anmerkung der *Notarkasse* 57

Geschäftswert eines Grundstücks-
kaufvertrages mit Einheimischenbindung
(BayObLG, Beschluss vom 27.7.2001 –
3Z BR 101/01 –) 58

mit Anmerkung der *Notarkasse* 59

Inhaltsübersicht

	Seite
Nachruf auf Dr. Peter Lichtenberger, Vorsitzender des Bayerischen Notarvereins e.V.	1
<i>Schelter</i> , Zum Tode von Notar a.D. Dr. Peter Lichtenberger	2
<i>Wolfsteiner</i> , Grabrede	3
 Abhandlung	
<i>Reimann</i> , Das Herausgabevermächtnis als Alternative zur Nacherbfolgeanordnung	4
 Kurze Beiträge	
<i>Reiß</i> , Der Umfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV	9
<i>Kanzleiter</i> , Die ungenaue Bezeichnung des veräußerten Grundstücks im Veräußerungsvertrag	13
<i>Fleischhauer</i> , Vollstreckbare Notarurkunden im europäischen Rechtsverkehr – „Brüssel I“	15
<i>Seifert/Selbherr</i> , Die Notariatsverfassung in Spanien	23
 Buchbesprechungen	
Amann/Brambring/Hertel, Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis (<i>Wälzholz</i>)	27
Arlt, Internationale Erbschaft- und Schenkungsteuerplanung (<i>Wachter</i>)	27
Busse, Baurecht für die Praxis (<i>Grziwotz</i>)	29
Fassbender, Notariatskunde (<i>Zimmermann</i>)	29
Fuhrmann, Der GmbH-Geschäftsführer-Vertrag (<i>Spiegelberger</i>)	30
Gottwald/Schwab/Büttner, Family & Succession Law in Germany (<i>Schrenk</i>)	31
Gustavus, Handelsregister-Anmeldungen (<i>Selbherr</i>)	31
Hildesheim, Haus- und Grundbesitz im Steuerrecht (<i>Wälzholz</i>)	32
Knott/Mielke/Weidlich, Unternehmenskauf (<i>Weigl</i>)	33
Schäckel, Der Rechtsberater als Zeuge in Erbstreitigkeiten (<i>Eue</i>)	34
Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, Kommentar (<i>Wälzholz</i>)	35
 Rechtsprechung	
Bürgerliches Recht	
<i>Allgemeines</i>	
1. Umfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV (BGH, Urteil vom 19.7.2001 – IX ZR 149/00 –)	37
2. Zurückbehaltungsrecht des Bauträgers hinsichtlich Auflassung auch wegen verjährter Werklohnansprüche (LG Ingolstadt, Urteil vom 12.7.2001 – 3 O 546/01 –)	38

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
<i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
3. Durchbruch durch eine im Gemeinschaftseigentum stehende Wand (BGH, Beschluss vom 21.12.2000 – V ZB 45/00 –) mit Anmerkung <i>Albrecht</i>	39 42
4. Eintritt des Erwerbers in alle Rechte und Pflichten der Eigentümergemeinschaft (BayObLG, Beschluss vom 19.9.2001 – 2Z BR 89/01 –) (<i>Nur Leitsatz</i>)	42
5. Teileigentum an zu errichtender Tiefgarage; Folgen endgültiger Nichterrichtung (BayObLG, Beschluss vom 7.11.2001 – 2Z BR 10/01 –)	43
6. Ungenaue Grundstücksbezeichnung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.4.2000 – 9 U 186/99 –)	44
<i>Familienrecht</i>	
7. Überprüfung der Versagung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (BayObLG, Beschluss vom 17.10.2001 – 3Z BR 327/91 –)	48
<i>Erbrecht</i>	
8. Miterbenvorkaufsrecht (BGH, Urteil vom 31.10.2001 – IV ZR 268/00 –)	49
9. Wichtiger Grund zur Entlassung des Testamentsvollstreckers (BayObLG, Beschluss vom 11.7.2001 – 1Z BR 131/00 –)	50
Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht	
10. Entbehrlichkeit der Satzungsbescheinigung bei Satzungsneufassung (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.10.2001 – 3 W 200/01 –)	53
Beurkundungs- und Notarrecht	
11. Falschbeurkundung im Amt (BGH, Urteil vom 25.5.2001 – 2 StR 88/01 –)	54
Kostenrecht	
12. Geschäftswert bei Ankaufsrecht zur Absicherung der Einheimischenbindung (BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 3Z BR 333/00 –) mit Anmerkung der <i>Notarkasse</i>	55 57
13. Geschäftswert eines Grundstückskaufvertrages mit Einheimischenbindung (BayObLG, Beschluss vom 27.7.2001 – 3Z BR 101/01 –) mit Anmerkung der <i>Notarkasse</i>	58 59
14. Bewertung der Bebauung durch Erwerber bei Grundstücksüberlassung (BayObLG, Beschluss vom 10.1.2001 – 3Z BR 354/00 –)	60
15. Bestimmung des Geschäftswerts bei Veräußerung einer Kommanditbeteiligung (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 13.9.2001 – 3 W 96/01 –)	61

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
Steuerrecht	
16. Verfassungswidrigkeit der erbschaftsteuerlichen Privilegierung von Grundbesitz, Betriebsvermögen und land- und forstwirtschaftlichem Vermögen (BFH, Beschluss vom 24.10.2001 – II R 61/99 –)	63
Hinweise für die Praxis	
Erbschaft- und Schenkungsteuer: Vorläufige Steuerfestsetzung im Hinblick auf anhängige Musterverfahren (§ 165 Abs. 1 AO); Verfassungsmäßigkeit des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes (Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, Schreiben vom 12.12.2001 – 34/37 – S 3700 – 6 – 53850 –)	66
Standesnachrichten	67
Sonstiges	III
Veranstaltungen	III

1 | **MittBayNot** Begründet 1864

Januar/Februar 2002 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Lorenz Bülow
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

Die Nachricht vom plötzlichen Ableben unseres hochverdienten Kollegen und langjährigen Vorsitzenden

Notar a. D. Dr. Peter Lichtenberger

Vorsitzender des Bayerischen Notarvereins

Träger des Bundesverdienstkreuzes 1. Klasse und des Bayerischen Verdienstordens

* 11. März 1929 † 20. Dezember 2001

hat uns tief erschüttert.

Herr Dr. Lichtenberger hat sein Leben in den Dienst der Rechtspflege und der Fortentwicklung des Rechts gestellt.

Als Notar in München hat er sein großes Wissen und Können den Rechtsuchenden zu deren Wohle erschlossen. Er war eine weithin bekannte Persönlichkeit und wurde trotz seiner immer strengen Berufsauffassung von den Rechtsuchenden geschätzt und bewundert.

Sein gesamtes Berufsleben hat er aufopfernd und selbstlos dem Berufsstand der Notare gewidmet. Er war sieben Jahre Vorsitzender des Bayerischen Notarvereins und zwölf Jahre erster stellvertretender Präsident der Notarkasse A.d.ö.R.

Seine allseits anerkannte große wissenschaftliche Begabung hat er in vielen bedeutenden Werken vor allem auf dem Gebiet des Sachenrechts und auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts zur Fortentwicklung des Rechts eingesetzt. Als Mitglied des Prüfungsausschusses für die zweite juristische Staatsprüfung und als Vorsitzender des Hauptprüfungsausschusses der Notarkasse A.d.ö.R. hat er sich um den juristischen Nachwuchs und die Ausbildung der Inspektoren im Notardienst außerordentlich verdient gemacht.

Wir haben einen einzigartigen Kollegen und Freund verloren. Wir werden ihn nicht vergessen.

In tiefer Trauer und Dankbarkeit

Dr. Ulrich Bracker
Landesnotarkammer Bayern

Dr. Hans Wolfsteiner
Bayerischer Notarverein e.V.

Prof. Dr. Manfred Bengel
Notarkasse A.d.ö.R.

Zum Tode von Notar a.D. Dr. Peter Lichtenberger*

Von Notar a.D. *Dr. Dr. h.c. Christian Schelter*,
Ehrenvorsitzender des Bayerischen Notarvereins, Erlangen

Um *Dr. Peter Lichtenberger*, den Notar a.D. und bis zum letzten Atemzug amtierenden 1. Vorsitzenden des Bayerischen Notarvereins trauern nicht nur seine Kolleginnen und Kollegen in ganz Bayern und der Pfalz, für die ich als Ehrenvorsitzender schweren Herzens spreche, sondern weit darüber hinaus Notare in ganz Deutschland. Sie beklagen den überraschenden Tod dieses hervorragenden Mannes, der sich in außerordentlichem Maße um den Berufsstand der Notare und die ganze Rechtspflege verdient gemacht hat.

Nach glänzend bestandenen Staatsexamen trat er vor fast genau 46 Jahren als Assessor in den Notariatsdienst bei Notar *Dr. Eppig* in München ein und startete eine berufliche Laufbahn, die ihresgleichen sucht.

Im Hauptberuf war er der Prototyp eines Notars bayerischer Prägung, also der unabhängige und unparteiische Träger eines öffentlichen Amtes zur Betreuung der rechtssuchenden Bevölkerung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Er empfand sich nicht als Akteur auf dem immer mehr kommerzialisierten Rechtsbesorgungsmarkt. Gleichzeitig und nebenbei war Peter Lichtenberger ein selbstloser, hingebungsvoller Diener seines Berufsstandes und ein Wissenschaftler von hohem Rang und Namen. Also ein perfekter Jurist, auf den aber das Wort Martin Luthers nicht zutrif, der einmal sagte: „Ein Jurist, der nicht mehr ist als ein Jurist, ist ein arm Ding“, denn Peter Lichtenberger war ein in Literatur, Philosophie und Geschichte ungemein gebildeter und belesener Mensch, auszeichnet mit einer begeisterten Eloquenz.

So viele Superlative mögen für einen, der ihn nicht kannte, übertrieben klingen, aber ich weiß, wovon ich spreche, denn ich habe ihn über 40 Jahre begleitet und erlebt.

Lenken wir unseren Blick zurück auf seinen Hauptberuf als Notar. Schon als Assessor war er höheren Orts ob seines überragenden Wissens und Könnens aufgefallen und man holte ihn als Mitarbeiter in die Geschäftsführung der Notarkasse, der 1961 einzigen Säule des bayerisch-pfälzischen Notariats. Hier weitete sich sein Blick über das einzelne Amt hinaus auf die Probleme des ganzen Standes.

Dann bot sich ihm knapp ein Jahr später, im Oktober 1962, die Chance, sich um eine neue Notarstelle in München zu bewerben. Er griff beherzt zu. Das war unter den damaligen Umständen ein äußerst mutiger Schritt, quasi aus dem Nichts in München in Konkurrenz zu renommierten und bestens etablierten Kollegen zu treten. Ich war damals Notar in Abensberg und kann mich noch gut daran erinnern, wie engagiert und fleißig, aber manchmal auch verzagt er daran ging, sein Notariat nach seinen Vorstellungen aufzubauen. Er war ja Alleinunternehmer, d.h. er musste anfangs alle anfallenden Arbeiten selbst erledigen, ohne Angestellte. Er führte die Besprechungen mit den Klienten, schrieb eigenhändig die Urkunden, heftete und siegelte sie, steckte die Ausfertigungen in den Briefumschlag, frankierte ihn und brachte ihn zur Post. Seine leider früh verstorbene Frau half ihm dabei. So hat er es mir erzählt. Es war eine harte Existenzgründung, zu der er sich entschlossen hatte. Wie war er froh und dankbar, wenn ich ihm aus Abensberg eine Unterschriftsbelaubigung unter

der Nachgenehmigung eines Münchner Beteiligten zukommen ließ. Dieser mühsame Beginn zeugt von seinem Mut, seiner Beharrlichkeit, aber auch seiner Begeisterungsfähigkeit in der Verfolgung eines einmal gesetzten Zieles und für seine Bereitschaft, Opfer für die selbst gesetzte Aufgabe zu bringen und sich mit ganzer Kraft dafür einzusetzen.

Dieser Grundhaltung ist er sich stets treu geblieben. Er hat seine einmalige Begabung als Geschenk und als Verpflichtung betrachtet, sie zu nutzen und andere daran teilhaben zu lassen.

Da seine Leistungsfähigkeit in dem „Nullamt“ nicht ausgelastet war, stellte er sich ganz altruistisch der Standesarbeit zur Verfügung. Er war aber beileibe keiner, der sich auf die Bühne der Berufspolitik drängte. Er musste gerufen werden. Dem Ruf ist er dann bereitwillig gefolgt unter vollem Einsatz seiner Kraft.

Er wurde 1962 in den Vorstand des Bayerischen Notarvereins gewählt, gemeinsam mit dem Kollegen *Dr. Reithmann* und mir, was einen Generationenwechsel bedeutete. Die drei *Youngsters* wurden sogleich mit der Neufassung der Vereinsatzung beauftragt. Diese erste gemeinsame Aufgabe hat uns beruflich und menschlich näher gebracht. *Peter* war dann vier Jahre lang Schriftführer und von 1966–82 Schatzmeister. Dann wurde er zum 2. Vorsitzenden gewählt.

Ich war froh, diesen allseits beliebten und ob seiner beruflichen und menschlichen Qualitäten hoch geschätzten Kollegen an der Seite zu haben.

1992 wurde er als mein Nachfolger zum 1. Vorsitzenden gewählt.

In dieser Funktion, die immer auch die Vertretung des Vereins nach außen umschließt, erwies sich *Peter Lichtenberger* auch als ein Meister moderner Kommunikationsmöglichkeiten, um Stellung und Aufgaben des Notars in der Öffentlichkeit darzustellen. Die Jahresversammlungen des Vereins entwickelten sich unter seiner Leitung und Inspiration zu gesellschaftlichen Ereignissen, die immer mehr Gäste anlockten.

In seinen Auftritten konnte er mit seinen profunden Kenntnissen in Literatur, Philosophie und Geschichte glänzen. Seine Begrüßungsansprachen waren ein rhetorischer Genuss, gespickt mit hintergründigem Humor und geistreichen *Aperçus*, die an seinen Beinahe-Namensvetter *Georg Christoph Lichtenberg* erinnerten. Nur war *Lichtenberger* eben der Komparativ. Ich kenne Damen, die anstelle des gewiss attraktiven Beiprogramms lieber den Fachvortrag besuchten, nur um *Peter Lichtenbergers* launige Begrüßung zu hören. Auch diese Seite seines heiteren und tiefgründigen Wesens werden wir künftig vermissen, uns aber oft daran erinnern.

Es waren jetzt 40 Jahre, dass er im Vorstand des Bayerischen Notarvereins für uns alle tätig war. Unserem Beruf hat er mangels eigener Familie sein ganzes Leben gewidmet.

Derweil ging es aber in seinem Notariat nach Jahren harter Aufbauarbeit zusehends voran. Dank seiner hervorragenden Kenntnisse und Fähigkeiten und seines grenzenlosen Fleißes, aber auch seines freundlichen Wesens und seines gewinnenden Auftretens, das Vertrauen einflößte, hatte er sich ein Notariat geschaffen, das einen ausgezeichneten Ruf genoss.

* Rede, gehalten anlässlich der Beisetzung am 27.12.2001

Nachdem der Geschäftsanfall stark angestiegen war, nahm er einen Sozium auf, bekam dadurch etwas Luft und war sofort bereit, neue Herausforderungen anzunehmen. Er wurde in den Verwaltungsrat der Notarkasse gewählt und musste sich nun mit Fragen der Abgabensatzung oder der Ausbildung und Besoldung der ca. 700 Angestellten der Notarkasse befassen. Auch in dieser mehr ökonomischen Materie war er bald zuhause und immer bestrebt, einen vernünftigen Ausgleich widersprechender Interessen zu finden. Das kam bei den Kollegen gut an und sie wählten ihn 1986 zum 1. Stellvertreter des Präsidenten. Dieses verantwortungsvolle Amt bekleidete er zwölf Jahre bis 1998.

Bei dieser immensen Belastung in Beruf, Notarverein und Notarkasse versiegte aber keineswegs seine wissenschaftliche Kreativität. Er war ein mit beiden Beinen in der Praxis stehender Wissenschaftler mit der Gabe und dem Bedürfnis, sein Wissen an andere weiterzugeben. Legion ist die Zahl seiner Veröffentlichungen und seine Beiträge in Kommentaren und Handbüchern waren und sind richtungweisend. Das Grundbuch- und Sachenrecht, das Familienrecht und das Gesellschaftsrecht hat er befruchtet. Das Internationale Privatrecht

wurde seine Domäne und hat ihm hohes Ansehen eingebracht. Seine pädagogischen Fähigkeiten und umfassenden Kenntnisse hat er auch bereitwillig in den Dienst der Ausbildung und Prüfung des juristischen Nachwuchses gestellt und war nahezu 20 Jahre eine Säule des Landesjustizprüfungsamts für die große Staatsprüfung.

Als ich ihn einmal bewundernd fragte, wann er denn neben seiner enormen beruflichen Inanspruchnahme und ehrenamtlichen Tätigkeit noch Zeit finde, die juristische Literatur zu bereichern, antwortete er: „*Das mache ich von vier Uhr morgens bis zum Dienstbeginn, am liebsten gleich selbst am Computer.*“

Für alles was er uns gegeben hat, ist Dank mit Worten nicht abzutragen. Er hinterlässt gewiss tiefe Spuren. Sie sind an seinem Lebenswerk erkennbar und es sind die Erinnerungen der Menschen, die ihm Freund oder nahe sein durften. Und so werden wir ihn in Erinnerung behalten als eine der großen Persönlichkeiten des bayerischen Notariats: nicht verzweifelt, weil wir ihn nun verloren haben, sondern dankbar, weil wir ihn gehabt haben.

Ehrfurchtsvoll nehmen wir Abschied und verneigen uns vor ihm.

Grabrede*

Von Notar *Dr. Hans Wolfsteiner*, Vizepräsident des Deutschen Notarvereins e.V., München

Der Deutsche Notarverein trauert um Peter Lichtenberger. Peter Lichtenberger war unter allen Vertretern der Mitgliedsvereine des deutschen Notarvereins eine überragende Persönlichkeit. Sein schon gerühmtes bis zur Selbstkasteiung getriebenes Pflichtbewusstsein war – wer hätte anderes erwartet – auch bei seiner Arbeit für das deutsche Notariat stets gegenwärtig. Das war aber nicht das Entscheidende. Entscheidend war, dass Peter Lichtenberger der Gesamtheit der deutschen Notare seinen überragenden Verstand zur Verfügung gestellt hat. Die ungewöhnliche juristische Dimension dieses Verstands ist bereits gewürdigt worden. Für mich war das Außergewöhnliche an ihm, dass Peter Lichtenberger nicht nur ein höchst intelligenter Vollzieher des Rechts war – solche gibt es einige –, sondern im besten Sinne ein Rechtsschöpfer, ein

Mann der nicht nur in unvergleichlichen Reden zu gesellschaftlichen Anlässen seine Phantasie ausgebreitet hat, sondern auch im Recht. Eben diese Fähigkeit der Voraussicht, der Vorstellungskraft für die Zukunft, hat Peter Lichtenberger allen seinen Kollegen im deutschen Notariat zur Verfügung gestellt. Dafür danken wir ihm, der selbst so gerne und herzlich gedankt hat. Der Prophet geht nicht durch die Lande, ohne auch Anstoß zu erregen, auch Peter Lichtenberger nicht. Aber Anstoß ist ein doppeldeutiges Wort. Peter Lichtenberger hat Entwicklungen, Prozesse angestoßen, Anstöße zum Nachdenken gegeben. Weil Nachdenken schmerzhaft ist und mancher nicht gerne aus selbstgefälliger Ruhe aufgeweckt wird, konnten seine Anstöße auch Unbehagen, Unruhe erwecken. Aber seine Unruhe war immer und ausnahmslos eine fruchtbare Unruhe. Die deutschen Notare werden sie künftig bitter vermissen. Das deutsche Notariat wird Peter Lichtenberger stets einen besonderen Platz in seinen Annalen einräumen.

* Gehalten anlässlich der Beisetzung am 27.12.2001

ABHANDLUNG

Das Herausgabevermächtnis als Alternative zur Nacherbfolgeanordnung*

Von Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

Die Nacherbfolgeanordnung ist für den Vorerben wegen der mit ihr verbundenen Verfügungs- und Verwaltungsbeschränkungen sowie der Sicherungs- und Kontrollrechte des Nacherben mit gravierenden Einschränkungen verbunden. Sie verhindert, dass der Vorerbe über das der Nacherbfolgeanordnung unterliegende Vermögen seinerseits letztwillig verfügen kann. Diese Auswirkungen der Nacherbfolgeanordnung sind in zahlreichen typischen Situationen eher Folge als Ziel der erbrechtlichen Anordnung. Der Erblasser hat vielfach den Willen, diese „unerwünschten Nebenwirkungen“ der Nacherbfolgeanordnung für den Vorerben abzumildern. Dabei stößt seine Testierfreiheit regelmäßig an Grenzen. Ein Herausgabevermächtnis eröffnet dem Erblasser dagegen Möglichkeiten, die Folgen seiner Anordnungen für den Erstbedachten günstiger zu gestalten. Der vorliegende Beitrag untersucht mit dieser Vermächtnislösung eine Alternative zur Nacherbfolgeanordnung.

1. Ausgangssituation

Hat der Erblasser den Wunsch, sein Vermögen zeitlich nacheinander an zwei oder mehrere Erbgenerationen weiterzugeben, so stellt ihm das Gesetz dafür die Nacherbfolgeanordnung (§§ 2100 ff. BGB) zur Verfügung. Mit ihrer Hilfe kann er auf die Weitervererbung seines Vermögens über den ersten Erbfall hinaus Einfluss nehmen, sein Vermögen geht beim Tod des Erben (Vorerben) nicht auf dessen Erben, sondern auf die von ihm, dem Erblasser, bestimmten Personen über. Neben dem Ziel, einen Vermögenskomplex über mehrere Erbgenerationen zusammenzuhalten, spielt die finanzielle Absicherung bestimmter Personen oder der Versuch, die Erben in ihrem Handeln oder Unterlassen zu beeinflussen, eine tragende Rolle bei der Entscheidung für eine Vor- und Nacherbschaft. Oft ist Motiv aber auch nur der Wunsch, die Verwandten der Erben vom eigenen Nachlass fern zu halten, vor allem beim Geschiedenen-Testament. Daher wird es der Motivlage des Erblassers in aller Regel entsprechen, die Verwandten des Erben auch nicht über ihr Pflichtteilsrecht nach diesem am Nachlass des Erblassers partizipieren zu lassen.

Beispiele:

(1) Die Ehefrau übernimmt im Zuge der Ehescheidung vom Ehemann dessen Miteigentumsanteil am bislang gemeinsamen Familienheim. Sie zahlt dafür eine Abfindung. Es ist ein gemeinsames minderjähriges Kind vorhanden. Die Ehefrau will verhindern, dass der geschiedene Ehemann nach ihrem und des gemeinsamen Kindes Ableben das Haus erhält oder dieses auch nur Grundlage der Berechnung seines Pflichtteils wird.

(2) Es handelt sich um eine intakte Ehe, die aber kinderlos geblieben ist. Der Erblasser will verhindern, dass nach dem Ableben des anderen Teils dessen Verwandten sein Vermögen als Erbeserben erhalten, er will auch ausschließen, dass die erstehelichen Kinder des längerlebenden Ehegatten über den Pflichtteil an seinem Vermögen teilhaben.

Die Nacherbfolgeanordnung ist für den Vorerben mit gravierenden Einschränkungen verbunden. Sie stellt für den Vorerben wegen der damit verbundenen Verfügungs- und Verwaltungsbeschränkungen sowie der Sicherungs- und Kontrollrechte des Nacherben eine belastende Maßnahme dar, beschränkt ihn insbesondere in der Verfügungsfreiheit unter Lebenden. Sie verhindert zudem, dass der Vorerbe über das der Nacherbfolgeanordnung unterliegende Vermögen seinerseits letztwillig verfügen kann.

Diese Auswirkungen der Nacherbfolgeanordnung sind in zahlreichen typischen Situationen eher Folge als Ziel der erbrechtlichen Anordnung. Der Erblasser wird dabei vielfach den Willen haben, diese Konsequenzen der Nacherbfolgeanordnung für den Vorerben abzumildern, also ihn als den Erstbedachten sowenig wie möglich in seiner Verfügungsfreiheit über das angefallene Vermögen (unter Lebenden und von Todes wegen) zu beschränken. Dabei stößt seine Testierfreiheit regelmäßig an Grenzen. Die Verpflichtung und Beschränkungen des Vorerben, die nicht ausdrücklich in § 2136 BGB genannt werden (§§ 2114 Abs. 2, 2111, 2115, 2121, 2124 BGB) wurden vom Gesetzgeber bewusst der Dispositionsfreiheit des Testierenden entzogen.

So ist insbesondere eine Freistellung des befreiten Vorerben vom Schenkungsverbot des § 2113 Abs. 2 BGB unwirksam. Die Rechtsprechung¹ legt die durch den Erblasser ausgesprochene Ermächtigung des Vorerben zu Schenkungen regelmäßig als Vollerbschaft des Vorerben aus². Damit wird die letztwillige Verfügung des Erblassers zunächst „gerettet“. Ob das Ergebnis aber seinem Willen entspricht, ist fraglich; denn immerhin ergeben sich bei einer Vollerbschaft Nachteile, die er so regelmäßig nicht in seinen Willen aufgenommen hat, nämlich insbesondere, dass beim Tod des Erben vorhandene Pflichtteilsberechtigte ihre Pflichtteilsansprüche grundsätzlich auch aus seinem Nachlass geltend machen können³. Bei einem geschiedenen Ehegatten mit einem gemeinsamen Kind würde beispielsweise die Vollerbschaft zu ungewollten Ergebnissen führen, wenn nach dem Tod eines Ehegatten auch das gemeinsame Kind versterben sollte und es so zu einem Vermögensanfall (zumindest in Höhe des Pflichtteilsanspruchs) bei dem geschiedenen Ehegatten käme⁴. Ob man eine vom Erblasser ausgesprochene Ermächtigung des Vorerben zu Schenkungen als Vollerbschaft, die mit einem Vermächtnis an den Nacherben auf den Überrest des Nachlasses verbunden ist, auslegen und so die Pflichtteilsproblematik lösen kann, ist ungewiss.

* Der Aufsatz basiert auf Teilen eines Vortrags, den der Verfasser auf der ZEV-Jahrestagung 2000/2001 gehalten hat.

¹ OLG Oldenburg, DNotZ 1956, 195, 199; OLG Bremen, DNotZ 1956, 149, 150.

² Palandt/Edenhofer, BGB, 61. Auflage 2002, § 2137 Rdnr. 2; Staudinger/Behrends/Avenarius, BGB, 13. Bearb. 1996, § 2136 Rdnr. 11; MünchKomm/Grunsky, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2136 Rdnr. 1, § 2137 Rdnr. 2.

³ Müller, ZEV 1996, 197, 180.

⁴ N. Mayer, ZEV 1996, 104; Kanzleiter in: Festschrift Schippel 1996, S. 292.

2. Herausgabevermächtnis statt Nacherbfolgeanordnung

Die Kautelarjurisprudenz hat sich Gedanken gemacht über den „superbefreiten Vorerben“⁵ oder den „völlig befreiten Vorerben“⁶. Gerne wird dabei das Herausgabevermächtnis als Ersatz für die Nacherbfolgeanordnung gewählt. Bei diesem setzt der Erblasser den Erstbedachten zum Vollerben ein, beschwert ihn aber mit dem Vermächtnis, alles, was aus seinem, des Erblassers, Nachlass, beim Tod des Erstbedachten noch vorhanden ist, an bestimmte Personen, die Zweitbedachten, herauszugeben. Im Beispiel 1 wäre Erstbedachter das gemeinsame Kind der geschiedenen Ehegatten, im Beispielfall 2 der überlebende Ehegatte. Dieses Herausgabevermächtnis kann auch bedingt gestaltet werden, also etwa dadurch, dass der überlebende Ehegatte nicht zugunsten bestimmter Personen, die vom Erblasser gewünscht werden, oder zugunsten bestimmter Personen, die vom Erblasser ausgeschlossen werden, verfügt, oder gesetzliche Erben des Erstbedachten am Nachlass des Erblassers partizipieren.

a) Vorteile der Vermächtnislösung gegenüber der Nacherbfolgelösung

Die Nacherbfolgeanordnung hat zum Inhalt, dass dem Vorerben in wesentlichen Positionen die Verfügungsbefugnis unter Lebenden entzogen ist und ihm die Möglichkeiten genommen werden, über den Nachlass frei zu verfügen. Das Herausgabevermächtnis zeichnet sich dadurch aus, dass es den Erben nicht mit den Beschränkungen belastet, die einer Vorerbschaft eigentümlich sind (§§ 2112 ff. BGB), insbesondere der Verzicht auf eine Grundbuchsperrung durch Eintragung des Nacherbvermerks.

Will man dem Vorerben die Möglichkeit geben, gegenständliche Umverteilungen unter den Nacherben vorzunehmen, so ist dies konstruktiv nur mit großer Mühe möglich⁷. Diejenige Lösung, die den Vorerben möglichst freistellt, nämlich die Einsetzung der gewillkürten Erben des Vorerben zu Nacherben⁸, ist möglicherweise unter dem Gesichtspunkt des „sicheren Weges“ mit Vorsicht zu handhaben⁹.

Die Vermächtnislösung hat insoweit unübersehbare Vorteile gegenüber der Nacherbfolgeanordnung, insbesondere wenn junge Erblasser dem Erstbedachten Umverteilungen hinsichtlich des Nachlasses des Erstversterbenden gestatten wollen. Die konstruktiven Möglichkeiten ergeben sich aus den §§ 2151 und 2153 BGB. Der Erblasser kann hiernach mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, dass der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den mehreren das Vermächtnis erhalten soll. Der Erblasser kann auch mehrere mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, dass der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, was jeder von dem vermachten Gegenstand erhalten soll. Nach § 2156 BGB kann der Erblasser darüber hinaus bei der Anordnung eines Vermächtnisses, dessen Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten überlassen. Bei der Anwendung dieser Bestimmung sind aber deren Vorgaben zu beachten¹⁰.

⁵ J. Mayer, ZEV 2000, 1 ff.

⁶ Wingerter, Die Erweiterung der Befugnisse des befreiten Vorerben, (Diss. Regensburg 2000), S. 3; vgl. auch *Kanzleiter* a.a.O., 287 ff.

⁷ N. Mayer, ZEV 1996, 104.

⁸ Dieterle, BWNNotZ, 1970, 18; Nieder, ZEV 1994, 156, 159.

⁹ OLG Frankfurt, DNotZ 2001, 143, mit zust. Anmerkung *Kanzleiter*.

¹⁰ J. Mayer, MittBayNot 1999, 447.

b) Probleme des Herausgabevermächtnisses

Wegen der geringen Regelungsdichte¹¹ ist beim Herausgabevermächtnis kautelarjuristisch besondere Vorsicht geboten, wenn es nicht nach dem Tod des Erstbedachten zu Problemen kommen soll.

aa) Qualifizierung als Vermächtnis trotz § 2103 BGB? In den Beispielfällen könnte fraglich sein, ob die Anordnung des Erblassers auslegungsfest ist. Regelmäßig und typischerweise wird in diesen Fällen vom Erblasser angeordnet, dass „alles, was aus meinem Nachlass stammt“ bzw. „der aus meinem Nachlass stammende Rest“ an bestimmte Personen, die Zweitbedachten, herauszugeben ist. Probleme könnten sich aus § 2103 BGB ergeben. Hiernach ist anzunehmen, dass der Zweitbedachte als Nacherbe eingesetzt ist, wenn der Erblasser angeordnet hat, dass der Erbe mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses die Erbschaft einem anderen herausgeben soll.

Die Anordnungen eines Erblassers sind trotz eindeutigen Wortlautes auslegungsfähig und auslegungsbedürftig. Die Wortwahl ist, gerade bei privatschriftlichen Testamenten, nicht zwingend. Bei der Auslegung einer Willenserklärung, auch einer letztwilligen, ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB). Ein Abweichen vom Wortlaut setzt aber voraus, dass Umstände vorliegen, aus denen geschlossen werden kann, dass der Erklärende mit den Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht¹². Es geht nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung losgelösten Willens, sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte. Bei der Auslegung ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände heranzuziehen und zu würdigen¹³.

Als mögliche Auslegungsvarianten kommen bei der im Beispielfall gegebenen Sachlage die Nacherbfolgeanordnung und ein bedingtes Herausgabevermächtnis in Betracht. Es ist also zu klären, was der Erblasser gewollt hat. Dies ist aus den Folgen der einen oder anderen Anordnung zu ermitteln.

Beim Herausgabevermächtnis will der Erblasser den Erben möglichst wenig einschränken, er will aber sicherstellen, dass – falls keine ihm gemäßige Erbeneinsetzung durch den Erstbedachten erfolgt – sein Restnachlass bei bestimmten Personen, den Zweitbedachten, bzw. bei bestimmten Personen nicht „landet“. Die Frage, ob eine bedingte Nacherbeneinsetzung oder ein bedingtes und betagtes Herausgabevermächtnis vorliegt, ist allein aus dem Willen des Erblassers zu entscheiden, nämlich daraus, ob er den Zweitbedachten die Stellung von Nacherben einräumen und damit den Erstbedachten entsprechend beschränken wollte oder nicht¹⁴. Es ist in den geschilderten Fällen und bei ähnlichen Sachverhalten entsprechend der gewählten Formulierung tatsächlich ein Herausgabevermächtnis zugunsten der Zweitbedachten, nicht aber eine Nacherbfolgeanordnung anzunehmen. Einer solchen Auslegung steht § 2103 BGB nicht entgegen. Es handelt sich, auch wenn der gesamte Überrest durch Vermächtnis zugewandt wird, bei dieser Vorschrift nur um eine Ergänzungsregel, die nicht zwingend ist¹⁵, schon gar nicht, wenn eine Nacherbfolgeanordnung vom Regelungstyp her ohnehin ausscheidet.

¹¹ J. Mayer, ZEV 2000, 1, 8.

¹² BGHZ 80, 246, 249; BayObLG FamRZ 1986, 835.

¹³ BayObLGZ 1994, 313, 318.

¹⁴ Vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2103, Rdnr. 2.

¹⁵ *Soergel/Harder*, BGB, 12. Auflage 1992, § 2103, Rdnr. 1.

Wird statt einer Nacherbfolgeanordnung ein Herausgabevermächtnis gewählt, sollte der Kautelarjurist die hier erörterten Probleme allerdings berücksichtigen und für Klarstellungen sorgen.

bb) Surrogation? Die Frage der Surrogation ist tunlichst zu regeln. Es empfiehlt sich, hier nach § 2111 BGB zu verfahren, da ansonsten das Risiko besteht, dass im Laufe der Zeit der Nachlass durch entsprechende Umschichtungen in das Eigenvermögen des Erben hineinwächst und damit die mit der Gestaltung verbundenen Zwecke, etwa die Reduzierung des Pflichtteils der Abkömmlinge des Erstbedachten, vereitelt werden¹⁶.

cc) Anspruch auf Vormerkung? Es sollte auch geregelt werden, ob der Vermächtnisnehmer einen Anspruch auf Vormerkungssicherung hat, soweit Grundbesitz betroffen ist. Ist dies gewollt, ist der Erstbedachte stärker in seiner Verfügungsmacht eingeschränkt als der befreite Vorerbe¹⁷. Der Anspruch auf Vormerkungssicherung ergibt sich nicht „automatisch“ aus der Zuwendung des Überrestes oder einer Immobilie.

dd) Verjährung? Probleme mit der 30-jährigen Frist für Verjährung gibt es beim Herausgabevermächtnis ebenso wenig wie bei der Nacherbfolgeanordnung. Zwar bestimmt § 2162 BGB, dass ein bedingtes oder betagtes Vermächtnis mit dem Ablauf von 30 Jahren (vgl. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB) nach dem Erbfall unwirksam wird, wenn nicht vorher die Bedingung oder der Termin eingetreten ist, doch enthält § 2163 BGB die entscheidenden Ausnahmen (ähnlich wie bei der Nacherbschaft § 2109 Abs. 1 Satz 2 BGB): Das Vermächtnis bleibt trotz § 2162 BGB hiernach auch nach dem Ablauf von 30 Jahren wirksam (§ 2163 Abs. 1 Nr. 1 BGB), wenn es für den Fall angeordnet ist, dass in der Person des Beschwerten ein bestimmtes Ereignis eintritt. Ein solches ist der Tod des Beschwerten. Als Bedingung kann aber auch jedes andere Ereignis, auch ein solches, das vom Beschwerten selbst durch eine Willensentschließung herbeigeführt wird, gewählt werden, insbesondere also die Wiederverheiratung des Erben¹⁸.

ee) Anfall des Vermächtnisses: Zu klären bleibt beim Vermächtnis, wann es anfällt. Die Legaldefinition des „Anfalls des Vermächtnisses“ ist in § 2176 BGB enthalten. Anfall ist der Zeitpunkt, mit dem die Forderung des Vermächtnisnehmers entsteht. Die ist im Regelfall der Erbfall (§ 2176 BGB), im Ausnahmefall (§ 2177 BGB) der Eintritt der vorgesehenen Bedingung oder des im Testament genannten Termins.

Die Frage, ob ein betagtes Herausgabevermächtnis eine Befristung im Sinne des § 2177 BGB darstellt, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet, sie wird von *Nieder*¹⁹ bejaht, von *Palandt/Edenhofer*²⁰ verneint. Nach *Staudinger/Otte*²¹ und *Soergel/Wolf*²² ist nicht jede Fristsetzung in einem Vermächtnis die Bestimmung eines Anfallstermins im Sinne von § 2177 BGB. Es muss vielmehr im Einzelfall geprüft werden, ob wirklich eine Befristung im eigentlichen Sinne vorliegt oder ob nach dem wahren Willen des Erblassers nicht ein sofortiger Anfall (§ 2176 BGB), sondern nur der Aufschub der Fälligkeit eintreten soll.

¹⁶ *J. Mayer* ZEV, 2000, 1, 8.

¹⁷ *Watzek* MittRNotK 1999, 37, 42 f.

¹⁸ *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2163, Rdnr. 1.

¹⁹ *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 673.

²⁰ *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2177 Rdnr. 4.

²¹ *Staudinger/Otte* BGB, 13. Bearb. 1996, § 2177, Rdnr. 5.

²² *Soergel/Wolf*, BGB, § 2177, Rdnr. 4.

Das durch das Ableben des Erstbedachten betagte Herausgabevermächtnis zeichnet sich typischerweise dadurch aus, dass der Anfall des Vermächtnisses (§ 2176 BGB) nicht bereits mit dem Tod des Erblassers erfolgt, sondern erst beim Ableben des Erben, da der Erbe in der Zeit zwischen Eintritt des Erbfalls und seinem Ableben den Beschränkungen des § 2179 BGB, die im Übrigen für das Vermächtnis gelten, nicht unterliegen soll²³.

Auch die Frage ob die vom Erben aus dem Nachlass gezogenen Zinserträge an die Zweitbedachten herauszugeben sind, hängt davon ab, wann das Herausgabevermächtnis anfällt.

c) Der Umfang der Herausgabepflicht

aa) Grundsatz: Die Herausgabepflicht bezieht sich in den Ausgangsfällen, wenn das Herausgabevermächtnis gewählt wird, typischerweise auf den „noch vorhandenen Überrest“ seines Vermögens. Es sind also beim Tod des Erblassers tatsächliche Ermittlungen darüber anzustellen, was aus dem Nachlass des Ehemannes stammt. Nicht herauszugeben sind diejenigen Gegenstände, die aus dem eigenen Vermögen des Erben stammen. Für diese gilt nicht das Testament des verstorbenen Ehemannes, sondern die Erbfolge nach den Erstbedachten. Für ein Verschaffungsvermächtnis, wonach sich die Herausgabepflicht auch auf das eigene Vermögen des Erben bezieht, wird es regelmäßig keine Anhaltspunkte geben.

bb) Ersatz von Verwendungen: Der Vorerbe trägt dem Nacherben gegenüber die gewöhnlichen Erhaltungskosten (§ 2124 Abs. 1 BGB). Dies ist wohl der Ausgleich dafür, dass der Vorerbe die Erträge des Nachlasses behalten darf, ausgenommen die „Übermaßfrüchte“ (§ 2133 BGB). Andere Aufwendungen, die der Vorerbe zum Zwecke der Erhaltung von Erbschaftsgegenständen den Umständen nach für erforderlich halten darf, kann er ebenfalls aus der Erbschaft bestreiten (§ 2124 Abs. 2 BGB). Entsprechendes gilt nach § 2126 BGB für außerordentliche Lasten, soweit sie auf den Stammwert der Erbschaftsgegenstände angelegt anzusehen sind. Macht der Vorerbe insoweit Verwendungen, die über die gewöhnlichen Erhaltungskosten hinausgehen, oder er trägt außerordentliche Lasten im vorgenannten Sinne, ist der Nacherbe zur Erstattung nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verpflichtet (§ 2125 Abs. 1 BGB). § 2124 Abs. 2 BGB findet auch Anwendung, wenn der Vorerbe außerordentliche Lasten im Sinne des § 2126 BGB zu tragen hat. Der Ersatz darüber hinaus gemachter Aufwendungen richtet sich nach §§ 2125 Abs. 1, 683, 684 BGB.

Beim Herausgabevermächtnis richtet sich der Anspruch des Erben (des Erstbedachten) auf Ersatz von Verwendungen, die er auf den Vermächtnisgegenstand gemacht hat, nach § 2185 BGB. In diesen Ersatzanspruch treten die Erben des Ersatzbedachten, also die Erbeserben, im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1922 BGB) ein. Sie können damit für die auf die herauszugebenden Gegenstände nach dem Tode des Ehemannes gemachten Verwendungen sowie der Aufwendungen, welche die Erbin nach dem Tode ihres Ehemannes zur Bestreitung von Lasten gemacht hat, Ersatz nach den Vorschriften verlangen, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer gelten (§§ 994–1003, 256–258 BGB). § 2185 BGB bezieht sich nur auf eine bestimmte zur Erbschaft gehörige Sache, nicht auf Gattungssachen oder Rechte; die Vorschrift gilt also jedenfalls für Immobilien, soweit diese zum Nachlass gehören. Verwendungen sind die diesem Objekt zugute kommenden, freiwilligen Aufwendungen, sofern

²³ Vgl. *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 50, 673 ff.

sie der Herstellung, Erhaltung oder Verbesserung der Sache gedient haben²⁴. Aufwendungen sind alle übrigen Vermögensaufopferungen im Interesse des betroffenen Gegenstandes²⁵. Der Anspruch auf Ersatz notwendiger Verwendungen ist eingeschränkt, wenn der erstbedachte Erbe nicht gutgläubig war; dann richtet sich die Ersatzpflicht der Zweitbedachten nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 994 Abs. 2 BGB); Entsprechendes gilt für nützliche Verwendungen (§ 996 BGB). Bösgläubigkeit ist gegeben bei Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis von der Anordnung des Vermächtnisses und davon, dass diese mit einiger Sicherheit anfallen wird²⁶. Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, den Vermächtnisbeschwerten von der Kenntnis der Vermächtnisanordnung an als „bösgläubig“ anzusehen, so dass er ab diesem Zeitpunkt keinen Erstattungsanspruch hat. Der Ersatz gewöhnlicher Erhaltungskosten kann nicht verlangt werden, soweit, wie hier, die Nutzungen dem Beschwerten verblieben waren²⁷.

Die Rechtslage ist insoweit unbefriedigend. Bei einer für den Erstbedachten nicht überschaubaren Rechtslage wird zudem Gutgläubigkeit anzunehmen sein. Klarstellungen im Testament sind also zweckmäßig. Es können durch entsprechende Anordnungen des Erblassers auch die für das Verhältnis Vorerbe – Nacherbe geltenden Vorschriften (§§ 2124–2126 BGB) für anwendbar erklärt werden.

cc) Berücksichtigung von Zinserträgen? Mit der Aussage, der Überrest des Nachlasses sei ggf. unter Verrechnung von Verwendungen und Aufwendungen herauszugeben, ist die Frage aber noch nicht vollständig beantwortet. Sie äußert sich zunächst nach der Berücksichtigung thesaurierter Zinserträge. Soweit der Nachlass des Erblassers in Geldvermögen bestanden hatte, sind möglicherweise Zinserträge vom Erben wieder angelegt worden. Sie unterfallen nur dann dem Herausgabevermächtnis, wenn sie als Früchte des Nachlasses (§ 99 BGB) von der Erbin herauszugeben sind. Dies ist nach § 2184 BGB nur für die seit dem „Anfall des Vermächtnisses gezogenen Früchte“ vorgesehen. Fallen gemäß § 2177 BGB Anfall und Fälligkeit des Vermächtnisses zusammen, sind die Zinserträge des Nachlasses des Erblassers somit gemäß § 2184 BGB nicht herauszugeben, auch soweit sie auf einheitlichen Konten mit der ursprünglichen Nachlasssubstanz angelegt sein sollten. Es ist also eine rechnerische Trennung durchzuführen, nur ein Teil des Nachlasses ist also „Überrest“ im Sinn der testamentarischen Anordnung des Erblassers, ein Teil ist Eigennachlass des Erben. Ein Verschaffungsvermächtnis hierfür wird regelmäßig aus den Anordnungen des Erblassers nicht herauszulesen sein. Die rechnerische Abgrenzung, die hiernach vorzunehmen ist, dürfte im Detail schwierig sein. Kautelarjuristische Klarstellungen, auch in Bezug auf eine kontenmäßige Trennung von Substanz und Erträgen, sind anzuraten.

d) Folgen einer Vermächtnisausschlagung

Beim Herausgabevermächtnis ist auch der Fall in die Überlegungen mit einzubeziehen, dass einer der Zweitbedachten das Vermächtnis ausschlägt. Die Wirkung der Ausschlagung besteht darin, dass das Vermächtnis entfällt, jedoch nur dann, wenn kein Ersatzberechtigter vorhanden ist (§ 2190 BGB). Bestimmt der Erblasser – wie meist – lediglich, dass beim Tod des Erstbedachten der Rest seines Vermögen an bestimmte

Personen fallen solle, so kann es sich um ein einheitliches Vermächtnis auf den Überrest handeln, dann greift § 2158 BGB ein, das die Anwachsung des Vermächtnisses vorsieht, wenn ein Vermächtnisnehmer das Vermächtnis nicht antritt. Das Vermächtnis entfällt dann insgesamt nur, wenn alle Vermächtnisnehmer und etwaige Ersatzvermächtnisnehmer ausschlagen.

e) Ist die Vermächtnislösung pflichtteilsfest?

Vermächtnisse sind grundsätzlich mit den Pflichtteilsansprüchen gleichrangig, sie mindern also die Berechnungsgrundlage für den Pflichtteil nicht (§ 2311 BGB)²⁸. Würde diese Aussage auch für das bedingte Herausgabevermächtnis gelten, führte dies dazu, dass es in einer entscheidenden Beziehung nicht mit der Nacherbfolgeanordnung gleichwertig wäre: Diejenigen Personen, die nach dem Tod des Zweitbedachten pflichtteilsberechtigt sind, könnten den Pflichtteil auch aus dem Nachlass des erstversterbenden Teils, also des Erblassers, verlangen.

Diese Sicht wäre aber nicht richtig. Dadurch dass der Erbe (Erstbedachte) mit dem Herausgabevermächtnis auf den Todesfall beschwert ist, haben dessen Erben als seine Gesamtrechtsnachfolger auch seine Nachlassverbindlichkeiten zu tragen²⁹. Vom erstversterbenden Ehegatten angeordnet, gehört das Herausgabevermächtnis zu den Nachlassverbindlichkeiten des Erstbedachten, ohne diesen tatsächlich zu belasten. Das Herausgabevermächtnis wird für den Erben des Erstbedachten dadurch zu einer aufschiebend bedingten oder befristeten Verbindlichkeit gegenüber dem Vermächtnisnehmer. Als echte Nachlassverbindlichkeit des Zweitbedachten wirkt sich das Herausgabevermächtnis gegenüber Personen aus, die nach dem Erstbedachten pflichtteilsberechtigt sind. Bei der Pflichtteilsberechnung sind also die Vermächtnisgegenstände, also das, was aus dem Nachlass des Erblassers noch vorhanden ist, nicht zu berücksichtigen³⁰.

Es fragt sich, ob gegen diese Lösung deshalb Einwände denkbar sind, weil das Herausgabevermächtnis, wie dies typischerweise anzunehmen sein wird, erst mit dem Tod des Erstbedachten anfällt. Nach der Legaldefinition des § 2176 BGB sind solche Vermächtnisse bis zum Tod des Erstbedachten noch nicht entstanden. Es besteht bis dahin noch eine rechtlich geschützte Anwartschaft (§ 2179 BGB). *J. Mayer* sieht es daher als fraglich an, ob derartige Herausgabevermächtnisse bereits mit dem Tod des Beschwerten (des Erstbedachten) als Nachlassverbindlichkeiten im Sinne von § 2311 BGB in Abzug gebracht werden können und so den Pflichtteilsanspruch, der nach dem Tod des Erstbedachten entsteht, reduzieren³¹. *J. Mayer* schlägt daher als „sicheren Weg“ vor, das Vermächtnis sofort mit dem Erbfall anfallen zu lassen und erst mit dem Tod des Erben fällig zu stellen (betagtes Vermächtnis)³². Diese Lösung ist aber wegen der dann entstehenden Herausgabepflicht von Zinsen und wegen der Frage, wie Aufwendungen und Verwendungen verrechnet werden können, meist nicht praktikabel. Eine derartige Gestaltung ist aber auch nicht nötig, da die vorgebrachten Bedenken gegen die Behandlung von Vermächtnissen, deren Anfall auf den Tod des

²⁸ MünchKomm/Frank, BGB, 3. Aufl., § 2311 Rdnr. 11 m.w.N.

²⁹ § 1967 Abs. 1, 1922 BGB.

³⁰ *Dieterle*, BWNotZ 1971, 14, 19; *Rohlfing*, Erbrecht in der anwaltlichen Praxis, 1999, Rdnr. 133 ff.; *Watzek* MittRNotK 1999, 37, 41 f.; a. M. *Zawar*, Das Vermächtnis in der Kautelarjurisprudenz, 1983, S. 61.

³¹ *J. Mayer in Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 3. Auflage 2000, Teil E, Rdnr. 106; *derselbe* ZEV 2000, 1, 9.

³² *J. Mayer*, ZEV 2000, 1, 9.

²⁴ BGHZ 131, 220; *Palandt/Bassenge*, BGB, Rdnr. 5 vor §§ 994 ff.

²⁵ BGHZ 59, 329, *Palandt/Heinrichs*, BGB § 256, Rdnr. 1.

²⁶ BGH NJW 1991, 1736.

²⁷ *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2185 Rdnr. 1.

Erstbedachten aufgeschoben ist, im Rahmen von § 2311 BGB nicht zutreffen³³. Dies ergibt ein Blick auf die vergleichbare Vorschrift des § 327 InsO. Schon der Wortlaut des § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO, der ein „vom Erblasser angeordnetes Vermächtnis“ voraussetzt, spricht dafür, derartige Vermächtnisse als abziehbare Erblässerschulden zu behandeln. Erblasser im Sinne dieser Vorschrift ist der Erblasser des weiteren Todesfalls, also der Erstbedachte. In der insolvenzrechtlichen Literatur ist allgemein anerkannt, dass unter § 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO (früher § 226 Abs. 2 Nr. 5 KO) nur vom Erblasser angeordnete Vermächtnisse fallen. Vermächtnisse, mit denen der Erblasser selbst beschwert war, stellen im Fall der Nachlassinsolvenz eine vollberechtigte Forderung dar³⁴. Die Vermächtnislösung ist also in gleicher Weise pflichtteilsfest wie die Nacherbfolgeanordnung.

f) Steuerliche Überlegungen

Zwischen der Nacherbfolgeanordnung und der Vermächtnislösung gibt es grundsätzlich keine Unterschiede. Bei der

³³ Ausführlich dazu *Schnabel*, Das Geschiedentestament, Diss. Regensburg 2000, S. 150 ff.

³⁴ *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 226, Rdnr. 10; *Hess*, KO, § 226 Rdnr. 10.

Nacherbfolgeanordnung bewirkt § 6 Abs. 2 Satz 1 ErbStG, dass bei Eintritt der Nacherbfolge diejenigen, auf die das Vermögen übergeht, also die Nacherben, den Wert (also vom Vorerben) zu versteuern haben. Das der Nacherbfolge unterliegende Sondervermögen und das Eigenvermögen des Vorerben werden also zusammengerechnet und einheitlich veranlagt. Dafür wird auch nur ein Freibetrag gewährt. § 6 Abs. 4 ErbStG stellt sicher, dass beim Tode des Beschwerten fällige Vermächtnisse der Nacherbschaft gleichstehen.

3. Zusammenfassung

Das Gesetz stellt in den §§ 2100 ff. BGB mit der Nacherbfolgeanordnung dem Erblasser eine konstruktiv ausgereifte Möglichkeit, seinen Nachlass über seinen Tod hinaus zu beeinflussen, zur Verfügung. Die Konsequenzen der Nacherbfolgeanordnung werden nicht immer dem Willen des Erblassers entsprechend, soweit sie den Vorerben beschränken. Das Herausgabevermächtnis eröffnet dem Erblasser Möglichkeiten, die Folgen seiner Anordnungen für den Erstbedachten abzumildern. Wählt er diesen Weg, muss er sich allerdings darüber im Klaren sein, dass Detailanordnungen erforderlich sind, um das Hauptziel, nämlich das Fernhalten des Nachlasses von bestimmten Personen, zu erreichen.

KURZE BEITRÄGE

Der Umfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19.7.2001 – IX ZR 149/00 –1

Von Notar *Martin Thomas Reiß*, Münsterstadt

I. Zum Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung des BGH ist ein Bauträgervertrag. Dabei hatte der Bauträger seine Zahlungsansprüche an den Generalunternehmer (= die Klägerin) abgetreten. Um die Fälligkeit des abgetretenen Kaufpreises herbeizuführen, stellte (vermutlich) die Hausbank des Generalunternehmers auf dessen Veranlassung den Käufern² (=Beklagte) eine Bürgschaft nach §§ 3,7,2 MaBV. Hierbei ist streitig, ob über den Inhalt der Bürgschaft hinaus weitergehende mündliche Sicherungsabreden zwischen Käufer und Generalunternehmer vereinbart waren. Der Generalunternehmer verlangt von den Käufern die Rückgabe der Bürgschaft, da der Sicherungszweck nach Bauabnahme erreicht sei; die Käufer wenden ein, der Bau sei mangelhaft, da die vereinbarten Nutzflächen erheblich unterschritten wurden.

II. Sicherungsabreden bei der Bürgschaft

Mit dem ersten Leitsatz erkennt der BGH die Möglichkeit an, auch bei Bürgschaften Sicherungsvereinbarungen zu treffen. Dies entspricht der h.M.³ Trotz der Akzessorietät der Bürgschaft sind derartige Sicherungsabreden jedenfalls dann erforderlich, wenn Vereinbarungen über die Verwendung oder den Umfang der Bürgschaft weder Inhalt der Hauptschuld noch der Bürgschaft als solcher sind. Im entschiedenen Fall ergab sich das bereits daraus, dass der Generalunternehmer Dritter und an den vorbezeichneten Vertragsverhältnissen nicht beteiligt war⁴: Hauptschuldner war der Bauträger, Bürge die Bank. Einwendungen aus dem Sicherungsvertrag kann auch der Bürge dem Gläubiger entgegenhalten⁵.

Die Akzessorietät der Bürgschaft führt jedoch zu einem wichtigen Unterschied zu nicht akzessorischen Sicherheiten, wie der Sicherungsgrundschuld⁶: Bei der Sicherungsgrundschuld

regelt der Sicherungsvertrag neben der Frage, dass und welche Sicherheit gestellt wird (also als *causa* der Stellung der Sicherheit) die gesicherte Forderung und die Voraussetzungen der Verwertung (also als *causa* und Regelung der Pfandverwertung)⁷.

Die Frage, *ob eine Sicherheit* zu stellen ist, stellt sich in beiden Fällen gleichermaßen. Bei der Bürgschaft nach MaBV finden sich die Regelungen hierzu bei den Kaufpreisfälligkeitsvoraussetzungen im Bauträgervertrag und der MaBV, hier noch in den zusätzlichen Vereinbarungen mit dem Generalunternehmer⁸.

Die *Beschreibung der gesicherten Forderung und die Voraussetzungen der Pfandverwertung* ergeben sich dagegen bei der Bürgschaft bereits (zumindest in gewissen Grundbeständen) aus der Akzessorietät und den §§ 767 ff. BGB (i.V. §§ 7, 3, 2 MaBV). Hier beschränkt sich die Aufgabe der Sicherungsvereinbarungen darin, zusätzliche ergänzende Vereinbarungen zu treffen: Fehlen diese, gilt das Gesetz. Bei einer Sicherungsgrundschuld würde in diesem Fall dagegen der Rechtsgrund für die Pfandverwertung fehlen; die Grundschuld könnte also nicht eingesetzt werden.

III. Zur Wirksamkeit der Einschränkung der Sicherungsabrede

Weniger überzeugt dagegen die Behauptung des BGH⁹, weil die Generalunternehmerin nicht Adressatin der MaBV sei, könne sie (wenn sie die Vereinbarungen beweisen könne) die Einschränkung der Bürgschaft über die Sicherungsabrede den Beklagten (=Käufer) entgegenhalten und die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde verlangen.

Zwar gesteht der BGH zu, dass der Käufer nach § 404 BGB auch dem Abtretungsgläubiger gegenüber seine Zahlungen verweigern könne, wenn die gestellte Bürgschaft aufgrund der Sicherungsvereinbarungen nicht § 7 MaBV entspreche. Habe der Käufer aber gezahlt und seien die Voraussetzungen, unter denen die Bürgschaft geltend gemacht werden könne, endgültig erloschen, sei er zur Rückgabe verpflichtet. Der BGH sieht somit den Verstoß gegen die MaBV nur als Einre-

¹ MittBayNot 2002, S. 37 ff. (in diesem Heft).

² Im Text der Entscheidung „Auftraggeber“ genannt. Die Bezeichnung als „Käufer“ erfolgt (in Anlehnung an die verbreitete Bezeichnung als „Bauträgerkauf“), um eine Unterscheidung zum Auftraggeber des Generalunternehmers – das ist der Bauträger – zu erreichen.

³ *Staudinger-Horn*, BGB, 13. Bearb. (1997), Vorbem. zu §§ 765 ff. BGB, Rdnr. 11; *Palandt-Sprau*, BGB, 61. Aufl. 2002, Einf. v. § 765 BGB, Rdnr. 4a; *Forthäuser*, MittBayNot 1997, 265; BGH NJW 1989, 1482 f.; BGH MDR 2001, 1003, 1004 und MDR 2000, 654 (LS) (=DNotI-Report 2000, 94).

⁴ Eine weitere wichtige Fallgruppe, in der die Rechtsprechung einschränkende Sicherungsvereinbarungen bei der Bürgschaft angenommen hat, sind die ruinösen Bürgschaften naher Angehöriger, hierzu im Einzelnen *Forthäuser* a.a.O.

⁵ *Staudinger-Horn* a.a.O., Rdnr. 11 (arg. § 768 Abs. 1 BGB); BGH MDR 2001, 1003, 1004 und in der zu besprechenden Entscheidung unter II. 3. b.

⁶ Hierzu *Forthäuser*, MittBayNot 1997, 265 und *Staudinger-Wolfsteiner* (1996), Vorbem. zu §§ 1191 ff. BGB, Rdnr. 26 (Vergleich Grundschuld/Hypothek).

⁷ *Staudinger-Wolfsteiner* a.a.O. Rdnrn. 23 ff. und *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A VI 34 je zur Sicherungsgrundschuld.

⁸ Im Regelfall genügt hierfür eine „unselbständige“ Sicherungsvereinbarung (*Staudinger-Wolfsteiner* a.a.O., Rdnr. 22) im Rahmen eines sonstigen Vertrages (z.B. Darlehen usw.). Nachdem Bürgschaften normalerweise nicht grundlos gestellt werden, kommt die Problematik eigentlich nur dann zum Augenschein, wenn die Sicherheit zurückgefordert wird, da sie nicht so geschuldet war, wie gestellt, vgl. etwa den Fall von BGH DNotI-Report 2000, 94 f.: Statt einer vereinbarten (einfachen) Bürgschaft wurde irrtümlich eine für den Hauptschuldner viel gefährlichere Bürgschaft auf erstes Anfordern gestellt.

⁹ Unter II. 3. a) und b).

demöglichkeit gegen ein Zahlungsverlangen, die jedoch mit erfolgter Zahlung keine weitergehenden Wirkungen mehr hat.

Das stellt einen Wertungswiderspruch zu der insoweit viel strengeren Entscheidung des VII. Senats des BGH vom 22.12.2000¹⁰, wonach eine gegen § 3 Abs. 2 MaBV verstoßende Ratenzahlungsvereinbarung nach § 134 BGB unwirksam sei¹¹ und an Stelle der nichtigen Regelung nach § 641 BGB eine Zahlungspflicht erst nach Abnahme trete. Trifft dieses Ergebnis des BGH zu, wofür zumindest bei der Frage der Anwendbarkeit des § 134 BGB alles spricht, muss dasselbe auch bei einem Verstoß gegen die alternativ zugelassene Form der Sicherung des Käufers über §§ 3, 7, 2 MaBV gelten¹².

Geht man nun – der BGH hat diese Frage im Ergebnis offen gelassen – davon aus, dass die Bürgschaft nach § 7 MaBV auch Gewährleistungsansprüche sichert¹³, und zum Zeitpunkt der Rückforderung der Bürgschaft zwar die Ansprüche auf Fertigstellung, nicht jedoch die Gewährleistungsansprüche wegen der Minderfläche erfüllt waren, bliebe die Bürgschaft aufgrund der Sicherungsabrede hinter dem Schutz zurück, den § 7 MaBV dem Käufer geben will. Eine Bürgschaft unter einschränkender Treuhandaufgabe ist aber nicht die Bürgschaft, die die MaBV dem Käufer zubilligt, und erfüllt die Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft nach MaBV nicht – genau wie sonst eine Leistung unter Vorbehalt im Zweifel keine Erfüllung bewirkt¹⁴: Sonst müsste bei einer Vereinbarung, dass die Bürgschaft nur pro forma gestellt, aber nie ausgenützt werden dürfe, der Schutz des Käufers schlimmstenfalls völlig entfallen. Auch ein Verzicht des Käufers auf den Schutz nach der MaBV ist nicht möglich, da diese zwingendes Recht enthält (§ 12 MaBV).

Eine Bürgschaft unter einschränkendem Vorbehalt erfüllt daher §§ 3,7,2 MaBV nicht.

Die Folgen des Gesetzesverstoßes lassen sich auf zwei möglichen Wegen herleiten:

a) Entweder man kommt auf der Linie der Entscheidung vom 22.12.2000 zu dem Ergebnis, die Zahlung habe gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und müsse daher bis zum Vorliegen der gesetzlichen Fälligkeit mit Abnahme (§ 641 BGB) entweder nach § 817 S. 1 BGB zurückgezahlt oder abgesichert werden¹⁵. Dieses gesetzliche Verbot wirkt – gerade auch im Hinblick auf die im Bauträgergeschäft nicht unüblichen Abtretungen – nach § 404 BGB auch gegen den Abtretungsgläubiger des Zahlungsanspruchs.

Alternativ kann man den Gesetzesverstoß auch bei der Sicherungsabrede der Bürgschaft lokalisieren: Hiernach wäre die MaBV-widrige Einschränkung der Zweckerklärung nach § 134 BGB unwirksam. Dies würde aber nicht zur Rechtsgrundlosigkeit der Bürgschaft führen, sondern dazu, dass die einschränkende Zweckerklärung wegfällt und damit die Bürgschaft in ihrem Inhalt und ihrer Verwendbarkeit der MaBV entspricht¹⁶.

Daran ändert auch das weitere Argument des BGH nichts, der Generalunternehmer sei nicht Adressat der MaBV, und deswegen sei die MaBV zu seinen Lasten nicht anwendbar: Unternimmt es jemand, der nicht Adressat der MaBV ist, dem Käufer eine angeblich der MaBV entsprechende Bürgschaft zur Herbeiführung der Zahlungsfälligkeit des an ihn abgetretenen Kaufpreisanspruchs (eben nach MaBV) zu stellen, verstößt er gegen das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB), wenn er nach Erhalt der Zahlung sich darauf beruft, er müsse sich nicht an die MaBV halten. Diesem Ergebnis, dass (nur) die Einschränkung des Sicherungszwecks unwirksam ist, steht auch die vom BGH zitierte Entscheidung vom 8.3.2001¹⁷ nicht entgegen: Dort ging es um das aus dem Recht der Sicherungsgrundschuld bekannte Argument, eine aufgrund der Zweckerklärung zurückzugewährende Sicherheit könne nicht aufgrund eines weitergehenden Zurückbehaltungsrechts zurückbehalten und damit die Zweckerklärung sozusagen einseitig „erweitert“ werden¹⁸: Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Frage, ob die Sicherheit rechtsgrundlos gestellt wurde (was in der Entscheidung vom 8.3.2001 deswegen angenommen wurde, weil dort die Verpflichtung zur Stellung der Bürgschaft gegen § 9 AGBG verstieß), sondern darum, ob die vereinbarte Einschränkung des Sicherungszwecks wirksam ist (mit der Folge, dass die Bürgschaft dann wieder den gesetzlichen Inhalt erhält)¹⁹.

Von diesen zwei Wegen erscheint der zweite deswegen eleganter, weil er eine Rückabwicklung der Zahlung erspart und in den Fällen, in denen der Abtretungsgläubiger (z.B. Bauträgerbank) nicht identisch mit dem Urheber der gesetzeswidrigen Sicherungsabrede (z.B. Bauträger) ist, die Folgen der Gesetzeswidrigkeit auf die Sicherungsabrede beschränkt.

Immerhin offenbart das Argument des BGH, ein Verstoß gegen die MaBV habe dem Käufer in beweisbarer Weise deutlich vor Augen geführt werden müssen²⁰, ein gewisses Unwohlsein auch des BGH an seinem Ergebnis: Nachdem ein Beweis für die mündliche Abrede im Regelfall scheitern dürfte, wird auch nach Meinung des BGH die Sicherungsabrede im konkreten Fall wohl aus Gründen der Beweislast wirkungslos bleiben.

IV. Sicherung von Gewährleistungsansprüchen

Im dritten Leitsatz erklärt der BGH in Ergänzung zu seiner Entscheidung vom 14.1.1999²¹, eine Bürgschaft nach § 7 MaBV sichere zumindest Rückzahlungsansprüche wegen einer Minderfläche, die vor Abnahme des Werks geltendgemacht worden sind. In III. 2. b) der Gründe wird dazu der Fall der Minderung ausdrücklich angesprochen.

¹⁰ DNotZ 2001, 201 m. Anm. Schmidt = MittBayNot 2001, 62 m. Anm. Basty = RNotZ 2001, 107.

¹¹ Ebenso Schmidt, DNotZ 2001, 209 m.w.N.; Basty MittBayNot 2001, 64.

¹² Ebenso schon Speck MittRhNotK 1995, 117, 138 (jedoch mit der Folge, dass dann der Kaufpreis nach §§ 2–8 MaBV fällig werden soll).

¹³ Hierzu siehe unten Abschnitt IV.

¹⁴ Hierzu Staudinger-Olzen (2000), § 362, Rdnr. 24; Erman-H.P. Westermann, BGB, 10. Aufl. 2000, § 362 BGB, Rdnrn. 11 und 13 (Treuhandaufgaben beim Anderkonto).

¹⁵ Im Ergebnis ebenso für die aus sonstigen Gründen verfrühte Zahlung: OLG München, DNotI-Report 2001, 25; Basty, Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 32: Der Bauträger darf derartige Zahlungen nicht behalten oder muss Sicherheiten entsprechend der MaBV stellen. Ebenso Speck a.a.O., S 139, jedoch mit Zweifeln über die dogmatische Herleitung dieses Ergebnisses. § 813 Abs. 2 BGB kann meines Erachtens deswegen nicht eingreifen, weil der Gesetzesverstoß gerade in der verfrühten Zahlung liegt (a.A. Speck a.a.O. in Fn. 259).

¹⁶ In diese Richtung auch Basty, Bauträgervertrag, Rdnrn. 361 und 146, wonach eine Bürgschaft und eine Freistellungsverpflichtung nach MaBV im Zweifel MaBV-konform auszulegen sind.

¹⁷ Z.B. auch abgedruckt MDR 2001, 1003, 1005.

¹⁸ BGH DNotZ 2000, 700, arg. § 273 Abs. 1 BGB: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt“.

¹⁹ Zu dieser Differenzierung siehe oben unter Abschnitt II.

²⁰ II. 3. c. der Gründe.

²¹ DNotZ 1999, 482 m. Anm. Basty = MittBayNot 1999, 279 m. Anm. Eue.

Damit steht eine endgültige Entscheidung über den Sicherungsumfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV weiter aus. Dass noch in der Vorentscheidung der Umfang der Bürgschaft aus einer Auslegung des konkreten Wortlauts²² entnommen wurde, während nun – unter Verweis auf die Vorentscheidung – generell Mängelansprüche vor Abnahme einbezogen werden, lässt immerhin eine Tendenz des BGH erkennen, zumindest gewisse Gewährleistungsansprüche in die MaBV-Bürgschaft einzubeziehen²³.

Inwieweit Gewährleistungsansprüche durch die Bürgschaft abgesichert sind, ist bisher umstritten: Noch in der Literatur herrschend dürfte die Ansicht sein, mit „Ansprüchen auf Rückgewähr und Auszahlung der Vermögenswerte des Auftraggebers“ seien in erster Linie nur die Ansprüche auf Rückzahlung bei Scheitern des Vertrages gemeint (also insbesondere als Folge von Leistungsstörungen oder Nichtigkeit des Vertrages, aus Rücktritt, Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung), vielleicht noch die Wandelung bei einer absolut unbrauchbaren Leistung, nicht jedoch sonstige Gewährleistungsansprüche²⁴. Begründet wird dieses Ergebnis damit, dass die MaBV insgesamt keine Gewährleistungsansprüche absichern wolle, wie auch der alternative Weg einer Sicherung nach § 3 MaBV beweise: Habe der Erwerber hier nach Baufortschritt gezahlt, seien seine Gewährleistungsansprüche wegen später auftretender Mängel auch nicht mehr gesichert²⁵; solle die Bürgschaft hier weitergehen, stelle sich die Frage, ob die Bürgschaft dann nicht über die gesamte Gewährleistungsfrist fortbestehen müsste²⁶.

Die Gegenmeinung stellt darauf ab, dass eine saubere Trennung von Nichterfüllung und Schlechterfüllung kaum möglich sei. Nachdem sich die Voraussetzungen und Folgen von Teilrücktritt, Wandelung und Minderung teilweise überlappen und der Erwerber in allen Fällen gleich schutzwürdig sei, sind nach dieser Meinung auch Gewährleistungsansprüche mit gesichert²⁷.

Sicher ist, dass eine „Rückgewähr“ dann nicht vorliegt, wenn der Käufer über das unmittelbare Erfüllungsinteresse hinausgehende Schadensersatzansprüche geltend macht, etwa wegen Mangelfolgeschäden. „Rückgewähr“ beschränkt die Anspruchshöhe ferner auf die Höhe der geleisteten Vermögenswerte.

Dagegen ist eine „Rückgewähr“ vom Wortlaut der Vorschrift her auch bei Wandelung und Minderung möglich. Wenn die Sicherung von Gewährleistungsansprüchen auch sicher nicht primäres Ziel der MaBV ist, führt die Zahlung in Baufortschrittsraten bei Werkmängeln immerhin zu einem gewissen Schutz des Erwerbers über Zurückbehaltungsrechte²⁸ und sonstige Einreden.

Bereits heute^{28a} tritt nach h.M.²⁹ das Gewährleistungsrecht erst nach Abnahme an Stelle des allgemeinen Leistungsstörungenrechts³⁰. Gerade bei einer unbrauchbaren Leistung kann der Käufer daher die Abnahme verweigern und unter den Voraussetzungen des § 326 BGB vom Vertrag zurücktreten (oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern)³¹. In diesem Fall liegt zweifellos ein Anspruch auf „Rückgewähr“ des Kaufpreises vor. Kann damit, zumindest wenn nicht nur unwesentliche Mängel (§ 640 Abs. 1 S. 2 BGB) vorliegen oder das Schikaneverbot dem entgegensteht, der Erwerber die Abnahme verweigern und sich auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht berufen, ist auch ein schützenswertes Interesse des Bauträgers oder des Bürgen daran nicht ersichtlich, dass die Bürgschaft zwar dann zurückzugewähren wäre, wenn der Besteller unter Vorbehalt der Mängel abnimmt, nicht aber, wenn der Besteller wegen desselben Mangels die Abnahme bis zur vertragsgemäßen Erbringung der Werkleistung verweigert. Schon nach derzeitigem Gesetzesstand ist die Gewährleistung eigentlich die Fortsetzung des ursprünglichen Herstellungsanspruchs³²; dies wird durch die Angleichung von allgemeinem Leistungsstörungenrecht und den Folgen von Mängeln im Zuge der Schuldrechtsreform auch beim Kauf übernommen³³.

Für eine Einbeziehung der Gewährleistung sprechen ferner die Abgrenzungsprobleme von *Minus*, *Aliud* und Sachmangel, die auch durch den Fall des BGH verdeutlicht werden: In Ziffer III. 2. a) und b) seiner Entscheidung lässt der BGH die Frage offen, ob das vereinbarte Flächenmaß primäre Erfüllungspflicht, mit der Folge einer Kaufpreisanpassung, oder ein Sachmangel ist³⁴. Würde man hier differenzieren, gäbe es, je nach Einordnung des Fehlers bei sonst gleicher Schutzwürdigkeit des Käufers u.U. unterschiedliche Ergebnisse.

^{28a} Der Beitrag wurde kurz vor Verabschiedung der Schuldrechtsreform verfasst und baut daher auf dem Gesetzesstand von Ende 2001 auf.

²⁹ *Staudinger-Peters* (2000), § 633 Rdnr. 9 m.w.N. zum Werkvertrag; *Palandt-Putzo*, Vorbem. v. § 459 BGB Rdnr. 5; *Erman-Grünwald*, vor § 459 Rdnr. 10 zum Kaufvertrag; abweichend mit anderem dogmatischen Ansatz *Staudinger-Honsell* (1995) Vorbem. zu §§ 459 ff. BGB, Rdnrn. 17 ff.

³⁰ Die noch – zumindest theoretisch – klare Abgrenzung zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsanspruch im Kaufrecht wird mit der zum 1.1.2002 im Kraft getretenen Schuldrechtsreform für ein eher noch dem bisherigen Werkvertragsrecht entsprechenden allgemeinen Leistungsstörungenrechts aufgegeben (so die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 6040, A III. 2. und IV., sowie §§ 437, 439, 634, 635, 280 ff. BGB n.F.).

³¹ *Staudinger-Peters*, § 634 BGB Rdnr. 3; *Palandt-Sprau*, Vorbem. v. § 633 BGB, Rdnrn. 3 und 17 ff., ebenso bei Kauf vor Gefahrübergang; *Palandt-Putzo*, Vorbem. v. §§ 459 ff. BGB, Rdnr. 5; a.A. *Staudinger-Honsell* Vorbem. zu §§ 459 ff. BGB, Rdnr. 18 beim Stückkauf.

³² *Staudinger-Peters* (2000), § 633 Rdnrn. 6 ff.; *Erman-Seiler*, § 633 Rdnrn. 22 ff; 25 ff.; *Palandt-Sprau*, Vorb. v. § 633 Rdnr. 4.

³³ § 635 und § 439 BGB n.F. sprechen zukünftig von „Nacherfüllung“.

³⁴ Ein weiteres häufiges Beispiel für diese Abgrenzungsschwierigkeiten sind die sog. „Protokollmängel“. Nachdem der Bauträger ein Interesse an einer baldigen Abnahme hat, und auch der Käufer möglichst bald einziehen will, erfolgt die Abnahme häufig schon, wenn noch geringfügige Restarbeiten ausstehen, etwa Anbringen von Fußbodenleisten, Streichen einer Kellerdecke, Anbringen eines Geländers. Hier handelt es sich eigentlich um den noch gar nicht erfüllten Herstellungsanspruch, nicht um Ansprüche wegen mangelhafter Erstellung (zweifelnd an der Einordnung auch *Basty*, Baurägervertrag, Rdnr. 301). – Auch diese Abgrenzungsproblematik soll nach dem Willen der Väter der Schuldrechtsreform jedenfalls nach Gefahrübergang größtenteils entfallen, vgl. §§ 434 III und 633 II 3 BGB n.F.

²² Hierzu kritisch *Eue* MittBayNot 1999, 282, 283 und *Basty* DNotZ 1999, 487, 489: Eine nach dem Musterentwurf abgefasste, offensichtlich als Bürgschaft nach MaBV gewollte Bürgschaft ist so zu verstehen, dass sie den typischen Inhalt einer MaBV-Bürgschaft hat.

²³ Nachdem dafür nun nicht mehr eine Auslegung des konkreten Textes, sondern der gesetzliche Inhalt der Bürgschaft maßgeblich ist, wird die Möglichkeit verschlossen, durch Einschränkung des Bürgschaftsinhalts die Gewährleistungsansprüche auszuklammern (so noch die Überlegungen von *Basty*, DNotZ 1999, 487, 490).

²⁴ *Basty*, Baurägervertrag, Rdnr. 337; *Schmenger* BWNotZ 1998, 79, 85.

²⁵ *Eue* MittBayNot 1999, 282, 283.

²⁶ *Basty* DNotZ 1999, 487, 490.

²⁷ *Speck*, MittRhNotK 1995, 117, 134, Fn. 208, *Dietrich*, MittBayNot 1992, 178; *Kutter*, Beck'sches Notarhandbuch, A II 81 im Anschluss an die Entscheidung vom 14.1.1999.

²⁸ So auch *Basty*, DNotZ 1999, 487, 488.

Treten dagegen Mängel erst (teilweise lange) nach Abnahme auf, ist die Beziehung zur ursprünglichen Erfüllungspflicht gelockert. Auch bei einer Zahlung nach Baufortschritt (§ 3 MaBV) hätte ein vertragstreuer Käufer vollständig gezahlt und dann auch keine weitergehende Sicherheit mehr³⁵. Wegen des zumindest grundsätzlich gewollten Gleichlaufs der beiden Sicherheitssysteme (§ 3 und § 7) der MaBV, ist es daher vorzugswürdig, aus der Bürgschaft Gewährleistungsansprüche auszuklammern, die erst *nach Abnahme* auftreten³⁶.

Es erscheint daher richtig, den Schutz der Bürgschaft nach § 7 MaBV auch auf diejenigen Gewährleistungsansprüche zu erstrecken, die spätestens mit Abnahme geltend gemacht werden („Protokollmängel“). Treten Mängel dagegen erst später auf, sind Ansprüche deswegen – genau wie bei § 3 MaBV – nicht mehr gesichert.

Dem Gleichlauf beider Sicherheiten widerspricht auch nicht, dass die Bürgschaft (in Höhe des vollen Kaufpreises), u.U. höhere Summen³⁷ sichern kann, als ein Rückbehalt der letzten Rate reichen würde³⁸: Entschiede man umgekehrt, würde eine Bürgschaft dem Käufer das gerade zu Ende der Bauphase wichtige Zurückbehaltungsrecht nehmen³⁹. Die höhere Sicherheit ist vielmehr ein Ersatz dafür, dass die Zahlung früher erfolgt ist⁴⁰.

³⁵ De lege ferenda weitergehend der „Baurechtliche Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“, wonach über die gesamte Gewährleistungsfrist noch eine Restbürgschaft aufrechterhalten werden soll, vgl. hierzu *Frank/Sorge*, MittBayNot 2001, 370 und *Sorge/Vollrath*, DNotZ 2001, 261, 270.

³⁶ Damit dürfte sich die in DNotZ 1999, 487, 489 f. von *Basty* geäußerte Befürchtung erübrigen, die Bürgschaft könne vor Ablauf der Gewährleistungsfristen nie zurückgefordert werden.

³⁷ Nachdem der primäre Anspruch auf Nachbesserung geht und die Wandelung grundsätzlich erst bei deren Fehlschlagen zulässig ist (§ 634 BGB), dürften sich die wirtschaftlichen Unterscheide im Regelfall in Grenzen halten. Auch im Falle des Rücktritts des Käufers bei Steckenbleiben des Baus bietet die Bürgschaft im Vergleich zu § 3 MaBV eine weitergehende Sicherheit für Rückzahlungsansprüche, obwohl ein Teil der Fertigstellungsansprüche eigentlich erfüllt ist.

³⁸ Zu der Streitfrage, ob die letzte Baufortschrittsrate erst nach Behebung der (geringfügigen) „Protokollmängel“ fällig wird, oder ob die Rate sofort fällig wird und dem Käufer nur ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, vgl. *Basty* Bauträgervertrag Rdnr. 295. Folgt man der Meinung von *Basty*, wäre der Erwerber bei dessen eingeschränktem Verständnis vom Schutzzumfang der Bürgschaft relativ schutzlos, da Zurückbehaltungsrechte durch die Bürgschaft auf keinen Fall gesichert wären und eine „Rückgewähr“ der Leistungen des Erwerbers nach vollständiger Erfüllung durch beide Seiten nicht mehr zum Sicherungsumfang gehörte.

³⁹ An dieser Stelle zeigt sich die Wechselwirkung des Umfangs der Bürgschaft zu anderen Fragen, z.B. ob eine Bürgschaft (nur) in Höhe der letzten Rate zulässig ist (hierzu verneinend die h.M., z.B. *Kutter*, Beck'sches Notarhandbuch A II 80; *Basty*, Bauträgervertrag Rdnr. 358; bejahend dagegen *Speck* MittRhNotK 1995, 117, 133 ff.). Neben Wortlautargumenten („für alle etwaigen Ansprüche“) dürfte in erster Linie gegen eine Bürgschaft in Höhe der letzten Rate sprechen, dass diese nicht dafür dienen soll, Zurückbehaltungsrechte zu unterlaufen. Muss dagegen der Bürge auch bei Gewährleistungsansprüchen Gelder zurückzahlen, wird diese Schwäche wieder ausgeglichen (ebenso *Speck* a.a.O., S. 137).

⁴⁰ Der umgekehrte Gedankengang findet sich bei *Basty*, DNotZ 1999, 487, 488 f.: und *ders.* Bauträgervertrag, Rdnr. 343: Ausgehend von seiner Meinung, die Bürgschaft sichere keine Gewährleistungsansprüche, äußert *Basty* Bedenken gegen die Zulässigkeit von Vorauszahlungsvereinbarungen nach dem AGBG (ebenso *Eue* MittBayNot 1999 282, 283 und *Sorge/Vollrath*, DNotZ 2001, 261, 263) und regt an, zu einer AGBG-konformen Gestaltung weitere Fertigstellungs- und Gewährleistungsbürgschaften zu vereinbaren.

Neben der Rückgewähr im Wege der Minderung und Wandelung⁴¹ dürften ferner auch Schadensersatzansprüche insoweit abgesichert sein⁴², als sie sich auf Rückgewähr der vergeblich gezahlten Summe beziehen⁴³. Dass auch Aufwendungen des Käufers zur Mängelbeseitigung abgesichert werden⁴⁴, erscheint im Hinblick auf den Wortlaut „Rückgewähr“ eher überraschend, ist aber auf die Konstruktion des BGB zurückzuführen, wonach in erster Linie Nachbesserung geschuldet ist, die über die Ersatzvornahme nach § 633 Abs. 3 BGB erzwungen werden kann. Wandelung und Minderung sind erst zulässig, wenn die Nachbesserung fehlschlägt (§ 634 BGB). Wirtschaftlich dürfte es auch keinen erheblichen Unterschied machen, ob der Käufer Ersatzvornahmekosten oder Minderung geltend macht, wenn sich der Minderwert in diesem Fall auch wieder normalerweise in den mutmaßlichen Mängelbeseitigungskosten ausdrückt⁴⁵. Dem BGH⁴⁶ ist auch hier zu folgen.

Prüft man das vorstehend entwickelte Ergebnis an den Entscheidungen des BGH, wurde im entschiedenen Fall bereits *vor Abnahme* die Minderfläche gerügt, im Fall der Entscheidung vom 14.1.1999 war eine *Abnahme* zu Lasten des Bauträgers zumindest *nicht bewiesen*⁴⁷. Das Ergebnis des BGH deckt sich also insoweit mit den gefundenen Ergebnissen.

V. Zusammenfassung

Bei der Bürgschaft können (aber müssen nicht) neben der unmittelbaren Bürgschaft ergänzende Sicherungsvereinbarungen über den Inhalt und den Umfang der Bürgschaftssicherheit getroffen werden.

Wird eine Bürgschaft gemäß § 7 MaBV gestellt, kann sich der Steller der Sicherheit – unabhängig davon, ob er selber Bauträger ist – nicht auf Sicherungsabreden berufen, die den Umfang der Sicherheit gegenüber dem in § 7 MaBV geforderten Umfang einschränken.

Von der Bürgschaft nach § 7 MaBV sind auch Ansprüche wegen eines mangelbedingten Minderwerts des Bauwerks umfasst, die spätestens mit Abnahme geltend gemacht werden („Protokollmängel“). Nicht gesichert werden dagegen Ansprüche wegen später auftretender Mängel oder weitergehender Mangelfolgeschäden. In diesem Rahmen ist eine Differenzierung zwischen den einzelnen Anspruchsgrundlagen (Wandelung, Minderung, Aufwendungsersatz oder Schadensersatz) nicht erforderlich.

⁴¹ Durch die Schuldrechtsreform tritt an Stelle der Wandelung der Rücktritt, §§ 634 Nr. 3 bzw. 437 Nr. 2 i.V.m. §§ 323 ff. BGB n.F.

⁴² Ebenso *Kutter*, Beck'sches Notarhandbuch A II 81.

⁴³ Auch nach § 326 BGB hat der Käufer die Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatz. Werden die erfolglosen Aufwendungen als Mindestschaden geltend gemacht (*Staudinger-Otto* [2001], § 325 BGB, Rdnr. 85) ist ebenfalls die Kaufpreistrückzahlung umfasst. Durch die Bürgschaft abgesichert werden dann allerdings nur die entsprechenden Teile des Anspruchs, nicht etwa Ansprüche auf weitergehende Verspätungs- oder Mangelfolgeschäden.

⁴⁴ So BGH vom 14.1.1999 a.a.O. (Fn. 20), zweifelnd *Kutter*, Beck'sches Notarhandbuch, A II 81.

⁴⁵ *Staudinger-Peters* (2000), § 634 Rdnr. 62.

⁴⁶ BGH DNotZ 1999, 482.

⁴⁷ BGH DNotZ 1999, 482, 486 (gekürzt), ausführlicher abgedruckt bei MittBayNot 1999, 279, 282.

Die ungenaue Bezeichnung des veräußerten Grundstücks im Veräußerungsvertrag

– zugleich Anmerkungen zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 17.4.2000 – 9 U 186/99 –

Von Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Neu-Ulm

Der Verfasser nimmt das Urteil des OLG Düsseldorf vom 17.4.2000 – 9 U 186/99 –² zum willkommenen Anlass, über die Problematik der ungenauen Bezeichnung des veräußerten Grundstücks im Veräußerungsvertrag nachzudenken. Diese Gelegenheit ist ihm „willkommen“, weil die Rechtsprechung zur ungenauen Bezeichnung einer veräußerten Teilfläche im Veräußerungsvertrag³ immer wieder zwar einerseits einen glücklichen Vertragspartner (oder besser: vermeintlichen Vertragspartner) hinterlässt, dem es gelungen ist, sich mit Hilfe dieser Rechtsprechungsgrundsätze von der unwillkommenen Bindung zu befreien, auf der anderen Seite aber einen frustrierten Kontrahenten, der sich auf den Vertrag verlassen hat, weil die dogmatische Herleitung für diese Verteilung von Glück und Frustration nicht überzeugt und weil das Urteil des OLG Düsseldorf ein Schritt zur eigentlich einfachen Wahrheit sein könnte.

1. a) Vorweg ist anzuerkennen, dass sich das OLG Düsseldorf – entgegen einer schon mehrfach kritisierten Tendenz vor allem obergerichtlicher Entscheidungen⁴ – nicht auf den bequemen Weg zurückgezogen hat, die Unwirksamkeit des Vertrages wegen eines offenen Dissenses⁵ festzustellen (der übrigens für die Beteiligten kaum „bequem“ gewesen wäre, weil er wohl auch die Rückabwicklung des am 12.4.1985 gleichzeitig geschlossenen Kaufvertrages nach sich gezogen hätte), sondern sich erfolgreich um eine Aufrechterhaltung des Vertrages bemüht hat.⁶ Dabei war sowohl die tatsächliche als auch die rechtliche Situation ziemlich vertrackt: Den Sachverhalt von allen anderen zu Zweifeln führenden Umständen befreit, hatte der Beklagte dem Kläger den Erwerb einer Grundstücksfläche angeboten, die später einvernehmlich festgelegt werden sollte („Der Erwerber – = Kläger – hat sich ... mit dem Veräußerer – = Beklagter – über die genaue Lage der ... Fläche abzustimmen“), der Kläger hatte das Angebot angenommen und eine Einigung über die Fläche kam nicht zustande. Auf den ersten Blick der einfache Fall eines offenen Dissenses nach § 154 BGB oder eines nicht abgeschlossenen Vertrages.⁷ § 154 Abs. 1 S. 1 BGB stellt aber fest, dass bei einem offenen Einigungsmangel der Vertrag nur „im Zweifel“ nicht geschlossen ist. Bei entsprechendem Bindungswillen der Vertragsschließenden (oder des Anbietenden) kann ein Vertrag (oder ein wirksames Angebot) auch bei einem offenen Einigungsmangel zustande kommen. Der Wille zur strikten Bindung bestand – wie das OLG Düsseldorf zu Recht feststellt – im konkreten Fall schon deshalb, weil das Angebot des Klägers ganz offensichtlich ein „Kompensa-

tionsgeschäft“ für den gleichzeitig geschlossenen Kaufvertrag zwischen Kläger und Beklagtem war.

Die offen gebliebene Lücke bezog sich allerdings auf ein „*essentialium negotii*“. Zwar unterscheidet der Wortlaut des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zwischen den „*essentialia*“ und den „*accidentalialia negotii*“⁸, aber nach allgemeiner Meinung⁹ kann ein Vertrag nicht zustande kommen, wenn noch ein „*essentialium*“ offen geblieben ist. Daran ist so viel richtig, dass ein Vertrag bei Offenbleiben eines „*essentialiums*“ auch bei striktestem Bindungswillen nur zustande kommen kann, wenn die Rechtsordnung Mittel zur Verfügung stellt, um diese Lücke zu schließen. (Im konkreten Fall hatten die Beteiligten die offensichtliche Lücke in dem Angebot nicht ernst genommen, weil sie – wie das OLG feststellt – aufgrund ihres bei Abgabe des Vertragsangebots und Abschluss des Kaufvertrages bestehenden Vertrauensverhältnisses ohne weiteres davon ausgingen, eine Abstimmung werde problemlos möglich sein).¹⁰

Das Mittel, die Lücke zu schließen, sieht das OLG Düsseldorf in § 316 BGB. Ob es gerechtfertigt war, § 316 BGB unmittelbar anzusteuern (von „analoger“ Anwendung spricht das Gericht nur, weil es sich nicht um einen Vertrag, sondern um ein Angebot gehandelt hat), scheint mir allerdings zweifelhaft, obwohl das Gericht die Interessenlage richtig darlegt: Der Satz „der Erwerber hat sich vor der Annahme mit dem Veräußerer über die genaue Lage der ... Wasserfläche abzustimmen“ und die Feststellung, dass der Veräußerer sich (nur noch) verpflichtet hat, „bei der Erklärung der Auflassung mit-

¹ MittBayNot 2002, 44 (in diesem Heft).

² MittBayNot 2002, 44 (in diesem Heft).

³ Grundlegend BGHZ 74, 116, 121; aus neuer Zeit BGH, DNotZ 2000, 121 = NJW – RR 1999 1030 mit krit. Stellungnahmen v. von Campe, DNotZ 2000, 109 und Kanzleiter, NJW 2000, 1919.

⁴ Vgl. die – unvollständige – Aufzählung DNotZ 1999, 52; der BGH zeigt diese Tendenz nur bei seiner Rechtsprechung über die Unwirksamkeit eines Vertrages wegen zu ungenauer Bezeichnung der veräußerten Teilfläche, s. Fn. 3.

⁵ Oder wegen fehlenden Vertragsabschlusses, s. Leenen, AcP 188 (1988), 381, 408 ff.; die Frage der dogmatischen Abgrenzung spielt für die erörterte Problematik keine Rolle.

⁶ S. auch BGH, NJW 1986, 2820, 2822; NJW – RR 1988, 970, 971.

⁷ Leenen, AcP 188 (1988), 381, 400 ff.; zum „logischen Dissens“, bei dem es begrifflich an einem Vertragsschluss fehlt, im Unterschied zum „Auslegungsdissens“ s. Diederichsen, einerseits FS zum 125-jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, 81, andererseits FS für Heinz Hübner, 1984, 421.

⁸ Anders § 78 E I zum BGB: „Solange die Vertragsschließenden über die nach dem Gesetze zum Wesen des zu schließenden Vertrages gehörenden Theile sich nicht geeinigt haben, ist der Vertrag nicht geschlossen. Das Gleiche gilt im Zweifel auch dann, wenn die nach der Erklärung auch nur eines der Vertragsschließenden außerdem zu vereinbarenden Bestimmungen noch nicht vereinbart sind, ...“ Der II. Kommission lagen 3 Alternativformulierungen als Änderungsanträge vor, darunter als Nr. 2 die Formulierung, auf der (mit sprachlichen Änderungen) § 154 S 1 BGB beruht. Die II. Kommission sah zwischen dem E I und den Alternativformulierungen keine sachlichen Unterschiede: „Die Komm. erklärte sich mit dem § 78 seinem sachlichen Inhalte nach einverstanden und übertrug der Red.Komm. die Würdigung der Anträge, welche lediglich als Fassungs-vorschläge angesehen wurden.“ (Vgl. Prot. II. Komm., I S. 74 f.).

⁹ S. nur Staudinger/Bork, BGB, Bearbeitung 1996, § 154 Rdnr. 3, 8 mit zahlr. Nachw.; Leenen AcP 188 (1988), 381, 411.

¹⁰ Vgl. auch BGH, NJW 1975, 1116; 1982, 2816.

zuwirken“, könnten für sich alleine genommen durchaus in dem Sinn verstanden werden, jedenfalls die Festlegung der „großen Linie“ sei Sache des Klägers, die des Beklagten vielleicht noch, Detailkorrekturen anzubringen. Und unter Einbeziehung des gleichzeitig geschlossenen Kaufvertrages kann man die Übertragung der Teilfläche vom Beklagten auf den Kläger als weitere „Gegenleistung“ ansehen. Im konkreten Fall scheint mir nach dem mitgeteilten Sachverhalt (und unter Berücksichtigung der Beweislast) eine solche Auslegung, die direkt zu § 316 BGB führt, trotzdem nicht naheliegend, eher die Annahme einer echten Lücke.

Dann könnte nur die ergänzende Vertragsauslegung zum Ziel führen, und das Gericht stellt auch als Hilfsbegründung zu Recht fest, die Anwendung des § 316 BGB entspreche zumindest dem mutmaßlichen Willen der Beteiligten.

Für das – richtige – Ergebnis spielt diese Unterscheidung aber keine Rolle, weil § 316 BGB als Teil des auslegenden Rechts in engem Zusammenhang mit der ergänzenden Vertragsauslegung steht,¹¹ und das Gleiche gilt deshalb auch für die Streitfrage, ob § 316 BGB entsprechend seinem Wortlaut nur eine Vermutung hinsichtlich der Person des Bestimmungsberechtigten enthält, wenn vorweg eine – wenn auch durch ergänzende Vertragsauslegung ermittelte – Bestimmungsbefugnis nach § 315 BGB getroffen wurde¹², oder ob § 316 BGB auch eine Vermutungsfunktion hinsichtlich des „ob“ der Unterwerfungsvereinbarung zukommt.¹³ Abhängig von der vertretenen Auffassung und dem Zutrauen in die Möglichkeiten der Auslegung kann dasselbe Ergebnis auf unterschiedlichen Wegen erreicht werden: Unmittelbar durch Auslegung, durch unmittelbare Anwendung des § 316 BGB, durch Ermittlung einer Bestimmungsbefugnis durch Auslegung und deren Übertragung auf den Kläger aufgrund § 316 BGB, unmittelbar durch *ergänzende* Auslegung oder durch Ermittlung einer Bestimmungsbefugnis durch *ergänzende* Auslegung und deren Übertragung auf den Kläger durch § 316 BGB.

Nach der m.E. wohl unumgänglichen Feststellung einer Lücke ist es notwendig, jedenfalls einen Teil der Kette durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen. Der ergänzenden Vertragsauslegung würde die Auffassung im Wege stehen, dass sie nur in Frage komme, wenn die Vertragsschließenden eine Regelung versehentlich unterlassen haben¹⁴. Diese Formulierung ist aber nie in ihrem allgemeinen Sinn verstanden worden;¹⁵ sie wurde gewählt, um einen Änderungsanspruch abzulehnen, wenn die Änderungsproblematik – bei der Vereinbarung einer Geschäftsführervergütung – ausdrücklich erörtert, dann aber von einer Änderungsvereinbarung absichtlich abgesehen wurde,¹⁶ so dass in diesem Fall die Nicht-Regelung eine negative Entscheidung bedeutet.¹⁷

Gewichtiger ist auch im konkreten Fall das Bedenken gegen die ergänzende Auslegung, dass dadurch nicht der Wille der Parteien durch den Willen des Gerichts ersetzt, nur der Wille

der Parteien weiter gedacht werden darf. Da diese allgemeine Problematik nicht näher erörtert werden kann, genügt der Hinweis, dass man sich bei der Lösung konkreter Fälle von diesem Grundsatz nie von einer für notwendig gehaltenen Vertragsergänzung abhalten ließ.

b) Erfreulich ist schließlich auch, dass sich das OLG Düsseldorf nicht mit der Frage beschäftigt (und aufhält), ob Kaufvertrag und Angebot deshalb formnichtig sein könnten, weil sie voneinander abhingen und diese Abhängigkeit in den beurkundeten Erklärungen nicht zum Ausdruck kam.¹⁸ Denn dabei handelt es sich (allerdings nur nach meiner Meinung) um ein Scheinproblem, weil diese Abhängigkeit gerade bei zeitgleichem Abschluss durch Auslegung aus den Umständen entnommen werden kann und dem auch die Andeutungstheorie nicht im Wege steht, weil zeitgleicher oder zeitnaher Abschluss oder wirtschaftlicher Zusammenhang Umstände sind, die man den Urkunden und den ihnen zugrunde liegenden Tatsachen entnehmen kann.

2. Vom konkreten Fall zum Allgemeinen führt die Feststellung, dass der Kläger mehr Wohlwollen durch die Gerichte erfahren hat, weil die Festlegung der verkauften Teilfläche ganz offen blieb, als er nach der Rechtsprechung hätte erwarten dürfen, wenn man sich um ihre Festlegung im Angebot schon unvollkommen bemüht hätte. Den Bindungswillen des Anbietenden im Angebot (wie ihn das OLG Düsseldorf zu Recht feststellt) oder der Vertragsteile im Veräußerungsvertrag unterstellt, würde der Vertragspartner, der durch die Erfüllungsverweigerung des anderen Vertragsteils in solchen Fällen enttäuscht wird, aber mindestens ein gleiches Maß an Bemühungen verdienen, um zu seinem Recht auf Vertragserfüllung zu kommen.

Die möglichen Varianten der Fallgestaltung sind doch gering: Wie jeder andere Punkt eines zu schließenden Vertrages kann auch die Bezeichnung des veräußerten Grundstücks offen geblieben sein: Möglich sind die folgenden Varianten des Dissenses, dass – Variante 1 – schon die Formulierungen von Angebot und Annahme differieren oder die Formulierung des Vertrages eine Lücke enthält oder – Variante 2 – die Formulierungen von Angebot und Annahme übereinstimmen oder im Vertrag eine gemeinsame Formulierung gewählt wird, aber diese Formulierungen doppeldeutig sind (bzw. die Formulierung doppeldeutig ist). Gleichgültig, ob den Beteiligten die Abweichung bewusst ist oder nicht, ist bei Bindungswillen der Beteiligten der Vertrag nur dann nicht zustande gekommen, wenn sich die Lücke nicht durch Auslegung, ergänzende Auslegung oder §§ 315 ff. BGB schließen lässt. Und formnichtig kann der Vertrag – unter Zugrundelegung der Andeutungstheorie – nur sein, wenn sich für das auf diesem Weg gefundene Ergebnis kein Anhaltspunkt in der Urkunde findet. In dem Fall, der der Grundsatzentscheidung BGHZ 74, 116 zugrunde lag, ist an dieser Andeutung kaum zu zweifeln: Das Kaufobjekt war als „Flurstücke 76/4 + 72/2 in einer Größe von ca. 1.600 m²“ bezeichnet, während das Grundstück Flurstücke 76/4 und 72/2 tatsächlich eine Größe von 3.300 m² hatte und daraus nur eine – völlig unstrittige – Teilfläche von ca. 1.600 m² verkauft werden sollte.

3. Zusammengefasst: Trotz Bindungswillens der Vertragsteile ist ein Vertrag bei ungenauer Bezeichnung des verkauften Grundstücks nur dann nicht geschlossen, wenn trotz Auslegung, ergänzender Auslegung und eventueller Anwendung der §§ 315 ff. BGB die Lücke oder die Divergenz verbleibt.

¹¹ Staudinger/Rieble, BGB, Bearbeitung 2001, § 316 Rdnr. 5.

¹² Staudinger/Rieble, a.a.O. (Fn. 11), Rdnr. 4.

¹³ BGH, NJW – RR 1988, 970, 971; Gernhuber, Schuldverhältnis, § 12 II 1 c; Jauernig/Vollkommer, BGB, 9. Aufl., § 316 Rdnr. 1; Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl., § 316 Rdnr. 1.

¹⁴ BGH, NJW 1965, 1960.

¹⁵ S. nur Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 157 Rdnr. 3; Staudinger/H. Roth, BGB, Bearbeitung 1996, § 157 Rdnr. 17.

¹⁶ S. den Fall BGH, NJW 1965, 1960; vgl. auch BGH, NJW 1985, 1835, 1836; 1990, 1723, 1724.

¹⁷ Auf diesen Unterschied stellt BGH, NJW 1975, 1116, 1117 ab; in BGH, NJW 1982, 2816 wird dieser Grundsatz vom 2. Zivilsenat, von dem die Formulierung stammte, gar nicht mehr erwähnt.

¹⁸ Vgl. OLG Hamm, Urt. vom 4.7.1996 – 22 U 116/95.

Und formnichtig sind die getroffenen Vereinbarungen nur, wenn bei ungenauer Bezeichnung des veräußerten Grundstücks die Grundsätze über die *falsa demonstratio* nicht helfen und sich – bei Zugrundelegung der Andeutungstheorie – keine Andeutung für das Gewollte in der Urkunde findet.

Besser wäre es freilich, wenn Entscheidungen zur auslegungs- oder gar ergänzungsbedürftigen Bezeichnung veräußerter Teilflächen gar nicht ergehen würden, wenn Fälle von vornherein vermieden würden, in denen ein Vertragsteil eine Chance darin sehen kann, den nachträglich als lästig erkann-

ten Vertrag mit dem Argument ungenauer Bezeichnung des Vertragsobjekts zu Fall zu bringen. Und Aufgabe des Notars ist es, dazu beizutragen, dass „Irrtümer und Zweifel“ (und damit auch unnötige Rechtsstreite) vermieden werden, bei der erörterten Frage durch die genaue Bezeichnung des Vertragsobjekts oder durch die ausdrückliche Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts.¹⁹

¹⁹ Vgl. von Campe, DNotZ 2000, 109.

Vollstreckbare Notarurkunden im europäischen Rechtsverkehr – Neue notarielle Zuständigkeiten nach der „Brüssel I“-Verordnung

Von Notarassessor Dr. Jens Fleischhauer, LL.M., Köln*

Am 1. März 2002 tritt die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 in Kraft, mit der das Brüsseler Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen von 1968 vergemeinschaftet wird. Nach Art. 57 der sogenannten „Brüssel I“-Verordnung sind vollstreckbare öffentliche Urkunden, die in einem Mitgliedstaat errichtet worden sind, in den anderen Mitgliedstaaten auf Antrag für vollstreckbar zu erklären. Der Beitrag geht den Möglichkeiten nach, die die Verordnung für den grenzüberschreitenden Einsatz von vollstreckbaren Notarurkunden eröffnet. Darüber hinaus soll ein Blick auf die sich bereits abzeichnende EU-Verordnung zu einem „Europäischen Vollstreckungstitel“ und auf den Stand der Verhandlungen zu einem weltweit geltenden Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und ausländische Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht geworfen werden.

I. Hintergrund

1. Die vollstreckbare Notarurkunde im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr

Im nationalen Zivil- und Zivilverfahrensrecht der meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft übernehmen notarielle vollstreckbare Urkunden die wichtige Funktion eines einfach und kostengünstig zu erlangenden Vollstreckungstitels für einverständlich übernommene Verpflichtungen.¹ Teils sind notarielle Urkunden bereits aus sich heraus vollstreckbar, teils bedarf es zusätzlich einer besonderen Erklärung des Schuldners. So sind die Urkunden französischer Notare sofort vollstreckbar, während nach deutschem Recht noch die Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung hinsichtlich der in der Urkunde bezeichneten Forderung hinzutreten muss. Gemeinsam ist den vollstreckbaren Notarurkunden kontinentaleuropäischer Prägung, dass der

Notar als Träger eines öffentlichen Amtes einer zunächst lediglich vertraglich oder durch einseitige Willenserklärung begründeten Forderung Vollstreckbarkeit gleich einer gerichtlichen Entscheidung verleiht. Diese hoheitliche Funktion leiten die Notare vom jeweiligen Mitgliedstaat ab, in dem sie zur Amtsausübung bestellt sind.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Nutzung notarieller vollstreckbarer Urkunden in jüngerer Zeit stark gefördert. Mit der Neufassung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO durch die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle² ist der Anwendungsbereich der Vorschrift – mit zwei Ausnahmen – auf alle Ansprüche erweitert worden, die auch Gegenstand eines Leistungsurteils sein können. Wesentliche Ziele der Novelle waren die Entlastung der staatlichen Gerichte und die Herstellung der Waffengleichheit zwischen den Inhabern von Geldleistungsforderungen und den Inhabern von sonstigen Ansprüchen. Ausweislich der amtlichen Begründung sichert die notarielle Urkunde mit dem Erfordernis der ausdrücklichen Vollstreckungsunterwerfung und durch die umfassenden Aufklärungs- und Belehrungspflichten des Notars in besonderer Weise den Verbraucherschutz.³

Keine vollstreckbaren Notarurkunden gibt es in England und den skandinavischen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft. Die in England anzutreffenden „notaries public“ sind nicht mit der Errichtung vollstreckbarer Urkunden betraut. Soweit die Urkunden englischer „notaries public“ in den Ländern mit lateinischem Notariat „anerkannt“ werden, beruht dies eher auf dem praktischen Bedürfnis eines funktionierenden Zivilrechts-

* Der Autor ist Geschäftsführer der Bundesnotarkammer mit den Arbeitsbereichen Europarecht und Internationales sowie Handels- und Gesellschaftsrecht. Der Beitrag gibt seine persönlichen Auffassungen wieder.

¹ Zum Thema jüngst Geimer, Internationale Durchsetzung vollstreckbarer Urkunden, in: Die vollstreckbare Urkunde (Wien 2002), S. 69; rechtsvergleichend Leutner, Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr, 1997; Droz, L'activité notariale internationale, Sonderdruck aus Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Band 280 (1999), Rdnr. 124 ff.; Berichte zu Thema III des XXIII. Internationalen Kongresses des Lateinischen Notariats 2001 in Athen: Die Freizügigkeit der notariellen Urkunde – ihre Wirkung als Rechtstitel im Rechtsverkehr; der Bericht von Geimer für das deutsche Notariat ist abrufbar unter http://www.bnotk.de/bnotk-service/publikationen/uinl-berichte/xxiii.kongress/berichte_de.htm.

² Art. 1 des Zweiten Gesetzes zur Änderung zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften vom 17. Dezember 1997, BGBl. I, S. 3039.

³ BT-Drucks. 13/341 vom 27.1.1995; dazu Wolfsteiner DNotZ 1999, 306; Münch ZNotP 1998, 474.

verkehrs. Nach der englischen Rechtsordnung sind die „notaries public“ nicht mit hoheitlichen Amtsbefugnissen ausgestattet, ihren Urkunden kommt nach englischem Recht keine der Wirkungen notarieller Urkunden auf dem Kontinent zu.⁴

2. Das Brüsseler Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (GVÜ)

Der Nutzen notarieller vollstreckbarer Urkunden auch für den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr in der Europäischen Gemeinschaft ist früh erkannt worden. Bereits im Brüsseler Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen von 1968 (GVÜ) wurde eine Rechtsgrundlage für die Vollstreckung von „öffentlichen Urkunden“ aus anderen Mitgliedstaaten geschaffen (Art. 50 GVÜ).⁵ Diese war erforderlich, weil die Vollstreckung ausländischer Titel nach bis heute geltendem Verständnis stets der Mitwirkung des Empfangsstaats bedarf. Vollstreckungstitel sind auch völkerrechtlich gesehen Akte hoheitlicher staatlicher Gewalt; die Vollstreckung in einem anderen Staat als dem der Errichtung des Titels ist völkerrechtlich verboten. Der Empfangsstaat muss die Vollstreckung aus ausländischen Titeln daher auf seinem Hoheitsgebiet ausdrücklich zulassen. Dies geschieht bislang durch eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung im Einzelfall (sog. „Exequatur“-Entscheidung). Das GVÜ ist als multinationales völkerrechtliches Übereinkommen in Erfüllung des Auftrags aus Art. 293 (früher Art. 220) EGV geschlossen worden. Neue EG-Mitgliedstaaten wurden daher nicht automatisch Vertragsstaaten des GVÜ, waren aber verpflichtet, Beitrittsverhandlungen aufzunehmen.⁶ Der Beitritt aller EG-Mitgliedstaaten zum GVÜ hatte zur Folge, dass auf dem Kontinent errichtete Notarurkunden auch in den Ländern vollstreckt werden konnten, deren Rechtsordnungen selbst nicht darüber verfügen (wie England und die skandinavischen Staaten).⁷

Als sich die Gemeinschaft gegen Ende der 1980er Jahre das Ziel der Schaffung eines echten Binnenmarktes setzte, wurde schnell klar, dass es nicht genügen würde, die tatsächlichen und rechtlichen Schranken für den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr und die Mobilität der Personen zu überwinden. Ebenso würde es erforderlich sein, den Unternehmen und Privatpersonen einen sicheren rechtlichen Rahmen für ihre Aktivitäten und effiziente Möglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Rechte zu bieten. In der Praxis bestehen hier insbesondere bei der Vollstreckung von Titeln in anderen Mitgliedstaaten Probleme. Es ist schwierig genug, einen Titel gegen einen ausländischen Schuldner zu erstreiten. Selbst wenn es dem Gläubiger gelingt, in einem Mitgliedstaat einen Vollstreckungstitel gegen seinen Schuldner zu erlangen, so ist keines-

wegs sicher, dass dieser auch über Vermögen im Inland verfügt bzw. dieses nicht rechtzeitig in einen anderen Mitgliedstaat verschiebt. Beim Wettlauf zwischen der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung seines Titels und der Weiterverchiebung des Vermögens in einen dritten Mitgliedstaat zieht der Gläubiger in der Regel den kürzeren. Die Beschleunigung der gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung von Titeln kann daher einen wichtigen Beitrag zur Verwirklichung des Binnenmarktes leisten.

3. Die Maßnahmen der Europäischen Union

Im Vertrag von Maastricht 1992 wurde der Politikbereich „Justiz und Inneres“ in den Vertrag über die Europäische Union aufgenommen, allerdings zunächst nur als Aufgabe der intergouvernementalen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten (sog. „dritte Säule“). Diese ging relativ schleppend vor sich. Erst mit der Reform des EG-Vertrages durch den Vertrag von Amsterdam 1997 leiteten die Mitgliedstaaten einen Quantensprung für diesen Politikbereich ein. Der Vertrag von Amsterdam überführte wesentliche Teile der Politikbereiche „Justiz und Inneres“ von der dritten Säule in die erste Säule des EU-Vertrages und damit in die Zuständigkeit der Gemeinschaft (vgl. Art. 61 bis 69 EGV i.d.F. von Amsterdam). Zu den vergemeinschafteten Politikbereichen gehört auch die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. 61 Buchst. c) i.V.m. Art. 65 EGV). Zum schrittweisen Aufbau eines europäischen Raums des Rechts kann der Rat danach Maßnahmen zur Verbesserung und Vereinfachung des Zivilverfahrensrechts (grenzüberschreitende Zustellung, Beweiserhebung, Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen), zur Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und zur Beseitigung der Hindernisse für eine reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren treffen. Die Vergemeinschaftung der justiziellen Zusammenarbeit hat zur Folge, dass Rat und Parlament auf Vorschlag der Kommission Richtlinien und Verordnungen erlassen können. Richtlinien sind von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen, Verordnungen sind unmittelbar anwendbares Recht in den Mitgliedstaaten. Der langwierigen Verhandlung und Verabschiedung von Übereinkommen im völkerrechtlichen Sinne zwischen den Mitgliedstaaten bedarf es in den von Art. 61 EGV erfassten Bereichen nicht mehr.⁸

Auf dem Sondergipfel der Staats- und Regierungschefs zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts am 15. und 16. Oktober 1999 im finnischen Tampere schließlich konkretisierten die Mitgliedstaaten das Arbeitsprogramm der Gemeinschaft im Bereich der Justiz. Als wesentliche Ziele wurden die verbesserte gegenseitige Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen und Urteilen, der Abbau von Zwischenmaßnahmen bei der Anerkennung und Vollstreckung und als Fernziel die Schaffung eines Europäischen Vollstreckungstitels formuliert.⁹

Seitdem wurde und wird in schneller Folge eine große Zahl von Rechtsakten im Bereich des Zivilverfahrensrechts verab-

⁴ *Ready*, Notarius International 1997, 63, 66; ausführlich zu den englischen Notaren *Claudet*, notar 2002, 97; *Clancy*, Notarius International 2000, 102; *Clancy/Brunner*, NZ 1997, 349; zu ihrer Bedeutung im englischen Rechtssystem *Shaw*, AnwBl. 1998, 264.

⁵ BGBl. 1972 II, S. 774 mit späteren Änderungen, konsolidierte Fassung veröffentlicht in EG-ABl. C 27/1 vom 26.1.1998.

⁶ Beitrittsübereinkommen mit Dänemark, Irland, Vereinigtem Königreich vom 9.10.1978, BGBl. 1983 II, S. 803; mit Griechenland vom 25.10.1982, BGBl. 1988 II, S. 453; mit Spanien und Portugal vom 26.5.1989, BGBl. II 1994, S. 518 sowie mit Österreich, Finnland und Schweden, BGBl. 1998 II, S. 1411. Daneben steht das sog. Lugerer Parallelübereinkommen vom 16.9.1988 den Mitgliedstaaten der EFTA und der EU zur Zeichnung offen, BGBl. 1994 II, S. 2660. Es gilt für Deutschland im Verhältnis zu Norwegen, Island, der Schweiz und auch Polen.

⁷ Für England *Ready*, Notarius International 1997, 63, 66; *Clancy/Brunner*, NZ 1997, 349, 353.

⁸ Zu Chancen und Risiken der Europäisierung des Zivilverfahrensrechts siehe *Heß*, NJW 2000, 23 sowie IPRax 2001, 389.

⁹ Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Tampere am 15. und 16. Oktober 1999, Teil VI., Ziffern 33, 34 und 37, NJW 2000, 1925; vgl. dazu die Wiener Beschlüsse der Konferenz der Notariate in der Europäischen Union (CNUE), ZNotP 2000, 489 und 2001, 23, 101. Siehe außerdem das Maßnahmenprogramm des Rates zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30.11.2000, EG-ABl. C 12/1 vom 15.1.2001.

schiedet.¹⁰ Für die grenzüberschreitende Verwendung vollstreckbarer Notarurkunden hat von diesen die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 die größte Bedeutung.¹¹ Daneben enthält auch die sogenannte „Brüssel II“-Verordnung (EG) Nr. 1347/2000¹² Regelungen zum Einsatz vollstreckbarer Urkunden speziell im Bereich der Ehe- und Kindschaftssachen.

II. Die „Brüssel I“-Verordnung VO (EG) Nr. 44/2001

1. Rechtsnatur und Regelungsstruktur

Die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 enthält unmittelbar anwendbares EG-Recht, das in den Mitgliedstaaten am 1. März 2002 in Kraft tritt, ohne dass es einer Umsetzung in nationales Recht bedürfte (vgl. Art. 249 Abs. 2 EGV). Erforderlich sind allerdings nationale Durchführungsbestimmungen, mit denen das EG-Recht in die weiterhin noch sehr unterschiedlichen Zivilverfahrensordnungen der Mitgliedstaaten eingepasst wird. Die deutschen Durchführungsbestimmungen sind im sog. Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz (AVAG) zu finden (dazu unten II.3.). Die Verordnung ersetzt im Verhältnis der EG-Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Dänemark das GVÜ. Da Dänemark sich an der Annahme der Verordnung nicht beteiligt hat, gilt im Verhältnis zu diesem Mitgliedstaat weiterhin das GVÜ.¹³ In zeitlicher Hinsicht gilt

die Verordnung für alle Entscheidungen und öffentliche Urkunden, die nach ihrem In-Kraft-Treten ergehen bzw. errichtet werden (Art. 70 Abs. 2 VO).

Die Verordnung übernimmt die besondere Struktur einer „convention double“, die das GVÜ ausgezeichnet hat. Die Besonderheit liegt in der Verknüpfung einheitlich geltender Regeln der internationalen Zuständigkeit mit Regeln der gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung. Dabei findet im Stadium der Anerkennung grundsätzlich keine Prüfung der Zuständigkeit des Erstgerichts mehr statt, wodurch ein wesentliches Anerkennungshindernis früherer bilateraler Abkommen entfallen ist.

Die Verordnung umfasst acht Kapitel. Kapitel I (Art. 1) betrifft ihren Anwendungsbereich. Kapitel II (Art. 2 bis 31) regelt die gerichtliche (Entscheidungs-)Zuständigkeit, Kapitel III (Art. 32 bis 56) die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen und Kapitel IV (Art. 57 und 58) öffentliche Urkunden und Prozessvergleiche. Kapitel V bis VIII schließlich enthalten allgemeine Vorschriften, Übergangsvorschriften, Regeln zum Verhältnis der Verordnung zu anderen Rechtsinstrumenten und Schlussvorschriften (Art. 59 bis 76).

Der sachliche Anwendungsbereich der Verordnung entspricht dem des GVÜ. Sie gilt in Zivil- und Handelssachen, ohne dass es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt. Nicht anzuwenden ist die Verordnung auf Steuer-, Zoll- und Verwaltungssachen sowie auf den Personenstand, die Rechts- und Handlungsfähigkeit und die gesetzliche Vertretung von natürlichen Personen, die ehelichen Güterstände und das Gebiet des Erbrechts einschließlich des Testamentsrechts. Ebenfalls ausgenommen sind Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren, die soziale Sicherheit sowie die Schiedsgerichtsbarkeit (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 VO). Der allgemeine Gerichtsstand (Wohnsitz des Beklagten) wurde unverändert übernommen (Art. 2 VO). Wesentliche Änderungen haben sich bei der Bestimmung des „Wohnsitzes“ von Gesellschaften und juristischen Personen für die Anwendung der Verordnung ergeben. Nach Art. 2 i.V.m. Art. 60 VO können diese am Ort ihres satzungsmäßigen Sitzes, ihrer Hauptverwaltung oder ihrer Hauptniederlassung verklagt werden. Ebenfalls geändert und stärker auf das jeweils einschlägige Gemeinschaftsrecht abgestimmt wurden die Zuständigkeitsregeln bei Ansprüchen aus Verträgen, in Versicherungssachen, Verbrauchersachen und für arbeitsrechtliche Streitigkeiten (Art. 5, 8 ff., 15 ff. und 18 ff. VO).¹⁴

Entsprechend der Vorgaben von Tampere ist das Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren für gerichtliche Entscheidungen vereinfacht worden, wenn auch nicht in dem Maße wie ursprünglich von der Europäischen Kommission vorgeschlagen. So wurde weder eine automatische Anerkennung aller Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten ohne Versagungsgründe eingeführt¹⁵ noch das Erfordernis einer Exequatursentscheidung des Empfangsstaats ganz abgeschafft. Offenbar hat die Kommission das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre Justiz oder auch nur den Grad der Uniformität der Justizverfahren überschätzt.¹⁶ Immerhin bedarf es für die Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat ergangenen Entscheidung keines besonderen Verfahrens, die Anerkennung erfolgt vielmehr wie schon nach dem GVÜ von

¹⁰ VO (EG) des Rates Nr. 44/2001 vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; VO (EG) des Rates Nr. 1346/2000 vom 30.6.2000 über Insolvenzverfahren, EG-ABl. L 160/1 vom 30.6.2000; VO (EG) des Rates Nr. 1347/2000 vom 29.5.2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten; VO (EG) Nr. 1348/2000 des Rates über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen, EG-ABl. L 160/37 vom 30.6.2000; VO (EG) Nr. 1206/2001 des Rates über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- und Handelssachen, EG-ABl. L 174/1 vom 27.6.2001; Entscheidung des Rates 2001/470/EG über die Einrichtung eines Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen; derzeit werden Vorschläge für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über die elterliche Verantwortung, KOM(2001)505 endg., sowie für eine Verordnung des Rates über die gegenseitige Vollstreckung von Entscheidungen über das Umgangsrecht, EG-ABl. C 234/7 vom 15.8.2000, geprüft.

¹¹ EG-ABl. L 12/1 vom 16.1.2001. Das geltende Gemeinschaftsrecht und die Vorschläge der Kommission für Rechtsakte können über das Portal <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html> abgerufen werden. Hilfreich ist auch der Server der GD Justiz und Inneres: http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil_de.htm.

¹² EG-ABl. L 160/19 vom 30.6.2000. Das zuvor vom Rat erarbeitete und den Mitgliedstaaten zur Ratifizierung empfohlene EG-Übereinkommen vom 28.5.1998 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen, EG-ABl. 1998 C 221/1 wurde dadurch „überholt“. Nach Art. 13 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1347/2000 werden öffentliche Urkunden unter denselben Bedingungen wie gerichtliche Entscheidungen anerkannt und für vollstreckbar erklärt. Fraglich ist, ob der Anwendungsbereich der Verordnung neben der Scheidung und der elterlichen Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten auch die Scheidungsfolgen umfasst, die typischerweise zu notarieller vollstreckbarer Urkunde geregelt werden. Dafür *Geimer*, IPRax 2000, 366, 368; dagegen *Schack*, RabelsZ 65 (2001), S. 615, 627; *Wagner*, IPRax 2001, 73, 76.

¹³ Siehe Art. 1 Abs. 3 sowie den 21. und 22. Erwägungsgrund der Verordnung. Ebenso wie das Vereinigte Königreich und Irland unterliegt Dänemark nach Art. 69 EGV nicht den Bestimmungen des Titels IV des EGV. Das Vereinigte Königreich und Irland haben sich der Verordnung aber freiwillig angeschlossen (vgl. den 20. Erwägungsgrund).

¹⁴ Im Einzelnen *Micklitz/Rott*, EuZW 2001, 325, 327 ff.

¹⁵ So der Vorschlag der Kommission KOM(1999) 348 endg., EG-ABl. C 376/1 vom 28.12.1999; *Wagner*, IPRax 1998, 241, 244.

¹⁶ Siehe *Micklitz/Rott*, EuZW 2002, 15, 17 m.w.N.

Rechts wegen (Art. 33 Abs. 2 VO). Die Anerkennung soll im Normalfall nur inzident geprüft werden, also falls es in einem späteren Rechtsstreit auf die Anerkennung der fraglichen Entscheidung ankommt (Art. 33 Abs. 3 VO). Daneben gibt es noch die Möglichkeit einer (positiven) Feststellungsklage über die Anerkennungsfähigkeit einer Entscheidung (Art. 33 Abs. 2 VO). Die Anerkennung führt dazu, dass die Entscheidung im Anerkennungsstaat dieselben Wirkungen entfaltet wie im Ursprungsstaat (Wirkungserstreckung). Anerkennungshindernisse sind „offensichtliche“ Verstöße gegen den ordre public des Empfangsstaates, die Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beklagten im erstgerichtlichen Verfahren, die Unvereinbarkeit mit einer früher zwischen den Beteiligten im Empfangsstaat oder in einem anderen Mitgliedstaat oder Drittstaat ergangenen Entscheidung, letztere, wenn sie im Empfangsstaat anzuerkennen wäre (Art. 34 VO).¹⁷ Außerdem führt die Verletzung der besonderen und der ausschließlichen Gerichtsstände der Verordnung zur Versagung der Anerkennung (Art. 35 Abs. 1 VO). Die Anerkennungsversagungsgründe sind (inzident) von Amts wegen zu prüfen, einer Geltendmachung durch den Schuldner bedarf es nicht.¹⁸ Die Entscheidung darf jedoch nicht in der Sache selbst nachgeprüft werden (Verbot der „révision au fond“, Art. 36).¹⁹

Das Verfahren der Vollstreckbarerklärung von Entscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten knüpft an die Anerkennung an. Hier bedarf es noch der Vollstreckbarerklärung („Exequatur“) durch ein Gericht oder eine sonst befugte Stelle, bevor die Zwangsvollstreckung im Empfangsstaat betrieben werden kann (Art. 38 VO). Die Entscheidung muss im Ursprungsstaat vollstreckbar sein.²⁰ Wie schon im GVÜ ist das Verfahren als einseitiges Verfahren auf Antrag des Gläubigers und ohne Anhörung des Schuldners ausgestaltet.²¹ Neu an dem Verfahren ist, dass die Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung ohne Prüfung der Anerkennungsversagungsgründe der Art. 34 und 35 VO erfolgt (Art. 41 VO).²² Geprüft werden nur die formalen Voraussetzungen für die Erteilung des Exequatur nach der Verordnung, d.h. die Vorlage bestimmter Unterlagen (Art. 41 i.V. mit Art. 53 VO). Erst wenn die Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung ergangen ist, wird der Schuldner hierüber durch Zustellung informiert (Art. 42 Abs. 2 VO). Er hat jetzt die Möglichkeit, einen Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung einzulegen;²³ in dem sich anschließenden Verfahren werden beide Parteien gehört (Art. 43 Abs. 1 und 3 VO). Das zunächst einseitig vom Gläubiger betriebene Verfahren der Klauselerteilung wird somit als kontradiktorisches Verfahren fortgesetzt. Gegen die Entscheidung über den Rechtsbehelf ist lediglich ein weiterer Rechtsbehelf gegeben

(Art. 44 VO).²⁴ Im Rechtsbehelfsverfahren prüft das Gericht die Anerkennungsversagungsgründe der Art. 34 und 35 VO. Es darf sich für die Versagung oder Aufhebung der Vollstreckbarerklärung nur auf einen dieser Anerkennungsversagungsgründe stützen. Insgesamt, so ist zu hoffen, wird dieses in der ersten Instanz stark formalisierte Exequaturverfahren schneller zur Vollstreckung ausländischer Titel führen.

2. Öffentliche Urkunden

Nach Art. 57 Abs. 1 VO werden „öffentliche Urkunden, die in einem Mitgliedstaat aufgenommen und vollstreckbar sind, in einem anderen Mitgliedstaat auf Antrag in dem Verfahren nach den Art. 38 ff. für vollstreckbar erklärt“.

Die Verordnung spricht nicht speziell von notariellen vollstreckbaren Urkunden, sondern allgemeiner von „öffentlichen Urkunden“. Darin klingt der Begriff des „acte authentique“ nach, der in der französischen Rechtsterminologie für Notarurkunden gebräuchlich ist. Der Sache nach meint Art. 57 VO wie schon Art. 50 GVÜ in erster Linie die von Notaren errichteten öffentlichen Urkunden. Die sechs ursprünglichen Vertragsstaaten des GVÜ im Jahre 1968 verfügten sämtlich über vollstreckbare Notarurkunden und hatten in bilateralen Vollstreckungsabkommen auch bereits gegenseitig deren grenzüberschreitende Verwendbarkeit vereinbart.²⁵ Auf diesen „acquis“ konnte das GVÜ aufbauen. Präzisiert wurde der europäische Begriff der öffentlichen Urkunde im *Jenard/Möller*-Bericht zum Luganer Parallelübereinkommen²⁶ und durch den EuGH im Unibank-Urteil vom 17. Juni 1999.²⁷ Diese zu Art. 50 GVÜ entwickelten Grundsätze gelten für Art. 57 VO unverändert fort.

In der Unibank-Entscheidung stellt der EuGH unter Bezugnahme auf den *Jenard/Möller*-Bericht drei Voraussetzungen für die öffentliche Urkunde auf: Die Beurkundung muss von einer öffentlichen Stelle vorgenommen sein, sie muss sich auf den Inhalt der Urkunde beziehen und die Urkunde muss im Ursprungsstaat als solche vollstreckbar sein. Die Begründung für diese strengen Kriterien liegt darin, dass die Beweiskraft der Urkunden so unbestreitbar sein müsse, dass sich die Gerichte des Vollstreckungsstaats hierauf in gleicher Weise wie bei Gerichtsurteilen verlassen können.²⁸ Nach Auffassung des Generalanwalts rechtfertigt sich die Gleichstellung von Urkunden mit Gerichtsurteilen im GVÜ dadurch, „dass die öffentliche Urkunde das Ergebnis der geistigen und bewertenden Tätigkeit einer öffentlich bestellten Urkundsperson und damit (...) eine Emanation der öffentlichen Gewalt ist“.²⁹ Wie bei Urteilen von staatlichen Gerichten müsse auch bei vollstreckbaren Urkunden aufgrund der Mitwirkung einer eigens

¹⁷ Entfallen ist der Versagungsgrund des Art. 27 Nr. 4 GVÜ (Widerspruch der Entscheidung zum IPR des Empfangsstaats).

¹⁸ *Micklitz/Rott*, EuZW 2002, 15, 17 unter Verweis auf die zum GVÜ vertretene Auffassung, *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 1999, vor Art. 26 GVÜ, Rdnr. 6.

¹⁹ Im Einzelnen zu den Anerkennungsversagungsgründen *Micklitz/Rott*, EuZW 2002, 15, 17 ff.

²⁰ Vorläufige Vollstreckbarkeit reicht aus.

²¹ Der Antrag ist in Deutschland an den Vorsitzenden einer Kammer des örtlich zuständigen Landgerichts zu richten (Art. 39 Abs. 1 i.V. mit Anhang II der VO). Örtlich zuständig ist das Gericht am Wohnsitz des Schuldners oder am Ort, an dem die Zwangsvollstreckung stattfinden soll (Art. 39 Abs. 2 VO).

²² Vgl. demgegenüber Art. 34 Abs. 2 i.V. mit Art. 27, 28 GVÜ.

²³ Zuständig hierfür ist in Deutschland das Oberlandesgericht (Art. 43 Abs. 2 i.V. mit Anhang III der VO), richtiger Rechtsbehelf ist die Beschwerde (§ 11 Abs. 1 AVAG). Wird der Antrag auf Vollstreckbarerklärung abgewiesen, steht der gleiche Rechtsbehelf dem Gläubiger zu.

²⁴ In Deutschland die Rechtsbeschwerde (Art. 44 i.V. mit Anhang IV der VO) zum Bundesgerichtshof (§ 16 Abs. 1 AVAG).

²⁵ *Jenard*-Bericht zum GVÜ, EG-ABl. 1979 C 59/1, auch abgedruckt bei *Bülow/Böckstiegel/Geimer/Schütze*, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 3. Aufl., 601. Eine Ausnahme bildete insofern das deutsch-italienische Abkommen.

²⁶ EG-ABl. C 189/57, 88 vom 28.7.1990. Art. 50 GVÜ erhielt durch das Dritte Beitrittsübereinkommen vom 26.5.1989 den gleichen Wortlaut wie Art. 50 des Luganer Parallelübereinkommens.

²⁷ EuGH, Urteil vom 17.6.1999, Rs. C-260/97 (Unibank), Slg. 1999, I-3715 = DNotZ 1999, 919 (m. Anm. *Fleischhauer* 925) = IPRax 2000, 409 (m. Aufs. *Geimer* 366) = EWS 1999, 268; ferner *Dietze/Schnichels*, EuZW 2000, 521, 526; *Droz*, L'activité notariale internationale, Sonderdruck aus Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Band 280 (1999), Rdnr. 130.

²⁸ EuGH, Urteil vom 17.6.1999, Rs. C-260/97, Rdnr. 15, 17.

²⁹ Schlussanträge des Generalanwalts *La Pergola* vom 2.2.1999, auszugsweise abgedruckt in DNotZ 1999, 922, 923.

hierfür öffentlich bestellten und entsprechend juristisch qualifizierten Urkundsperson eine Vermutung für die Richtigkeit der Urkunde nach Form und Inhalt sprechen. Keine öffentlichen Urkunden sind demnach Privaturkunden, reine Unterschriftsbeglaubigungen und Urkunden, die nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaats nicht ohne weitere Verfahrensschritte vollstreckbar sind.³⁰ Die von Notaren lateinischen Typs in den Mitgliedstaaten des europäischen Kontinents errichteten vollstreckbaren Urkunden erfüllen die genannten Voraussetzungen und sind daher als „öffentliche Urkunden“ im Sinne von Art. 57 VO zu qualifizieren.³¹ Ihnen gleichgestellt sind die vor Verwaltungsbehörden geschlossenen oder von solchen beurkundeten Unterhaltsvereinbarungen oder -verpflichtungen (Art. 57 Abs. 2 VO) sowie gerichtlich geschlossene Prozessvergleiche (Art. 58 VO).³²

Zu beachten ist, dass es nach der Verordnung keine „Anerkennung“ von notariellen Urkunden aus anderen Mitgliedstaaten gibt, sondern ausschließlich deren Vollstreckung. Anerkennung bedeutet die Erstreckung der Wirkungen eines Titels auf das Inland. Öffentlichen Urkunden fehlt es jedoch an anerkennungsfähigen Wirkungen im Sinne der Verordnung. Anders als Gerichtsurteile erwachsen Urkunden nicht in Rechtskraft und haben weder Gestaltungs- noch Präklusionswirkung.³³

Die Vollstreckbarerklärung ist nach Art. 57 Abs. 1 Satz 1 VO auf Antrag zu erteilen. Dabei wird von Amts wegen nur geprüft, ob der vorgelegte Titel eine öffentliche Urkunde im Sinne der Verordnung ist und ob die formellen Voraussetzungen der Art. 57 Abs. 1 und 4 i. V. mit Art. 38 ff. VO erfüllt sind. Materielle Versagungsgründe werden in diesem Stadium nicht geprüft, der Schuldner wird nicht gehört. Zuständig für die Erteilung des Exequatur ist gemäß Art. 57 Abs. 1 i. V. mit Art. 39 Abs. 1 VO das Gericht oder die sonst befugte Stelle,

die der betreffende Mitgliedstaat in Anhang II zur VO mitgeteilt hat. Sonstige Stelle kann auch ein Notar sein. Dies zu entscheiden ist Sache der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 74 Abs. 1 VO). Das Rechtsbehelfsverfahren folgt den Regeln der Art. 43 ff. VO für gerichtliche Entscheidungen.

Im Rechtsbehelfsverfahren kann die Vollstreckbarerklärung lediglich deswegen versagt oder aufgehoben werden, dass „die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde der öffentlichen Ordnung (ordre public) des Vollstreckungsmitgliedstaats offensichtlich widersprechen würde“. Anders als bei der Vollstreckung aus einer gerichtlichen Entscheidung sind daher die weiteren Versagungsgründe der Art. 34 und 35 VO nicht zu prüfen. Das liegt zum einen daran, dass einzelne Versagungsgründe auf Urkunden schlicht nicht passen. Zum anderen beruht die vollstreckbare Urkunde stets auf dem freiwillig und ausdrücklich erklärten Einverständnis des Schuldners mit der Zwangsvollstreckung in sein Vermögen. Dieser Umstand rechtfertigt den weitgehenden Verzicht auf die Überprüfung des Inhalts und des Zustandekommens des Vollstreckungstitels.³⁴ Das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten in die Funktionsfähigkeit des (notariellen) Beurkundungsverfahrens ist demnach weiter entwickelt als das gegenseitige Vertrauen in die Justizbehörden, das der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von gerichtlichen Entscheidungen zugrunde liegt.³⁵

3. Neue notarielle Zuständigkeiten nach dem AVAG

Der deutsche Gesetzgeber hat die Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 44/2001 an gewohnter Stelle im Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz (AVAG)³⁶ erlassen. Dazu wurde u. a. Abschnitt 6 mit den §§ 55 und 56 AVAG neu eingefügt sowie § 148 a Abs. 3 KostO ergänzt. Die Neufassung des AVAG tritt zusammen mit der Verordnung am 1. März 2002 in Kraft. Entsprechend der in der Verordnung vorgesehenen Möglichkeiten hat der deutsche Gesetzgeber mit dem AVAG folgende neue notarielle Zuständigkeiten zur Erleichterung des europäischen Zivilrechtsverkehrs geschaffen.

a) Vollstreckbarerklärung ausländischer Notarurkunden durch deutsche Notare – europäisches Notarregister

§ 55 Abs. 3 AVAG begründet eine konkurrierende Zuständigkeit des Notars für die Vollstreckbarerklärung notarieller Urkunden aus anderen EU-Mitgliedstaaten. Die Vorschriften für das Verfahren der Vollstreckbarerklärung durch ein Gericht gelten dafür sinngemäß. Die Gesetzesbegründung führt dazu aus, dass durch die Einbindung der Notare eine Verfahrensbeschleunigung und Entlastung der Gerichte bezweckt werde.³⁷ In der Tat rückt durch die Zuständigkeitsübertragung auf die Notare das Ziel der Verordnung näher, ein zügiges Verfahren der Vollstreckbarerklärung auch von öffentlichen Urkunden zu gewährleisten. Notare haben in ihrer täglichen Praxis mit den Besonderheiten vollstreckbarer Urkunden zu tun. Die Zusammenarbeit der europäischen Notare erschließt Informationsquellen zum ausländischen Notar- und Verfahrensrecht, das bei der Durchführung der Verordnung zu beachten bleibt. Beispielsweise wird die Konferenz der Notariate in der Europäischen Union (CNUE) in Kürze ein **elektronisches Notarregister im Internet** zur Verfügung stellen, mit dessen Hilfe jeder Notar u. a. prüfen kann, ob eine ihm vorgelegte Ur-

³⁰ Geimer IPRax 2000, 366, 367; ausführlich Leutner, Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr (1997), S. 43 ff.; weitere rechtsvergleichende Hinweise bei Geimer DNotZ 1975, 461, 463 Fn. 5; Schütze DNotZ 1992, 66, 79; Fleischhauer DNotZ 1999, 925, 929 f. (auch zum Anwaltsvergleich nach § 794 Abs. 1 Nr. 4b ZPO); Droz, L'activité notariale internationale, Sonderdruck aus Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Band 280 (1999), Rdnr. 129 f.

³¹ Missverständlich insofern Micklitz/Rott, EuZW 2002, 15, 23. Die dort zitierten Änderungsanträge des Parlaments zielten nicht auf eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der VO auf notarielle Urkunden, sondern nur auf die Klarstellung, dass Notare als „sonst befugte Stelle“ (zuvor: „zuständige Behörde“) nach Maßgabe des mitgliedstaatlichen Rechts für die Vollstreckbarerklärung von notariellen Urkunden zuständig sein können. Trotz der Zustimmung der Kommission, aus deren Sicht die Bezeichnung „Behörde“ Notare bereits einschließt, ist diese Klarstellung vom Rat nicht übernommen worden. Siehe geänderten Vorschlag der Kommission vom 26.10.2000, KOM(2000)689 endgültig, S. 3.

³² Hingegen fallen in alternativen Streitschlichtungssystemen erzielte Vergleiche nicht unter die Verordnung. Die Kommission hat die Übernahme eines entsprechenden Änderungsantrags des Parlaments abgelehnt. Ein im Rahmen einer außergerichtlichen Streitschlichtung erzielter Vergleich könne der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde nicht gleichgestellt werden mangels Beteiligung einer Urkundsperson mit Hoheitsbefugnissen. Siehe geänderten Vorschlag der Kommission vom 26.10.2000, KOM(2000)689 endgültig, S. 7 f.

³³ Droz, L'activité notariale internationale, Sonderdruck aus Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Band 280 (1999), Rdnr. 135; Geimer, Internationale Durchsetzung vollstreckbarer Urkunden, in: Die vollstreckbare Urkunde (Wien 2002), S. 69, 71. Folgerichtig ist der Änderungsvorschlag des Parlaments nicht realisiert worden, der in Art. 57 Abs. 1 (zuvor Art. 54) VO die ex lege-Anerkennung von öffentlichen Urkunden aus anderen Mitgliedstaaten forderte.

³⁴ Allerdings kann der Urkundsschuldner im Rechtsbehelfsverfahren nach deutschem Recht auch Einwendungen gegen den titulierten Anspruch selbst geltend machen, und zwar unabhängig vom Zeitpunkt ihres Entstehens (§ 12 Abs. 2 AVAG).

³⁵ Vgl. Erwägungsgründe 16 und 17 zur Verordnung.

³⁶ BGBl. 2002 I, S. 564.

³⁷ BR-Drucks. 743/01 vom 28.9.2001, S. 9.

kunde von einem ordnungsgemäß bestellten und amtierenden Notar in einem anderen Mitgliedstaat errichtet worden ist.³⁸ Die CNUE und ihre Mitgliedsnotariate setzen sich dafür ein, dass den Notaren in allen Mitgliedstaaten wie in Deutschland die Zuständigkeit zur Vollstreckbarerklärung von notariellen Urkunden übertragen wird. Mit der Exequatursentscheidung könnte eine weitere hoheitliche Funktion aller Mitgliedstaaten im Interesse der Effizienz und Bürgernähe auf die Notare in ihrer Eigenschaft als Träger eines öffentlichen Amtes ausgelagert werden.

b) Erteilung einer Bescheinigung zur eigenen Urkunde

Die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 will die grenzüberschreitende Verwendung von Vollstreckungstiteln in der Praxis dadurch erleichtern, dass auf Antrag eine Bescheinigung mit Kurzangaben zum Titel in der Sprache des Vollstreckungsmitgliedstaates erstellt wird. Hierfür ist jeweils die vom betreffenden Mitgliedstaat bezeichnete „befugte Stelle“ zuständig (Art. 54, 57 Abs. 4, 58 VO). In Deutschland werden die Bescheinigungen jeweils von dem Gericht, der Behörde oder der mit öffentlichem Glauben versehenen Person ausgestellt, der die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Titels obliegt (§ 56 Satz 1 AVAG). Für eine notarielle vollstreckbare Urkunde ist demnach der Notar zur Ausstellung der Bescheinigung zuständig, der die Urkunde verwahrt (vgl. § 797 Abs. 2 ZPO). Die Ausstellung der Bescheinigung ist Teil der Amtstätigkeit des Notars.

Im Interesse der Standardisierung des grenzüberschreitenden Zivilrechtsverkehrs sieht die Verordnung die Verwendung von Formblättern für die Bescheinigungen vor, die in Anhängen wiedergegeben sind. Für öffentliche Urkunden ist das Formblatt in Anhang VI maßgeblich. Die Konferenz der Notariate der Europäischen Union (CNUE) hat auf der Grundlage dieses Modells ein einheitliches Formblatt in elf Amtssprachen der Gemeinschaft entwickelt, das die grenzüberschreitende Verwendung vollstreckbarer Notarurkunden weiter erleichtern soll.³⁹

c) Checkliste für die Vollstreckbarerklärung

Der in Deutschland mit der Vollstreckbarerklärung einer ausländischen Notarurkunde befasste Notar kann sich an folgender Checkliste orientieren. Im Vordergrund steht die Prüfung formeller Voraussetzungen. Materielle Kriterien sind nur insoweit zu prüfen, als sie für die Anwendung der Verordnung maßgeblich sind.

Checkliste

Formelle Voraussetzungen:

- *Funktionelle Zuständigkeit* des Notars (Art. 39 Abs. 1 i.V. mit Anhang II VO, § 55 Abs. 3 AVAG)⁴⁰: Der Notar ist nur für die Vollstreckbarerklärung von *notariellen* vollstreckbaren Urkunden zuständig.
- *Örtliche Zuständigkeit* des Notars (Art. 39 Abs. 2 VO): Zuständig ist der Notar am Wohnsitz des Schuldners oder am Ort der Zwangsvollstreckung, d.h. bei Belegenheit von Vermögensgegenständen des Schuldners. Dem Wohnsitz entspricht bei Gesellschaften und juristischen Personen deren Sitz i.S. von Art. 60 Abs. 1 VO.

³⁸ Bereits jetzt sind die Notarverzeichnisse der nationalen Notarkammern über http://www.bnotk.de/adressen/notare_in_europa.htm erreichbar.

³⁹ Das Formblatt ist abrufbar unter <http://www.bnotk.de/bnotk-service/formulare/vollstreckungsformular.htm>.

⁴⁰ § 3 AVAG gilt gemäß § 55 Abs. 1 AVAG hier nicht.

- *Antrag* des Gläubigers des in der Urkunde titulierten Anspruchs (Art. 57, 38 VO, § 4 Abs. 1 AVAG), der schriftlich oder mündlich „zu Protokoll der Geschäftsstelle“ erklärt werden kann (§ 4 Abs. 2 AVAG).⁴¹
- *Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten* des Antragstellers mit Wohnsitz im „Bezirk“ des Notars (Art. 40 Abs. 2 VO).⁴² Die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten mit einem anderen inländischen Wohnsitz kann zugelassen werden (§ 5 Abs. 2 AVAG). Bis zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten ist die Zustellung durch Aufgabe zur Post möglich (§ 5 Abs. 1 AVAG), die aber wegen der damit verbundenen Fiktionswirkung bedenklich erscheint.⁴³ Wenn ein Verfahrensbevollmächtigter bestellt worden ist, ist an diesen zuzustellen (§ 5 Abs. 3 AVAG).
- Vorlage einer *Ausfertigung der Urkunde*, die die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt (Art. 53 Abs. 1 VO).
- Vorlage einer *Bescheinigung der befugten Stelle* unter Verwendung des Formblatts in Anhang VI (Art. 54 i.V. mit Art. 57 Abs. 4 Satz 2 VO) bzw. des CNUE-Formblatts. Befugte Stelle kann nach dem Recht des Ursprungsmitgliedstaats entweder der Urkundsnotar, ein Gericht oder eine sonstige Behörde sein. Der Notar kann ggf. eine Frist zur Vorlage der Bescheinigung bestimmen oder von der Vorlage befreien, wenn er eine weitere Klärung nicht für erforderlich hält.
- Vorlage einer *beglaubigten Übersetzung* der Urkundaufsertigung und der weiteren vorzulegenden Urkunden auf Verlangen des Notars (Art. 55 Abs. 2 VO, § 4 Abs. 3 AVAG). Ob Übersetzungen erforderlich sind, wird von den Kenntnissen des Notars in der betreffenden Fremdsprache (vgl. § 5 Abs. 2 BeurkG) und der Notwendigkeit für das eigentliche Vollstreckungsverfahren abhängen. Der Ausfertigung der vollstreckbaren Urkunde und der weiteren Urkunden sollen jeweils zwei *Abschriften* beigefügt sein (§ 4 Abs. 4 AVAG).
- Die vorzulegenden Urkunden bedürfen nicht der *Legalisation* oder einer ähnlichen Förmlichkeit (Art. 56 VO), auch nicht der Apostille nach dem Haager Übereinkommen von 1961⁴⁴.

Materielle Voraussetzungen:

- Eröffnung des *sachlichen* (Art. 1 VO) und des *zeitlichen* (Art. 66, Art. 70 Abs. 2 VO) *Anwendungsbereichs* der Verordnung. Die Verordnung gilt insbesondere nicht für güterrechtliche und erbrechtliche Ansprüche. Ihre Vorschriften sind nur auf solche Urkunden anzuwenden, die nach ihrem In-Kraft-Treten errichtet worden sind.
- Vorlage einer *Urkunde*, die in einem Mitgliedstaat von einem Notar aufgenommen und nach dem Recht dieses

⁴¹ Der Referentenentwurf des AVAG-Änderungsgesetzes wollte die Vollstreckbarerklärung durch den Notar zusätzlich von der Zustimmung der Beteiligten abhängig machen. Dieses Erfordernis, das die Regelung in § 55 Abs. 3 AVAG in der Praxis undurchführbar gemacht hätte, ist nicht Gesetz geworden.

⁴² „Bezirk“ des Notars dürfte sein Amtsbezirk im Sinne von § 11 BNotO sein.

⁴³ *Fleischhauer*, Inlandszustellung an Ausländer (1996), S. 67 f.; 236 f., 307 ff.; *Geimer*, in *BerDGesVöR* 33 (1994), S. 213, 236; *Linke*, Die Probleme der internationalen Zustellung, in: *Gottwald* (Hrsg.), *Grundfragen der Gerichtsverfassung – Internationale Zustellung* (1999), S. 95, 127 ff.

⁴⁴ Haager Übereinkommen vom 5.10.1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation, BGBl. 1965 II, S. 875.

Mitgliedstaates vollstreckbar ist sowie die Voraussetzungen für ihre Beweiskraft erfüllt (Art. 57 Abs. 1 und 3 VO, § 55 Abs. 3 AVAG). Der Notar ist nicht zur Vollstreckbarerklärung anderer öffentlicher Urkunden sowie der damit gleichgestellten behördlichen Urkunden zum Unterhalt und Prozessvergleichen befugt.⁴⁵ Die Prüfung wird erleichtert durch die Angaben in der Bescheinigung nach Anhang VI der Verordnung, die dem Antrag beigefügt sein sollte. Darin wird u.a. der Wortlaut der vollstreckbaren Verpflichtung sowie die Vollstreckbarkeit gegen den Schuldner im Ursprungsmitgliedstaat amtlich bestätigt.⁴⁶

- *Keine materielle Prüfung* des Urkundsinhalts, des titulierten Anspruchs oder des Beurkundungsverfahrens im Ursprungsstaat, insbesondere keine Prüfung von Anerkennungsversagungsgründen durch den Notar.

Verfahren:

- *Entscheidung* über die Vollstreckbarerklärung *ohne Anhörung* des Urkundsschuldners (Art. 57 Abs. 1 i.V. mit Art. 41 VO⁴⁷) *durch Beschluss* mit Begründung und Wiedergabe der zu vollstreckenden Verpflichtung in deutscher Sprache bzw. Begründung der Ablehnung (§ 8 AVAG).
- Bei *stattgebender Entscheidung: Erteilung der Vollstreckungsklausel* (§ 4 Abs. 1 AVAG, Text sinngemäß nach § 9 AVAG), *Zustellung* der Entscheidung über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung sowie ggf. der für vollstreckbar erklärten Urkunde in beglaubigter Abschrift von Amts wegen an den Schuldner (Art. 42 VO, § 10 Abs. 1 AVAG, § 20 Abs. 1 BNotO), *Übersendung* einer beglaubigten Abschrift des Beschlusses, der mit der Klausel versehenen Ausfertigung der Urkunde und einer Bescheinigung über die an den Schuldner bewirkte Zustellung an den Gläubiger (§ 10 Abs. 3 AVAG).
- Bei *ablehnender Entscheidung: Übersendung* einer beglaubigten Abschrift des Beschlusses (nur) an den Antragsteller (Art. 42 Abs. 1 VO, § 10 Abs. 3 AVAG).⁴⁸

⁴⁵ Der Anwaltsvergleich gemäß § 796 a ZPO ist als Privaturkunde kein Titel im Sinne der Art. 57 oder 58 VO. Umstritten ist, ob der Anwaltsvergleich zusammen mit dem Beschluss des Gerichts oder Notars über die Vollstreckbarerklärung des Anwaltsvergleichs nach § 796 b bzw. § 796 c ZPO die Anforderungen des Art. 50 GVÜ (jetzt Art. 57 VO) erfüllt. Bejahend *Trittmann/Merz*, IPRax 2001, 178; *Leutner*, Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr (1997), S. 102; zweifelnd *Schütze*, DZWir 1993, 13, 135; *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 3. Aufl. 1999, § 796 b Rdnr. 11; *Fleischhauer*, DNotZ 1999, 925, 930.

⁴⁶ Auf die Richtigkeit der Angaben in der Bescheinigung kann sich der Notar nach Sinn und Zweck der Verordnung verlassen; eigene Nachforschungen sind regelmäßig nicht angezeigt, um das Verfahren der Vollstreckbarerklärung nicht zu verzögern. Die Vollstreckbarerklärung soll „fast automatisch nach einer einfachen formalen Prüfung der vorgelegten Schriftstücke erfolgen“ (vgl. Erwägungsgrund 17).

⁴⁷ Vgl. auch die entsprechende Vorschrift des § 6 Abs. 1 AVAG, die allerdings durch § 55 Abs. 1 AVAG für nicht anwendbar erklärt wird. Maßgeblich bleibt die eindeutige Anordnung der Verordnung. Nach § 6 Abs. 2 AVAG kann eine mündliche Erörterung mit dem Antragsteller oder seinem Bevollmächtigten stattfinden, wenn der Antragsteller oder der Bevollmächtigte hiermit einverstanden ist und die Erörterung der Bescheinigung dient. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn es um die sachdienliche Ergänzung des Antrags um beizubringende Unterlagen handelt, ohne die der Antrag aus formalen Gründen abzuweisen wäre.

⁴⁸ Für die Beschwerde des Antragstellers gegen eine ablehnende Entscheidung sehen weder die Verordnung noch das AVAG die Einhaltung einer bestimmten Rechtsbehelfsfrist vor. Eine Zustellung an den Antragsteller dürfte daher entbehrlich sein.

d) Gebühren des Notars

Die Gebühr des Notars im Verfahren über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung einer notariellen Urkunde ist betragsmäßig auf 72 Euro festgelegt (§ 148 a Abs. 3 Satz 1 KostO). Damit entspricht der deutsche Gesetzgeber Art. 52 VO, der am Streitwert orientierte Gebühren im Vollstreckungsverfahren nach der Verordnung verbietet. Die Gebühr fällt bei Erteilung der Vollstreckungsklausel als notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung dem Schuldner zur Last und muss von diesem eingefordert werden (§ 8 Abs. 1 Satz 3 AVAG i.V. mit § 788 ZPO). Bei Ablehnung des Antrags sind die Kosten dem Antragsteller aufzuerlegen (§ 8 Abs. 2 AVAG). Zu beachten ist ferner Art. 50 VO zur Kosten- und Gebührenbefreiung des Antragstellers.

Für die Ausstellung einer Bescheinigung nach Art. 57 VO i.V. mit § 56 AVAG erhält der Notar eine Gebühr in Höhe von 10 Euro (§ 148 a Abs. 3 Satz 2 KostO). Kostenschuldner ist der Gläubiger des in der Urkunde titulierten Anspruchs.

III. Europäischer Vollstreckungstitel

Der europäische Raum des Rechts entwickelt sich schrittweise. Nach Verabschiedung der VO (EG) Nr. 44/2001 hat die Kommission den Mitgliedstaaten den inoffiziellen Vorentwurf einer Verordnung des Rates zu einem „Europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen“ zugeleitet.⁴⁹ Ein offizieller Kommissionsvorschlag wird für das Frühjahr 2002 erwartet. Der Vorentwurf sieht Folgendes vor: Jede gerichtliche Entscheidung, die in einem Mitgliedstaat über eine unbestrittene Forderung rechtskräftig und unter Einhaltung bestimmter verfahrensrechtlicher Mindeststandards ergangen ist, kann auf Antrag des Gläubigers durch Erklärung des Gerichts in einen „europäischen Vollstreckungstitel“ (EVT) „umgewandelt“ werden. Unbestritten sind Forderungen, die nicht von einer Gegenleistung abhängen, und denen der Schuldner ausdrücklich durch Anerkenntnis oder Vergleich zugestimmt hat bzw. gegen die er sich nicht verteidigt hat. Der europäische Vollstreckungstitel ist in den anderen Mitgliedstaaten zu vollstrecken, ohne dass es hierfür noch einer Exequaturentscheidung bedarf.

Auch öffentliche Urkunden über Geldforderungen können von der Urkundsperson auf Antrag in einen europäischen Vollstreckungstitel umgewandelt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass der Schuldner im Beurkundungsverfahren über die unmittelbare Vollstreckbarkeit der Urkunde belehrt worden und dies durch die Unterschrift des Schuldners nachgewiesen ist. Der Begriff der öffentlichen Urkunde entspricht dabei dem in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001.

Im Vergleich zur „Brüssel I“-Verordnung (EG) Nr. 44/2001 wird es für den europäischen Vollstreckungstitel demnach keine Mitwirkung des Anerkennungs- und Vollstreckungsmitgliedstaats im Einzelfall mehr geben. Das Erfordernis des Exequaturs entfällt vollständig. Der gerichtliche Rechtsschutz gegen die Vollstreckung wird so weit wie möglich zurückgedrängt.⁵⁰ Anerkennungs- und Vollstreckungsversagungsgründe werden zu keinem Zeitpunkt mehr geprüft. Das gilt

⁴⁹ Vorschlag der Kommission vom 12.9.2001. Vgl. Beschlüsse von Tampere und des Maßnahmenprogramms des Rats zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 25.11.2000, EG-ABI. C 12/1 vom 15.1.2001.

⁵⁰ Lediglich ein gewisser Mindestrechtsschutz des Schuldners im Vollstreckungsverfahren wird erhalten bleiben. So wird der Schuldner weiter mit dem Einwand der Erfüllung gehört werden.

auch für etwaige Verstöße gegen den *ordre public* des Vollstreckungsmitgliedstaats. An die Stelle der Kontrolle durch den Vollstreckungsstaat soll die Einhaltung gemeinsamer verfahrensrechtlicher Mindeststandards im Ursprungsstaat treten, die bereits durch das Erstgericht geprüft werden. Im Erfolgsfalle wird dadurch indirekt das weitere Ziel der Harmonisierung der Zivilverfahrensrechte der Mitgliedstaaten gefördert. Erst durch die Vereinheitlichung der Standards dürfte im Ergebnis das Vertrauen geschaffen werden, das die vorbehaltlose gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen rechtfertigt.

Notarielle vollstreckbare Urkunden bereiten hier weit weniger Probleme als gerichtliche Entscheidungen. Beruhend auf dem vertraglich begründeten oder einseitig durch den Schuldner erklärten Einverständnis mit der Vollstreckung sind vollstreckbare Notarurkunden geradezu der Prototyp des Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen. Der Notar als neutrale rechtskundige Urkundsperson und das notarielle Beurkundungsverfahren sichern die Rechte des Schuldners bereits bei Errichtung der Urkunde. Die Entstehung eines Vollstreckungstitels ohne Mitwirkung oder gar Kenntnis des Schuldners ist – anders als z. B. bei Versäumnisurteilen – von vornherein ausgeschlossen. Das rechtfertigt – mehr noch als bei gerichtlichen Entscheidungen – den weitgehenden Verzicht auf eine Kontrolle des Titels durch den Vollstreckungsstaat, den die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 bereits in materieller Hinsicht und die künftige Verordnung zum europäischen Vollstreckungstitel auch in formeller Hinsicht vorsehen.

IV. Projekt eines weltweit geltenden Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommens

Die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht verhandelt zur Zeit über das Projekt eines Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und ausländische Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.⁵¹ Der Vorschlag hierzu ging im Jahre 1992 von den USA aus, deren Überlegungen auf eine „convention mixte“ zielten.⁵² Inzwischen rügen die USA, dass die Vorarbeiten der von der Konferenz eingesetzten Expertengruppe und die Verhandlungen in der Diplomatischen Konferenz sich zu stark am Vorbild des GVÜ als einer „convention double“ orientierten.⁵³ Die größten Schwierigkeiten liegen in der weltweiten Vereinheitlichung der Zuständigkeitsregeln. Hier kontrastieren die engen und präzisen Zuständigkeitsnormen der (europäischen) Civil Law-Staaten insbesondere mit den weitgefassten Zuständigkeitsregeln der USA. Hinzu kommt, dass die Verhandlungspartner unterschiedliche Interessen verfolgen. Die USA sind an einem weltweiten Anerkennungsübereinkommen interessiert, das die Anerkennung US-amerikanischer Urteile im Ausland ermöglicht. Diesbezüglich ist man der Ansicht, dass die Anerkennungspraxis ge-

genüber US-Urteilen weniger liberal ist als umgekehrt die US-Praxis gegenüber ausländischen (europäischen) Urteilen. Aus europäischer Sicht geht es hingegen primär um eine Begrenzung der oft als exorbitant angesehenen US-amerikanischen Zuständigkeitsnormen.⁵⁴ Die Erfolgsaussichten der Konferenz müssen vor diesem Hintergrund trotz der beiderseitigen Anstrengungen als ungewiss beschrieben werden.

Die grenzüberschreitende Verwendung von notariellen Urkunden war angesichts der Schwierigkeiten im Bereich des Zuständigkeitsrechts zunächst kein Thema bei den Vorarbeiten der Expertengruppe. Trotzdem ist es gelungen, in den Vorentwurf von 1999 mit Artikel 35 eine Regelung zu den öffentlichen Urkunden einzufügen. Danach kann jeder Vertragsstaat erklären, dass er unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit die öffentlichen Urkunden vollstrecken wird, die in einem anderen Vertragsstaat errichtet wurden und dort vollstreckbar sind. Freilich dürfte die praktische Relevanz einer solchen Opt-in-Klausel, die noch dazu unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit steht, im Verhältnis zu den Common Law-Staaten, die selbst nicht über vollstreckbare Urkunden verfügen, gegen Null tendieren. Vorzugswürdig ist daher die als Ergebnis der Diplomatischen Konferenz 2001 eingefügte Alternative von Artikel 35. Diese entspricht im Wesentlichen Art. 57 der „Brüssel I“-Verordnung und damit dem europäischen Standard. Sie ist allerdings mit einer Opt-out-Möglichkeit verbunden, wonach jeder Vertragsstaat erklären kann, dass er Artikel 35 nicht oder nur vorbehaltlich der Gegenseitigkeit anwenden wird.

Eine vorbehaltlose Regelung zur Vollstreckung notarieller Urkunden mit weltweiter Geltung bleibt also auf absehbare Zeit Zukunftsmusik. Dabei wäre sie dringend erforderlich im Interesse einer Gleichbehandlung von Urkunden mit den funktional vergleichbaren „judgments by consent“ und „judgments by confession“ des Common Law-Rechtskreises.⁵⁵ Dabei handelt es sich um Gerichtsurteile, die in einem beschleunigten Verfahren aufgrund des Einverständnisses des Schuldners mit der Schuldunterwerfung erlangt werden können. Wie notarielle Vollstreckungsunterwerfungen werden sie häufig zur Kreditsicherung eingesetzt. Da es sich bei den „judgments by consent“ und „judgments by confession“ der Form nach aber um gerichtliche Entscheidungen handelt, wären sie nach den Regelungen des Vorentwurfs in den anderen Vertragsstaaten zu vollstrecken, während die Vollstreckbarkeit von Urkunden von der gesondert erklärten Bereitschaft der Vertragsstaaten abhängen würde. Diese Ungleichbehandlung lässt sich nur durch eine Regelung entsprechend Art. 57 VO (EG) Nr. 44/2001 vermeiden.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Die „Brüssel I“-Verordnung hat die vollstreckbare Notarurkunde fest im europäischen Zivilverfahrensrecht verankert und zugleich neue notarielle Zuständigkeiten im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr geschaffen. Damit ist eine weitere Aufwertung der Notarurkunde als einem verbraucherfreundlichen Instrument zur schnellen und kostengünstigen Erlangung eines Vollstreckungstitels verbunden. Die geplante Verordnung zur Schaffung eines europäischen Vollstreckungstitels wird diese Entwicklung weiter vorantreiben. Auch in diesem Zusammenhang wird die Notarurkunde eine wichtige

⁵¹ Siehe die Berichte von *Schack*, ZEuP 1993, 306 und ZEuP 1998, 931; von *Mehren*, IPRax 2000, 465; von *Mehren/Michaels*, DAJV-NL 2000, 124; *Wagner*, IPRax 2001, 533.

⁵² Das Modell der „convention mixte“ zielt auf eine Einigung über die im gegenseitigen Rechtsverkehr verbotenen Entscheidungszuständigkeiten (schwarze Liste), auf positiv akzeptierte Anerkennungszuständigkeiten (weiße Liste) und auf eine Grauzone mit Zuständigkeitsnormen, die zwar nicht verboten sind, aber nicht zwingend zur Anerkennung und Vollstreckung eines Urteils in den anderen Vertragsstaaten führen.

⁵³ Die überarbeitete Fassung mit Stand nach dem ersten Teil der Diplomatischen Konferenz vom Juni 2001 ist abrufbar unter http://www.hcch.net/doc/jdgm2001draft_e.doc (in englischer Sprache) bzw. http://www.hcch.net/doc/jdgm2001draft_f.doc (in französischer Sprache); ausführlich dazu *Wagner*, IPRax 2001, 533.

⁵⁴ Näher *Heß*, IPRax 2000, 342.

⁵⁵ Ausführlich *Fleischhauer*, IPRax 1999, 216; *Droz*, L'activité notariale internationale, Sonderdruck aus Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Band 280 (1999), Rdnr. 125.

Rolle spielen. Eine Mitwirkung des Notars durch Erteilung des Exequatur wird dort nicht mehr erforderlich sein. Stattdessen wird der Urkundsnotar die von ihm errichtete Urkunde auf Antrag in einen europäischen Vollstreckungstitel umwan-

deln. Die europäischen Notare können den Bürgern und Unternehmen damit heute schon einen Vollstreckungstitel anbieten, der in ganz Europa ohne wesentliche Formalitäten verwendbar ist.

Die Notariatsverfassung in Spanien

Von Notar *Alejandro Ruiz-Ayúcar Seifert*, La Orotava/Tenerife
und Notarassessor *Benedikt Selbherr*, Augsburg

Die Zusammenarbeit der Notare in Europa wird immer wichtiger. Das liegt vor allem an zunehmend international geprägten Sachverhalten, die Notare zu betreuen haben. Basis für eine engere Zusammenarbeit ist neben intensivem Erfahrungsaustausch ein Grundverständnis der Notariatsverfassungen der anderen Länder in Europa¹. Die folgenden Ausführungen skizzieren Stellung und Aufgaben der Notare in Spanien sowie Struktur und Organisation des spanischen Notariats².

I. Grundlagen

Die spanische Notariatsverfassung ruht im Wesentlichen auf zwei normativen Säulen. Das Notariatsgesetz vom 28.5.1862 (*Ley del Notariado*, im Folgenden LN) formuliert die wichtigsten Prinzipien des notariellen Berufs- und Standesrechts. Die Notariatsverordnung vom 2.6.1944 (*Reglamento Notarial*, im Folgenden RN) konkretisiert diese Prinzipien; sie enthält die für die notarielle Praxis maßgeblichen Vorschriften. Beide Regelwerke, besonders die Notariatsverordnung, wurden zwischenzeitlich modifiziert und ergänzt³; ihre Grundstruktur haben sie im Wesentlichen jedoch behalten.

Das Bild des Notars in Spanien ist geprägt von einem für praktisch alle Systeme des Lateinischen Notariats geltenden Berufsverständnis⁴: der Notar ist Träger eines öffentlichen Amtes (*funcionario público*), der gleichzeitig einen freien rechtsberatenden Beruf ausübt (*profesional del derecho*), Art. 1 LN und Art. 1 Abs. 2 RN. Diese Doppelnatur der notariellen Tätigkeit (*doble carácter*, Art. 1 Abs. 2 RN) sichert dem Notar das Fundament seiner Berufsausübung: Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, die als weitere Grundprinzipien in Art. 4, 142 und 147 RN niedergelegt sind. Hoheitliche und private Seite der notariellen Tätigkeit bedingen einander; sie sind untrennbar miteinander verbunden⁵. Anders als in Deutschland, gibt es in Spanien eine einheitliche Notariatsverfassung, Art. 1 Abs. 2 LN.

Zu gewissen Verwerfungen sowohl im Berufsbild als auch im Berufsrecht der Notare ist es durch die mit Wirkung zum

1.10.2000 erfolgte Vereinigung des Amtes der Notare mit dem der ehemaligen *corredores de comercio* gekommen. Bei dieser Umstrukturierung wurden sämtliche ca. 730 *corredores* ohne jede Einschränkung zu Notaren ernannt. Die *corredores* waren ebenfalls unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes mit notarähnlicher Tätigkeit. Ihr Zuständigkeitsbereich wurde durch das spanische Handelsgesetzbuch (*Código de Comercio*) bestimmt. In der Praxis war die Aktivität dieser Amtsträger, zu denen es in den anderen Ländern der EU kein Pendant gab, primär im Bankrecht angesiedelt. Viele Fragen dieser Integration – insbesondere hinsichtlich der fachlichen Qualifikation – sind bislang nicht hinreichend geklärt. Sie sollen im Folgenden außer Betracht bleiben⁶.

II. Aufgaben und Tätigkeit des Notars

Die Tätigkeitsfelder des spanischen Notars müssen im Zusammenhang mit der Bedeutung der notariellen öffentlichen Urkunde (*documento público notarial*) im Rechtsleben gesehen werden. Die Beurkundungserfordernisse stecken den notariellen Aufgabenbereich maßgeblich ab. Der spanische Notar wird jedoch häufig auch ohne konkreten Beurkundungsauftrag rechtsberatend tätig.

1. Die grundlegende Unterscheidung von escrituras und actas

Art. 1216 des Spanischen Zivilgesetzbuchs (*Código Civil*, im Folgenden CC) unterscheidet zwischen öffentlichen Urkunden eines Notars und solchen anderer öffentlicher Amtsträger. Die weitergehende Regelung öffentlicher notarieller Urkunden ist der Notariatsverordnung vorbehalten, Art. 1217 CC, und dort in den Art. 143 ff. RN niedergelegt.

Art. 144 RN nennt als bedeutende Fälle der öffentlichen Urkunde der Notare *escrituras* und *actas*. Diese für das spanische Notariat grundlegende Unterscheidung erschließt sich dem Verständnis des deutschen Notars nicht ohne weiteres. Etwas vereinfachend lässt sich differenzieren wie folgt: In einer *escritura* sind rechtlich erhebliche Willenserklärungen, insbesondere Verträge der Beteiligten niedergelegt, Art. 144 Abs. 2

¹ Wegweisend in diesem Sinne die Veranstaltung des Bayerischen Notarvereins e.V. am 27.1.1990 in München „Standort und Zukunft der Notare in Europa“, MittBayNot Sonderheft 1990.

² Sie ergänzen einen Beitrag von A. Ruiz-Ayúcar Seifert in MittBayNot Sonderheft 1990, 11 f.

³ Einen Überblick über die Entwicklung dieser Normen bietet die Gesetzessammlung „*Legislación Notarial*“, herausgegeben von der *Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España*, Madrid 1993, págs. 15 y s., 47 y ss.

⁴ Die gemeinsamen Grundlagen des Lateinischen Notariats in der Europäischen Union werden prägnant herausgearbeitet von A. Gómez-Martinho Faerna, *La función del Notario en la Unión Europea (Un estudio comparativo)*, Madrid 1997, herausgegeben vom *Consejo General del Notariado*.

⁵ Diese Doppelnatur kennzeichnet alle lateinischen Notariate in der Europäischen Union, A. Gómez-Martinho Faerna (oben Fn. 4), págs. 26 y. s., 107.

⁶ Nur am Rande sei hier erwähnt, dass in Spanien auch die für die Führung der Grundbücher verantwortlichen, die *Registradores de la Propiedad*, unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes, indes nicht freiberuflich tätig sind.

RN. In – negativer – Abgrenzung hierzu sind *actas* notarielle Niederschriften, die keine Willenserklärungen der Beteiligten zum Gegenstand haben, Art 144 Abs. 3 RN (dazu sogleich unter 4.).

2. Weitere notarielle öffentliche Urkunden

Art. 144 Abs. 4 RN nennt noch die Gruppe der „weiteren notariellen Urkunden“, die weder *escritura* noch *acta* sind. Hierzu gehört insbesondere die *testimonios*. Ein Unterfall der *testimonios* ist die Unterschriftsbeglaubigung (*legitimación de firmas*) gem. Art. 256 ff. RN, die in der gegenwärtigen notariellen Praxis Spaniens anders als in Deutschland nur eine geringe Rolle spielt. Einer Unterschriftsbeglaubigung nach deutschem Recht ähnlich sind die so genannten *pólizas*, die nunmehr durch die Zusammenlegung der Ämter der Notare mit denen der *corredores de comercio* Eingang in die notarielle Praxis gefunden haben. Inwieweit hier Anpassungen im notariellen Berufs- und Verfahrensrecht stattfinden werden, bleibt abzuwarten.

3. Anwendungsfälle der escritura

Ähnlich dem deutschen Recht wird die Notwendigkeit einer *escritura* vom materiellen Recht vorgegeben. Das spanische Recht kennt verschiedene Stufen einer notariellen *escritura*.

In bestimmten Fällen ist die Errichtung der *escritura* materielle Wirksamkeitsvoraussetzung für das jeweilige Rechtsgeschäft. Dies gilt vor allem für:

- die Schenkung einer Immobilie (Art. 633 CC)⁷,
- die Errichtung eines offenen Testaments (Art. 694 CC),
- Eheverträge (Art. 1280 Nr. 3 CC),
- Hypotheken (Art. 145 *Ley Hipotecaria*),
- bestimmte gesellschaftsrechtliche Vorgänge, z. B. Gesellschaftsgründung, Satzungsänderungen, Kapitalveränderungen, Gesellschaftsauflösung und Umwandlungsvorgänge bei Aktiengesellschaft (*sociedad anónima*) sowie GmbH (*sociedad de responsabilidad limitada*).

Bestimmte andere Erklärungen bedürfen zwar der Beurkundung, doch ist der Notar in diesen Fällen nicht ausschließlich zuständig, so beispielsweise die Erbschaftsannahmeerklärung (*aceptación de la herencia*, Art. 988 CC), die auch vor dem Nachlassrichter erklärt werden kann.

Schließlich gibt es noch Rechtsgeschäfte, die zwar nicht wegen ihrer materiell-rechtlichen Wirksamkeit, wohl aber wegen des Vollzugs im Grundbuch der Beurkundung bedürfen, Art. 3 LH. Diese Kategorie ist für die notarielle Praxis von großer Bedeutung, da sie insbesondere die Übertragung von dinglichen Rechten an Grundstücken betrifft, Art. 2 Nr. 1 LH. Aus diesem Grund wird beispielsweise im Anschluss an einen privatschriftlichen Kaufvertrag über ein Grundstück regelmäßig als „Mantel“ eine – inhaltlich schlankere – *escritura de compraventa* errichtet⁸.

4. Anwendungsfälle der actas

Die vielfältige und schillernde Welt der *actas notariales* im Einzelnen zu beschreiben würde den Rahmen dieses Beitrags

sprengen⁹. Hier soll die Erkenntnis genügen, dass es sich bei *actas* im Grundsatz um die Protokollierung von durch den Notar wahrgenommenen Tatsachen handelt. Für die notarielle Praxis grundlegende Fallgruppen werden in den Art. 199 ff. RN genannt. Diese *actas* kommen in der notariellen Praxis Spaniens häufig vor. So stellt der spanische Notar – sei es persönlich, sei es im Postwege – Schriftstücke zu und fertigt hierüber ein Protokoll, nimmt vor Ort Dinge in Augenschein und schreibt seine Wahrnehmung nieder. Auch die Verwahrung von Gegenständen gehört hierzu. Weitere bedeutsame Anwendungsfälle finden sich in anderen materiell-rechtlichen Gesetzen, z. B. dem Hypothekengesetz (*Ley Hipotecaria*) oder dem Handelsgesetzbuch (*Código de Comercio*).

Bestimmte *actas notariales* sind stark in den spanischen Zivilprozess eingebunden und zu dessen Vorbereitung und Durchführung erforderlich; sie spielen daher in der notariellen Praxis eine wichtige Rolle. Hier sind die Notare zur Entlastung der Justiz besonders in die Verantwortung genommen.

Der spanische Notar ist im Vergleich zu seinem deutschen Kollegen nicht zwingend in den Urkundenvollzug eingebunden. Ob dieser vom Notar betrieben wird, hängt von der jeweiligen Vereinbarung mit den Beteiligten ab. Wie in Deutschland ist der Notar in Spanien nicht für Erhebung, Berechnung und Abführung von Steuern zuständig¹⁰.

III. Beurkundungsverfahren, insbesondere bei einer escritura

In seiner Funktion als hoheitlich tätiges Organ der vorsorgenden Rechtspflege ist der Notar grundsätzlich verpflichtet, sein Amt auszuüben, Art. 145 Abs. 1 RN. Allerdings darf der Notar gemäß Art. 145 Abs. 2 RN Beurkundungen insbesondere nicht vornehmen bei Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten, oder wenn das beabsichtigte Rechtsgeschäft gegen Gesetze, den *orden público* oder die guten Sitten verstoße.

Das notarielle Beurkundungsverfahren ist in der Notariatsverordnung geregelt, Art. 156 ff. RN. Diese Vorschriften umfassen die Regeln für alle öffentlichen notariellen Urkunden mit den jeweiligen Besonderheiten für *escrituras*, *actas* und die weiteren öffentlichen notariellen Urkunden. Auf das Verfahren zur Erstellung einer *escritura* soll hier noch näher eingegangen werden.

Der Aufbau einer *escritura* stellt sich in der notariellen Praxis entsprechend den vergleichsweise detaillierten Vorgaben der Notariatsverordnung im Wesentlichen dar wie folgt:

- Angaben zu den Beteiligten (*comparecencia*),
- Angaben zum Sachverhalt (*exposición*),
- rechtliche Erklärungen (*estipulación*),
- Verbindlichkeitserklärung der Beteiligten und Schlussvermerk des Notars (*otorgamiento y autorización*).

Anders als im deutschen Beurkundungsverfahren ist der spanische Notar nicht verpflichtet, die Urkunde im Wortlaut vorzulesen; die Beteiligten können sie auf Wunsch auch selbst durchlesen, Art. 193 RN. In der Praxis wird diese Vorschrift in aller Regel so ausgelegt, dass der Notar die nach seiner Auf-

⁷ Aus materiell-rechtlichen Gründen nicht beurkundungspflichtig ist der Kauf einer Immobilie, dazu sogleich.

⁸ Zum Grundstückskauf in Spanien prägnant Eberl, MittBayNot 2000, 515; ausführlich Gantzer, Spanisches Immobilienrecht, 8. Auf. 1999, passim.

⁹ Einen Eindruck dieser Vielgestaltigkeit vermittelt z. B. die spezielle Formularsammlung *Formulario de actas notariales* von V. L. Simó Santonja, Granada 1995.

¹⁰ Zu den Vor- und Nachteilen dieses Aspekts notarieller Tätigkeit prägnant Curzel/Wälzholz, Notar 2001, 42, 43 (zur italienischen Notariatsverfassung).

fassung wesentlichen Teile der Urkunde vorliest oder inhaltlich wiedergibt, die Beteiligten im Übrigen aber auf das Vorlesen verzichten. Die Anwesenheit von Zeugen bei einer Beurkundung ist gem. Art. 180 RN grundsätzlich nicht erforderlich.

Wie für den deutschen Notar besteht auch für den spanischen Notar eine Beratungs- und Belehrungspflicht. Für deren Einhaltung haftet der Notar zivilrechtlich. Diese Verpflichtung umfasst gemäß Art. 1 Abs. 2 und Art. 147 Abs. 1 RN folgende Einzelaspekte: der Notar hat den Willen der Beteiligten zu erforschen, diesen Willen den rechtlichen Erfordernissen entsprechend zu formulieren und die Beteiligten über die Tragweite ihrer Erklärungen zu informieren. Dass zur Aufgabe der spanischen Notare auch der vorsorgende Verbraucherschutz gehört, macht besonders Art. 147 Abs. 3 RN deutlich, der die Informationspflicht des Notars gegenüber der schwächeren Vertragspartei verstärkt¹¹.

Die Notare in Spanien sind verpflichtet, sämtliche notariellen Vorgänge in die Urkundenrolle (*indice*) aufzunehmen und die Urschriften (*matrices*) sämtlicher Urkunden zu verwahren. Der *indice* und die Gesamtheit der Urschriften eines Kalenderjahres bilden ein *protocolo*, vgl. hierzu Art. 17 ff. LN und eingehend die Art. 272 ff. RN. In bestimmtem Umfang können mehrere Notare die Aufbewahrung der Urkunden in den Räumen eines Kollegen bzw. bei einem Provinzarchiv konzentrieren; eine flächendeckende und zeitlich unbegrenzte Aufbewahrung der Urkunden ist gewährleistet. Für den deutschen Notar interessant ist in diesem Zusammenhang noch, dass auch Testamente beim spanischen Notar verwahrt werden. Im Gegensatz zu Deutschland gibt es in Spanien ein zentrales Testamentsregister (*Registro de Actos de Ultimo Voluntad* in Madrid), das über jede notarielle Verfügung von Todes wegen informiert werden muss¹². Diese Einrichtung bewährt sich in der täglichen Praxis der Nachlassabwicklung sehr gut¹³. Detaillierter als in Deutschland geregelt sind die Modalitäten der Fertigung und Herausgabe einer Urkundenausfertigung (*copia autorizada*), Art. 221 ff. RN. Ein Äquivalent zur beglaubigten Abschrift im Sinne von § 42 BeurkG gibt es in Spanien nicht; eine einfache Abschrift ist eine *copia simple*.

IV. Standesorganisation und Aufsicht

Die Notare Spaniens haben das Recht zur Selbstverwaltung, das sie, wie die deutschen Notare, in erster Linie über regionale Notarkammern umsetzen, Art. 314 ff. RN. Die insgesamt sechzehn *Colegios Notariales* sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, deren Organe jeweils die Generalversammlung und der Vorstand bilden. Der Vorstand setzt sich zusammen aus dem Dekan, dem Schriftführer, dem Schatzmeister und zwei oder mehr weiteren Vorstandsmitgliedern. Der Vorstand wird alle drei Jahre in geheimer Wahl von der Generalversammlung gewählt. Die Notarkammern sind unter anderem für Disziplinarmaßnahmen und die Öffentlichkeitsarbeit zuständig.

Die Dekane der regionalen Notarkammern bilden eine weitere Körperschaft des öffentlichen Rechts, den *Consejo General del Notariado* mit dem Sitz in Madrid. Seine Aufgaben

sind vor allem die Förderung des Kontaktes zwischen den regionalen Notarkammern, Maßnahmen zur Wahrung einer einheitlichen notariellen Praxis unter Wahrung der Unabhängigkeit der Amtsführung, die Organisation von Fortbildungen und anderes mehr¹⁴. Der *Consejo General del Notariado* ist ferner Herausgeber der *Revista Jurídica del Notariado*, der wichtigsten notarrechtlichen Zeitschrift in Spanien.

Ein weiterer Träger notarieller Selbstverwaltung ist die *Mutualidad Notarial*, eine landesweite Notarkasse. Aus dem Gedanken notarieller Solidarität entwickelt, ist sie seit 1935 als eigener Rechtsträger ausgestaltet, dem alle Notare angehören. Sie ist unter anderem Trägerin einer Einkommensergänzung sowie der Alters- und Hinterbliebenenversorgung der Notare. Sie unterliegt staatlicher Aufsicht und wird von einem Verwaltungsgremium geführt (*Junta de Patronato*), das sich fast ausschließlich aus Notaren zusammensetzt.

Alle Notare und die Notarkammern unterliegen der Aufsicht des Justizministeriums; der Justizminister führt – für den deutschen Kollegen überraschend – den Titel *Notario Mayor del Reino* („Oberster Notar des Königreichs“), Art. 308 RN. Verwaltungstechnisch zuständig für die Aufsicht der Notare ist die *Dirección General de los Registros y del Notariado*, die unmittelbar dem Justizministerium unterstellt ist, Art. 309 ff. RN. Auch dem Vorstand der Notarkammern obliegen Teilbereiche der Dienstaufsicht. Die Zuständigkeit für Disziplinarmaßnahmen hängt im Einzelnen ab von der Schwere des jeweiligen Verstoßes und der jeweiligen Maßnahmen, die von einer Ermahnung bis zur Amtsenthebung reichen können. Regelmäßige Amtsprüfungen werden nicht vorgenommen.

V. Qualifikation des Notars

Die Auswahl der Kandidaten für den Beruf des Notars in Spanien ist streng, die Qualifikation der Notare dementsprechend anerkannt. Grundvoraussetzung ist der Abschluss eines in der Regel fünfjährigen Studiums der Rechtswissenschaft (*Licenciado en Derecho*). Im Anschluss daran müssen die Aspiranten (*opositores*) eine speziell für angehende Notare ausgerichtete Prüfung ablegen, die *oposición de ingreso en el notariado* oder kurz *oposición*, Art. 10 ff. RN. Diese sehr anspruchsvolle Prüfung erfordert eine Vorbereitung von in der Regel mindestens drei Jahren, die im Wesentlichen im Selbststudium oder bei privaten Repetitorien erfolgt.

Eine praktische notarspezifische Vorbereitungszeit gibt es in Spanien nicht. Die Berufsanfänger werden gewissermaßen ins kalte Wasser geworfen, in der Anfangsphase aber häufig von praxiserfahrenen Notariatsmitarbeitern unterstützt. Ähnlich wie in Deutschland beginnt der spanische Jungnotar seine Berufstätigkeit in einem kleinen Notariat der *clase* (oder *sección*) *tercera*, der dritten Kategorie¹⁵. Im Laufe der Zeit können die Notare in Ämter der *clase segunda/primera* in den größeren Städten aufrücken. Freie Ämter werden ausgeschrieben und nach Maßgabe von Dienstalter und Ergebnis der *oposición* der Bewerber vergeben. Die Notare sind nur ein Jahr an ihr jeweiliges Amt gebunden, was besonders in Notariaten der *clase tercera* zu häufigen Wechseln führt.

Auch im spanischen Notariat gibt es den von der EU-Kommission derzeit angegriffenen Staatsbürgervorbehalt, Art. 6 Nr. 1 RN.

¹¹ Mit Recht weist A. Gomez-Martinho Faerna (oben Fn. 4), pág. 109 auf Parallelen zu § 17 BeurkG hin.

¹² Vgl. hierzu im Einzelnen *Anexo Segundo* zur RN: *Del Registro de Actos de Ultima Voluntad*.

¹³ Wegen der Initiative der BNotK zur Einrichtung eines solchen zentralen Testamentsregisters in Deutschland siehe Bericht BNotK-Intern 2000, S. 87.

¹⁴ Informationen hierzu gibt es unter www.notariado.org.

¹⁵ Die Notariate in Spanien sind je nach Bevölkerungsdichte des jeweiligen Amtsbezirks in drei Kategorien eingeteilt, Art. 77 RN.

VI. Gebühren

Wie in Deutschland gilt auch in Spanien für die Notare eine feste Gebührenordnung (*Aranca Notarial*). Diese wird durch Rechtsverordnung von der Regierung auf Vorschlag des Justizministeriums in Abstimmung mit dem *Consejo General del Notariado* erlassen. Die Gebührenordnung soll im Regelfall alle zwölf Jahre, oder wenn es die Umstände erfordern, überarbeitet werden, Art. 63 RN. Die derzeit geltende Gebührenordnung Nr. 1426 vom 17. November 1989 unterscheidet im Grundsatz zwischen Urkunden mit und solchen ohne bestimmtem Wert.

Für Urkunden ohne bestimmten Wert wird eine feste Gebühr erhoben. Hierzu zählen z. B. bestimmte Erklärungen im familienrechtlichen Bereich, Adoptionsantrag oder Vaterschaftsanerkennung. Für den deutschen Notar erstaunlich ist die Tatsache, dass auch Testamente gebührenrechtlich als Urkunde ohne bestimmten Wert behandelt werden. Die Gebühr steht infolgedessen häufig in keinem angemessenem Verhältnis zum Arbeitsaufwand, der Bedeutung der Sache und zur Verantwortung des Notars.

Bei Urkunden mit einem bestimmten oder bestimmbareren Wert gilt, wie im deutschen Recht, eine Wertgebühr. Die Kosten der Urkunde steigen mithin degressiv im Verhältnis zum jeweiligen Geschäftswert. Urkunden mit bestimmtem Wert sind typischerweise Kaufverträge, Schenkungen oder viele Verträge im gesellschaftsrechtlichen Bereich.

Das System eines festen, für alle Notare gleichermaßen verbindlichen Gebührensystems ist ebenso wie der Gedanke der Wertgebühr auch nach spanischem Verständnis dem Wesen des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes, der eine flächendeckende vorsorgende Rechtspflege auf hohem Niveau ge-

währleistet, immanent. Es herrscht daher wenig Verständnis für Ansätze auf europarechtlicher Ebene, die in der Gebührenordnung des Notariats eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung sehen wollen. Die notarielle Gebührenstruktur, die von einer aufwandsbezogenen Berechnung absieht, schützt den sozial schwächeren Verbraucher, indem sie den Kostenaufwand gezielt umverteilt. Nur über diesen Umverteilungscharakter ist schließlich zu rechtfertigen, dass Notare für ihre Beratungstätigkeit per se keine Gebühren verlangen können.

VII. Fazit

Das spanische Notariat ist besonders dem deutschen hauptberuflichen Notariat ähnlich. Parallelen entdeckt man unter allen für den Notarberuf wesentlichen Aspekten: hinsichtlich der Aufgaben und der Funktion des Notars, der Struktur und der Organisation des Berufsstands und schließlich auch hinsichtlich der Bedeutung der öffentlichen Urkunde im Rechtsleben. Besonders die Skepsis, der die notarielle Tätigkeit auf europäischer Ebene derzeit ausgesetzt ist, macht es erforderlich, den wirtschaftlichen Wert der im Grundsatz durchaus einheitlichen Tätigkeit des Lateinischen Notariats in der Europäischen Union deutlich zu machen¹⁶. Für die Zukunft des europäischen Notariats wird es unerlässlich sein, intensiv über nationale Grenzen hinweg zu kooperieren und möglicherweise auch europaweit kompatible Dienstleistungen zu entwickeln.

¹⁶ In diesem Sinne vorbildlich ist die vom *Consejo General del Notariado* herausgegebene Studie von P. Garrido Chamorro, *La función notarial, sus costes y sus beneficios*, Madrid 2000, passim.

BUCHBESPRECHUNGEN

Amann/Brambring/Hertel (Hrsg. und Bearbeiter) mit weiteren Beiträgen von Kallrath, Rombach und Wegmann, Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, Verlag C.H. Beck, München 2002, XIV und 574 Seiten, € 45,-

Der *Amann/Brambring/Hertel* ist das erste und bisher einzige Buch zur Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform. Er behandelt das Thema gründlich, umfassend und in jeder Hinsicht überzeugend. Das Autorenteam verspricht höchste Qualität und Aktualität – und hält dieses Versprechen. Selbst hoch gesteckte Erwartungen werden gewiss übertroffen. Die teilweise jahrelange Beschäftigung mit den Problemen, Aufgaben und Zielen der Schuldrechtsreform spiegelt sich in der Brillanz und gleichzeitig eleganten Schlichtheit der Darstellung wider und macht die Lektüre zum Vergnügen.

Das Besprechungswerk besteht aus vier Hauptteilen: Der Erste, bestehend aus den Kapiteln A bis F, legt die Grundlagen für die Vertragsgestaltung. Gut gegliedert, übersichtlich und auf die für die Vertragsgestaltung wesentlichen Neuerungen konzentriert sind dort die Reform des Allgemeinen und Besonderen Schuldrechts einschließlich des Verjährungsrechts, der bisherigen Nebengesetze (AGB, HTWG VerbrKrG, etc.) und der Überleitungsvorschriften erläutert. Der Bezug zur Vertragsgestaltung wird stets hergestellt; die Theorie bereits in diesem Teil mit zahlreichen Formulierungsvorschlägen garniert. Beispiele, die meist aus der notariellen Praxis stammen, veranschaulichen die Materie. Das ausführliche Stichwortverzeichnis ermöglicht es dem Leser, zu einzelnen Themen schnell die richtige Fundstelle zu finden.

Der zweite Teil, Kapitel G, ist aus notarieller Sicht das Herzstück des Buches. Hier findet der Leser komprimiert und nach Vertragstypen sortiert alle wesentlichen Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die notarielle Gestaltungspraxis. Dies ermöglicht eine effiziente Überarbeitung aller bisher im Notariat verwandten Vertragsmuster. Dabei ist selbstverständlich nicht nur der Grundstückskauf in seinen unterschiedlichen Facetten erörtert, sondern auch der Unternehmenskauf, das Gesellschaftsrecht, der Einfluss auf die erb- oder familienrechtliche Beratung und die Bestellung von Erbbaurechten oder anderer dinglicher Rechte. *Alle* wesentlichen Vertragstypen der notariellen Vertragspraxis sind berücksichtigt, soweit sie von der Schuldrechtsreform erkennbar berührt werden.

Das Buch wird abgerundet durch zahlreiche Schemata, Checklisten und Übersichten, die eine Orientierung im neuen Gesetz erleichtern (Kapital H). Konkordanztabellen helfen bei der Suche spezieller Paragraphen. Ferner finden sich im Anhang wichtige Gesetzgebungsmaterialien, der Gesetzeswortlaut selbst und eine aktuelle Literaturübersicht.

Kurzum: Die Anschaffung des *Amann/Brambring/Hertel* zur Schuldrechtsreform ist für jeden Notar und Vertragsjuristen ein uneingeschränktes *Muss* und das Werk ein unentbehrlicher Wegbegleiter auf dem dornigen und jeden Notar noch lange fordernden Weg zur sicheren Umsetzung der Schuldrechtsreform in die Vertragspraxis. Zu diesem Werk gibt es keine Alternative.

Notarassessor Dr. Eckhard Wälzholz, Rosenheim

Arlt, Internationale Erbschaft- und Schenkungssteuerplanung, Herne/Berlin 2001, Verlag Neue Wirtschaftsbrieft, 426 Seiten, € 39,-

Die internationale Nachfolgeplanung gewinnt in der (notariellen) Beratungspraxis zunehmend an Bedeutung. Die Vermögenswerte der Bundesbürger im Ausland haben in den letzten Jahren stetig zugenommen. Neben Immobilien – Schätzungen zufolge besitzen bereits eine knappe Million der Bundesbürger ein Ferienhaus oder einen Altersruhesitz im Ausland – gilt dies vor allem für Beteiligungen an ausländischen Immobilienfonds oder im Ausland verwahrtes Wertpapiervermögen. Besonderheiten bei der Gestaltung der Vermögensnachfolge können sich aber auch aufgrund der persönlichen Situation der beteiligten Personen ergeben, etwa wenn Veräußerer oder Erwerber einen (Haupt-, Zweit- oder Neben-)Wohnsitz im Ausland haben oder (auch) eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzen.

Die bei der internationalen Vermögensnachfolge auftretenden zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Probleme sind im deutschsprachigen Schrifttum bislang noch wenig erörtert. *Arlt* kommt daher das Verdienst zu, als einer der ersten diese Fragen umfassend darzustellen und mögliche Gestaltungen praxisnah aufzuzeigen. Dabei beschränkt *Arlt* seine Untersuchung zu Recht auf den in der deutschen Beratungspraxis typischen Fall, dass sowohl Veräußerer als auch Erwerber aus-

schließlich deutsche Staatsangehörige sind, ihren ausschließlichen Wohnsitz und Aufenthaltsort in der Bundesrepublik Deutschland haben und der Auslandsbezug lediglich darin besteht, dass das zu übertragende Vermögen im Ausland belegen ist (S. 12 f.). In den Mittelpunkt seiner Gestaltungsüberlegungen stellt *Arlt* dabei zutreffend Vermögensübertragungen zu Lebzeiten (S. 268 ff.). Der zwingende Charakter vieler erbrechtlicher Vorschriften und die eingeschränkten Möglichkeiten einer Rechtswahl verhindern oftmals eine maßgeschneiderte Vermögensübertragung von Todes wegen. Hinzu kommt, dass die Erbrechtsordnungen der verschiedenen Staaten bislang in keiner Weise aufeinander abgestimmt sind und die auftretenden Kollisionsfragen in vielen Fällen ungelöst sind (siehe dazu nur *Edenfeld*, ZEV 2001, 457; *Birk*, DNotZ 2001, Sonderheft 100 Jahre DNotZ, 43*). Eine Koordinierung der rechtlichen Rahmenbedingungen ist derzeit (auch innerhalb der Europäischen Union) nicht in Sicht. So tritt in Frankreich beispielsweise zum 1.7.2002 eine grundlegende Reform des Erbrechts in Kraft, die vor allem die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten verbessert und eine Gleichbehandlung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern vorsieht¹. Die

¹ Loi no. 2001-1135 du 3 décembre 2001 *relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*, J.O. Numéro 281 du 4 décembre 2001 page 19279.

Schwierigkeiten bei der Gestaltung und Abwicklung deutsch-französischer Erbfälle werden dadurch aber nicht gelöst (dazu instruktiv *Döbereiner*, Ehe- und Erbverträge im deutsch-französischen Rechtsverkehr, Köln 2001; *Frank*, MittBayNot 2001, 39 [46 ff.]).

Nach einer kurzen Einführung in die zivilrechtlichen Grundlagen der internationalen Nachfolgeplanung (S. 15 ff.) stellt *Arlt* zunächst das deutsche internationale Erbschaft- und Schenkungssteuerrecht ausführlich dar (S. 31 ff.). Beim internationalen Steuerrecht handelt es sich – ähnlich wie beim internationalen Privatrecht – um nationales Recht. Es geht um die Frage, ob eine unentgeltliche Vermögensübertragung der deutschen Besteuerung unterliegt (S. 43). Während das deutsche internationale Erbrecht grundsätzlich auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers abstellt (Art. 25 Abs. 1 EGBGB), knüpft das deutsche internationale Erbschaft- und Schenkungssteuerrecht vorrangig an die Ansässigkeit der beteiligten Personen (Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthaltsort), und hilfsweise an die Belegenheit des übertragenen Vermögens an (siehe im einzelnen §§ 2 ErbStG, 4 AStG). Zum Abschluss der Einführung in die Grundlagen der internationalen Steuerplanung gibt *Arlt* einen lesenswerten Überblick über die ausländischen Erbschaft- und Schenkungssteuersysteme (S. 83 ff.). Dabei ist interessant, dass in manchen Staaten keinerlei Erbschaft- oder Schenkungssteuer erhoben wird. Mit Wirkung zum 25.10.2001 hat nunmehr auch Italien die Erbschaft- und Schenkungssteuer (*imposta sulle successioni e donazioni*) abgeschafft².

Den Schwerpunkt der Arbeit von *Arlt* bilden die Möglichkeiten zur steueroptimalen Gestaltung einer Vermögensübertragung zu Lebzeiten (S. 102 bis 367). Ziel der internationalen Steuerplanung ist es, die Gesamtsteuerbelastung in allen beteiligten Staaten zu minimieren.

Die mangelnde Abstimmung der verschiedenen Anknüpfungskriterien für eine Besteuerung in den einzelnen nationalen Steuerrechtssystemen ist eine wesentliche Ursache für eine mehrfache Besteuerung beim Erwerb von ausländischen Vermögen (S. 97 ff.). Zwischenstaatliche Abkommen zur Vermeidung einer solchen Doppelbesteuerung bestehen – anders als im Bereich der Ertragsteuern – bislang nur mit wenigen Staaten. Für Schenkungen zu Lebzeiten hat die Bundesrepublik Deutschland lediglich Abkommen mit Dänemark, Griechenland, Schweden und den USA geschlossen (das Abkommen mit den USA wurde jüngst geändert³). Für den Erwerb von Todes wegen bestehen darüber hinaus Abkommen mit Österreich und der Schweiz. Bei Vermögensübertragungen innerhalb der Europäischen Union stellt sich die Frage, ob eine mehrfache Besteuerung mit den europäischen Grundfreiheiten vereinbar ist und welche Rechte die Betroffenen im Einzelfall aus dem unterlassenen Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommens (vgl. Art. 293 EGV) geltend machen können (S. 266 ff.).

Ausgangspunkt der internationalen Steuerplanung sind zunächst die Regelungen in den bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen. Die einzelnen Abkommen und deren jeweiligen Besonderheiten werden von *Arlt* ausführlich und kenntnisreich dargestellt (S. 105 ff.). Neben dem sachlichen und persönlichen Abkommensbereich der einzelnen Abkommen

werden insbesondere die Regelungen zur Aufteilung des Besteuerungsrechts zwischen den einzelnen Vertragsstaaten und etwaige nationale Besteuerungsvorbehalte umfassend erörtert (S. 146 ff.). Qualifikationskonflikte treten auf, wenn einzelne Vermögenswerte aus der Sicht der beteiligten Vertragsstaaten von verschiedenen Zuteilungsnormen erfasst werden und damit jeder Staat sein Besteuerungsrecht geltend macht (S. 160 ff.). Bei der Übertragung von beweglichen Vermögenswerten stellt sich in der Praxis beispielsweise oftmals die Frage, ob sie einem Betriebsstättenvermögen zuzuordnen sind und daher der Belegenheitsbesteuerung des Betriebsstättenstaates, oder der allgemeinen Besteuerung des Wohnsitzstaates des Veräußerers unterliegen. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich auch im Zusammenhang mit der Übertragung von Beteiligungen an Personenhandelsgesellschaften (S. 172 ff.). Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Vertragsstaat (wie beispielsweise Deutschland) Personengesellschaften für steuerliche Zwecke als transparent ansieht (und deshalb die ideellen Anteile der Gesellschafter an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Wirtschaftsgütern besteuert) und der andere Vertragsstaat die Beteiligung als intransparent ansieht (und demnach die Beteiligung als einen eigenständigen Vermögenswert erfasst). Kollisionsrisiken bestehen meist auch bei der Übertragung von Sonderbetriebsvermögen (S. 185 f.). Anteile an der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG werden von Deutschland aufgrund seines Rechts zur Besteuerung des im Inland belegenen Betriebsvermögens in der Regel als Sonderbetriebsvermögen besteuert. Ausländische Staaten kennen den Begriff des Sonderbetriebsvermögens dagegen vielfach nicht und unterwerfen die Anteile an der Komplementär-GmbH dem Besteuerungsrecht des Wohnsitzstaates. *Arlt* empfiehlt zu Recht, derartige Qualifikationskonflikte nach Möglichkeit durch eine frühzeitige Umstrukturierung des Vermögens zu vermeiden.

Eine Besonderheit besteht bei der Übertragung von in Kanada belegenen Vermögenswerten. Kanada hat die Nachlasssteuer bereits 1972 abgeschafft. Die unentgeltliche Übertragung von Vermögen unterliegt statt dessen einer in das Einkommensteuerrecht integrierten Kapitalgewinnsteuer. Es stellt sich daher die Frage, ob im Falle einer Doppelbesteuerung mit deutscher Erbschaftsteuer und kanadischer *capital gains tax* das zwischen Deutschland und Kanada auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen bestehende Doppelbesteuerungsabkommen angewendet werden kann. Dies wird von *Arlt* mit überzeugenden Argumenten bejaht (S. 125, 145 f. und 186 ff.). Durch das neue Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Kanada vom 19.4.2001⁴ ergibt sich insoweit keine Änderung.

Soweit keine Doppelbesteuerungsabkommen bestehen, kann eine Vermeidung oder Milderung der Doppelbesteuerung lediglich durch unilaterale Maßnahmen (in Deutschland beispielsweise nach § 21 ErbStG) erreicht werden (S. 217 ff.). Da Deutschland im internationalen Vergleich ein eher moderates Erbschaft- und Schenkungssteuerniveau aufweist, liegt die zentrale Gestaltungsaufgabe darin, einen Überhang von nicht anrechenbarer ausländischer Steuer aufgrund eines höheren ausländischen Steuerniveaus zu vermeiden. Sofern das nicht möglich ist, verbleibt der Anrechnungsüberhang als zusätzliche Definitivbelastung.

Durch die Gestaltung der Vermögensstruktur (S. 284 ff.) und der persönlichen Verhältnisse der beteiligten Personen (S. 302

² Legge 18 ottobre 2001, n. 383, Gazzetta Ufficiale n. 248 del 24 ottobre 2001.

³ Siehe dazu BGBl. II 2000, 1170 = BStBl. I 2001, 110; BGBl. II 2001, 62 = BStBl. I 2001, 114 und BGBl. II 2001, 65 = BStBl. I 2001, 114.

⁴ Siehe dazu den Entwurf der Bundesregierung für das entsprechende Vertragsgesetz vom 5.10.2001, BT-Drucks. 14/7041.

ff.) kann in vielen Fällen eine erhebliche Reduzierung der Steuerbelastung erreicht werden. So begünstigt das deutsche Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht (derzeit) die Übertragung von inländischem Betriebsvermögen (§§ 13a Abs. 4 Nr. 1, 19a Abs. 2 Nr. 1 ErbStG). Zu den verfassungsrechtlichen Zweifeln an dieser Vorschrift siehe BFH, Beschluss vom 24.10.2001, II R 61/99, MittBayNot 2002, 63 (in diesem Heft) = BStBl. II 2001, 834 = DStR 2001, 2112 mit Besprechungsaufsatz *Hübner* S. 2193 = ZEV 2001, 505 mit Anm. *Vogt* = BB 2001, 2627 = DB 2001, 2634. Die Festsetzung der Erbschaft- und Schenkungsteuer erfolgt daher nur noch vorläufig, Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 6.12.2001, MittBayNot 2002, 66 = BStBl. I 2001, 985 = DStR 2002, 30. Die Übertragung ausländischen Betriebsvermögens ist nicht begünstigt. Im Hinblick auf die europäische Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit bezweifelt *Arlt* zu Recht, ob diese Beschränkung auch dann eingreift, wenn das Betriebsvermögen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union belegen ist (S. 296 ff.).

Zum begünstigten inländischen Betriebsvermögen gehört das gesamte Betriebsvermögen von Betrieben im Inland und Ausland, soweit es nicht einer ausländischen Betriebsstätte zuzurechnen ist. Für die Abgrenzung ist somit der Begriff der Betriebsstätte maßgebend (R 51 Abs. 4 Satz 1 ErbStR). Danach gehört auch eine Beteiligung an einer ausländischen Personen- oder Kapitalgesellschaft zum begünstigten Betriebsvermögen, wenn sie einem inländischen Gewerbebetrieb und nicht einer ausländischen Betriebsstätte zuzuordnen ist (R 51 Abs. 4 Satz 3 ErbStR). Sind Wirtschaftsgüter dagegen der ausländischen Betriebsstätte eines inländischen Gewerbebetriebs zuzurechnen, sind sie nicht begünstigt (R 51 Abs. 4 Satz 2 ErbStR). Investitionen im Ausland sollten daher weder über eine bloße Betriebsstätte im Ausland vorgenommen werden noch sollten die Anteile an einer ausländischen Gesellschaft

unmittelbar dem Privatvermögen zugeordnet werden. Vielmehr sollte die Beteiligung an einer Auslandsgesellschaft im inländischen Betriebsvermögen, zum Beispiel über eine Kapitalgesellschaft oder – soweit kein ausländisches Betriebsstättenvermögen vorhanden ist – über eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG gehalten werden (S. 291 ff.).

Abschließend erörtert *Arlt* die Frage, inwieweit ausländische Familienstiftungen (S. 318 ff.) oder Trusts (S. 327 ff.) zur internationalen Vermögensnachfolge genutzt werden können. *Arlt* legt überzeugend dar, dass diese Rechtsformen für Steuerinländer in den meisten Fällen steuerlich nachteilig sind. Die Errichtung eines Trusts ist für deutsche Staatsangehörige zudem schon aus zivilrechtlichen Gründen nur sehr eingeschränkt möglich.

Ein umfangreiches Literaturverzeichnis (S. 376 bis 405) sowie eine detaillierte Übersicht der zitierten Gerichtsentscheidungen und Anweisungen der Finanzverwaltung (S. 406 bis 414) schließen das Werk ab. Ein präzises und ausführliches Stichwortverzeichnis (S. 419 bis 426) erleichtert die Orientierung.

Die internationale Nachfolgeplanung wirft schwierige zivilrechtliche und steuerrechtliche Fragen auf. *Arlt* weist zu Recht darauf hin, dass eine umfassende Prüfung der jeweiligen rechtlichen und steuerlichen Situation im In- und Ausland durch unabhängige Berater in praktisch allen Fällen unerlässlich ist (S. 368 ff.). Die damit verbundenen Kosten sind im Vergleich zu den mit der Vermögensübertragung insgesamt verbundenen Transaktionskosten und möglichen späteren Vermögensschäden in der Regel vergleichsweise gering. Bei der Gestaltung von Vermögensübertragungen mit Auslandsbezug stellt das Werk von *Arlt* jedenfalls einen unverzichtbaren Ratgeber dar.

Notar *Thomas Wachter*, Osterhofen

Busse, Baurecht für die Praxis, Carl Link Verlag, Kronach, 2. Aufl. 2001, € 65,45

Die (entgegen dem Titelaufdruck) 2. Auflage des für die Praxis verfassten Werks zum Bauplanungsrecht in Stichworten wendet sich in erster Linie an die Gemeinden. Das Buch ist aber auch für Notare interessant, da es ihnen eine rasche Information zu baurechtlichen Themen ermöglicht, die für den Grundstücksverkehr von Bedeutung sind. Dies belegen die Stichworte Altlasten, Ausgleichsmaßnahmen, Erschließung, Immissionsschutz im Rahmen der Bauleitplanung, Städtebauliche Verträge, Teilung von Grundstücken, Umlegung, Vorhaben- und Erschließungsplan und Vorkaufsrechte. Wer unter dem Stichwort „Außenbereich“ nachsieht, erhält z. B. auch Informationen über die baurechtlichen Probleme

von diesbezüglichen Vorhaben. Und unter den Städtebaulichen Verträgen findet sich die für die Annahme von Kaufangeboten im Vorfeld von Bauleitplanverfahren wichtige Tabelle der Entwicklung des Baulandwertes (vgl. OLG München, MittBayNot 1999, 586, inzw. rechtskräftig). Aber auch Streitfragen der Vertragsgestaltung so z. B. die Bedeutung des AGB-Rechts bei städtebaulichen Verträgen, werden behandelt (vgl. hierzu allerdings unter dem Blickwinkel der Schuldrechtsmodernisierung nunmehr *Grziwotz*, NVwZ 2002, erscheint demnächst).

Es handelt sich um ein auch für den Grundstücksverkehr höchst empfehlenswertes Buch, das ein erfahrener Praktiker für Praktiker zur raschen und dennoch fundierten Information geschrieben hat.

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

Fassbender, Notariatskunde, Bonn, Deutscher Anwaltsverlag, 14. Auflage 2001, 842 Seiten, € 42,95

Das Lehrbuch will vornehmlich der Zielgruppe der Auszubildenden im Notariat eine Lektüre in die Hand geben, mit der diese in sämtliche, sie betreffende Themen rund um das Notariat und die zu erledigenden Aufgaben eingeführt werden, was den Verfassern auch gelungen ist.

Hervorzuheben ist der logische und systematische Aufbau der Lektüre. Angefangen bei der Organisation des Notariats und der Stellung des Notars wird das Notariat in seiner Funktion als Instrument der vorsorgenden Rechtspflege dargestellt. Darüber hinaus zeigt das Buch alle Tätigkeitsbereiche aus dem Grundstücksverkehr, dem Familien-, Ehegüter-, Erb-, Handels- und Vereinsrecht und dem Notariatskostenrecht auf und führt dem Auszubildenden das nötige Hintergrundwissen

zur praktischen Ausbildung im Notariat zu. Die besprochenen Themengebiete werden durch Beispielfälle anschaulich dargestellt; Problempunkte werden ebenso angesprochen und Lösungsvorschläge aufgezeigt. Formulierungsvorschläge helfen dem Einsteiger, mit der Vertragsgestaltung vertraut zu werden.

Die „Notariatskunde“ ist Standardwerk und Pflichtlektüre für jeden Auszubildenden. Besonders hervorzuheben sind die zur Voraufgabe erweiterten bzw. ergänzenden Ausführungen

- zur Dienstordnung der Notare, die im Hinblick auf die im Jahr 2001 erfolgte Gesetzesänderung notwendig war;
- zum Gesetz über die Beschleunigung fälliger Zahlungen;
- über die Möglichkeit der Eintragung eines Wirksamkeitsvermerkes im Rahmen der Bestellung von Kaufpreisfinanzierungsrechten;
- zu Unterhaltsvereinbarungen im Rahmen von Scheidungsvereinbarungen, die größte Sensibilität bei der Vertragsgestaltung und Urkundsvorbereitung im Hinblick auf die neuesten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen erfordern;
- zur Außenrechtsfähigkeit der GbR;
- zur faktischen Testierunfähigkeit schreib- und sprechunfähiger Personen und der augenblicklichen Möglichkeit nach Maßgabe der allgemeinen Beurkundungsvorschriften für Willenserklärungen zu testieren.

Nicht unerwähnt bleiben sollen die neuen Abhandlungen über die Altlastenproblematik beim Grundstückskauf, ebenso die Ausführungen zum sog. „Behindertentestament“ samt dem Muster eines Behindertenerbvertrages.

Dem Beurkundungsaufkommen nicht mehr entsprechend erscheinen die umfangreichen Ausführungen zum Kauf auf Rentenbasis. Diese Vertragsgestaltung hat in der Praxis an Bedeutung verloren. Auch die nostalgisch anmutenden Darstellungen des Kostenregisters und der Grundbuchblätter spiegeln ein veraltetes und nicht mehr zeitgemäßes System wider. Hier wäre Überarbeitung im Hinblick auf die zunehmend automationsgestützte Führung von Büchern und Verzeichnissen wünschenswert.

Positiv zu bewerten sind die Ausführungen zur „Eingetragenen Lebenspartnerschaft“, auch wenn sie nur sehr knapp im Bereich des Erb- und Pflichtteilsrechts behandelt werden. Künftigen Auflagen wäre hier eine ausführlichere und sachgerechtere Darstellung zu wünschen.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass bei der Ausbildung zum Notarfachangestellten auf die Unterstützung des „Notariatskundebuches“ als Lehr- und Unterrichtsmittel sowie als Eigenlektüre nicht verzichtet werden sollte.

Oberinspektor i.N. *Thomas Zimmermann*, München

Fuhrmann, Der GmbH-Geschäftsführer-Vertrag – Musterklauseln mit Varianten und Praxishinweisen, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2001, 203 Seiten, € 37,-

Das neu auf dem Büchermarkt befindliche Werk beginnt mit einem systematischen Teil, der die Doppelstellung des Geschäftsführers, nämlich als Organ der Gesellschaft und als Arbeitnehmer, darstellt; darüber hinaus wird auch die steuerrechtliche Einordnung als Einkünftebezieher aus nicht selbstständiger Arbeit und die sozialrechtliche Einordnung, also die Versicherungspflicht in der Renten-, Kranken- und Arbeitslosenversicherung behandelt. Der zweite Teil enthält die einzelnen Vertragsklauseln, jeweils mit Varianten, Gestaltungshinweisen und Formulierungsvorschlägen. Neben den Standardregelungen über Aufgaben und Pflichten des Geschäftsführers, Zustimmungsvorbehalte, Gehalt und sonstige Vergütungen sowie Dauer und Kündigung, werden auch Bestimmungen, denen häufig zu wenig Beachtung geschenkt wird, insbesondere Wettbewerbsverbote und Geschäftschancen, betriebliche Altersversorgung sowie Haftung und Versicherung eingehend erörtert.

Der Anhang enthält zusammenfassend

- komplette Muster eines Anstellungsvertrages eines Fremdgeschäftsführers und
- eines beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers sowie
- das Muster eines Aufhebungsvertrages und
- Anmeldungen zum Handelsregister.

Aus der geschilderten Gliederung ergibt sich bereits die bestechendste Eigenschaft des Werkes, nämlich der rasche Zugriff zu der jeweiligen Regelungsmaterie, wobei die übersichtliche Darstellung der einzelnen Kapitel diesen Eindruck

noch unterstreicht. Weiter ist hervorzuheben, dass die grundlegenden Unterschiede zwischen den einzelnen Vertragstypen, insbesondere dem Fremdgeschäftsführer, dem Minderheits-Gesellschafter-Geschäftsführer und dem beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer deutlich herausgestellt werden.

Zu kritisieren bleibt wenig. Die Auffassung, der Finanzverwaltung könne im Vorhinein die Geschäftsordnung übermittelt werden, um eine vereinbarte Ressortaufteilung zu offenbaren und die Haftung des Geschäftsführers entsprechend einzuschränken, ist reine Theorie. Die Finanzverwaltung verlangt ohnehin die Abschrift des Geschäftsführervertrages, ohne dass diese Information eine Haftungsbegrenzung mit sich bringen würde.

Der Hinweis auf die Entlastung des Geschäftsführers ist zu kurzorisch. Die Wirkung, nämlich der Verzicht auf alle erkennbaren Schadensersatzansprüche, sollte in der Neuauflage deutlich herausgestellt werden mit der Empfehlung, auf die jährliche Entlastung zu drängen, selbst wenn kein Rechtsanspruch auf Entlastung (BGH GmbHR 1985, 356) bestehen sollte.

Bei dem Wettbewerbsverbot wird eine Entschädigung in Höhe von 50 % des (letzten) festen Jahresgehaltes vorgesehen. Die Praxis geht überwiegend von einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot ohne Anspruch auf Karenzentschädigung aus. Zudem fehlt ein Hinweis auf das steuerliche Wettbewerbsverbot und auf die Möglichkeit der Generalbefreiung zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung.

Für die Gehaltsbemessung wäre ein Hinweis auf die regelmäßig in der GmbH-Rundschau veröffentlichten Bemessungskriterien hilfreich. Bei der Pensionszusage ist an Stelle der Verpflichtung, die Versorgungsleistungen gegen Fälle der Insolvenz der Gesellschaft abzusichern, eine sofortige Verpfändung empfehlenswert.

Der Vorschlag, für den Geschäftsführer eine Organhaftpflichtversicherung mit einer Schadensdeckung bis zu 5 Mio € pro Kalenderjahr abzuschließen, ist ehrenwert, aber nicht *usus*, da die Prämien für eine derartige Versicherung das übliche Geschäftsführergehalt eines Geschäftsführers bei weitem übersteigen würden, vgl. *Hucke* DB 1996, 2269.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Buch für den

Notar sehr hilfreich ist, da das Werk einen raschen Überblick gewährt und eine individuelle Gestaltung des jeweiligen Geschäftsführer-Vertrages erleichtert. Mit diesem Werk ist der Notar in der Lage, dem Geschäftsführer-Vertrag, der in der notariellen Praxis leider vernachlässigt wird, mehr Aufmerksamkeit zu widmen.

Notar *Dr. Sebastian Spiegelberger*, Rosenheim

Gottwald/Schwab/Büttner, Family & Succession Law in Germany, Verlag C. H. Beck, München 2001, 170 Seiten, € 50,-

Die in englischer Sprache verfasste Darstellung richtet sich eigentlich an den Rechtsuchenden, der nicht im deutschen Recht ausgebildet worden ist: Dies wird bereits deutlich an den einleitenden Abschnitten, welche einen Überblick über die politische, historische und demographische Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland sowie die Entstehung und die Quellen des Familien- und Erbrechts bieten. Das Werk ist in vier Teile gegliedert, nämlich Personenrecht (12 Seiten), Familienrecht (66 Seiten), Ehegüterrecht (10 Seiten) und Erbrecht (49 Seiten). In jedem dieser Teile werden die Grundlagen der entsprechenden Rechtsmaterien im Stile eines knappen Grundrisses aufbereitet und im Wesentlichen anhand der gesetzlichen Bestimmungen dargestellt.

Inhaltlich wird das Werk dem mit kautelaren Fragestellungen befassten Juristen daher insoweit nicht von Nutzen sein, als es keine Formulierungsbeispiele in englischer Sprache und auch keine umfassende theoretische Darstellung von Gestaltungsmöglichkeiten bietet.

Die Leistung des Autorenteam – und damit auch der Nutzen

für den Leser – liegt in der systematischen Darstellung der Kerngebiete des Familien- und Erbrechts in englischer Sprache. Wer mit englischsprachigen Vorgängen in diesen Rechtsgebieten befasst ist und sich den benötigten Wortschatz systematisch erarbeiten will, anstatt ihn mühevoll in einem Rechtswörterbuch aufzusuchen, wird das Werk gewinnbringend einsetzen können. Die englische Übersetzung des deutschen Rechts wird auch von *native speakers* als gut beurteilt, auch wenn Unschärfen (z.B. bei der Darstellung des Hoferbenrechts [S. 118], die den Eindruck erweckt, ein solches gebe es überall in Deutschland; beim auf S. 119 eher ungenau beschriebenen Inhalt des Pflichtteilsanspruchs – klarer dann auf S. 138) nicht ausbleiben. Bei der schwierigen Aufgabe der Übersetzung deutscher Spezialbegriffe wie Zugewinnausgleich (*equalization of accrued gains*) oder Versorgungsausgleich (*equalization of support*) wird des Öfteren auf die Vorschläge des Standardwerkes von *A. Romain, Dictionary of Legal and Commercial Terms* zurückgegriffen.

Für das beschriebene Einsatzgebiet stellt der Grundriss von *Gottwald/Schwab/Büttner* daher eine echte Bereicherung dar, auch wenn er insgesamt im Bereich des Notariats eher ein „Exot“ bleiben wird.

Notarassessor *Christoph Schrenk*, Erlangen

Gustavus, Handelsregister-Anmeldungen, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 5. Auflage 2001, 322 Seiten, € 37,63

Nur zwei Jahre nach der Voraufgabe ist die 5. Auflage des *Gustavus* erschienen. Das zeigt, dass sich dieser „Wegweiser“ durch das Recht der Handelsregister-Anmeldungen in der Praxis hervorragend bewährt. Das Werk befindet sich nunmehr hinsichtlich Rechtsprechung und Literatur auf dem Stand April 2001. Die Neuauflage berücksichtigt ferner die ab 1.1.2002 geltenden Änderungen durch das Gesetz zur Umstellung des Kostenrechts sowie zur Umstellung der Gebühren und Geschäftswerte auf den Euro; die jeweiligen Euro-Beträge befinden sich als Klammerzusatz hinter den DM-Beträgen. In Umfang und Preis hat das Buch leicht zugelegt.

Das gelungene Konzept des Werks wurde beibehalten. Es bietet zunächst allgemeine Hinweise zum Handelsregister und zum Verfahren der Handelsregisteranmeldung bzw. -eintragung. Das Kernstück bildet Teil A, eine klar gegliederte Übersicht über die unternehmensrechtlichen Vorgänge, die eine Anmeldung beim Handelsregister erfordern oder deren An-

meldung jedenfalls möglich ist. Neben zahlreichen Formulierungsvorschlägen wird jede Anmeldung dahingehend erläutert, wer sie zu veranlassen hat, welche Unterlagen ihr beizufügen sind und wie sie kostenrechtlich beim Notar und beim Registergericht bewertet wird. Teil B bietet eine Sammlung wichtiger Entscheidungsleitsätze zum Handelsregisterrecht. Den Bedürfnissen der Praxis entsprechend bietet die Neuauflage eine gewisse Akzentverschiebung zugunsten der Aktiengesellschaft; besonders die Anmeldungen aktienrechtlicher Kapitalmaßnahmen werden ausführlicher dargestellt (Muster A 140 bis A 143). Hervorzuheben sind ferner die erweiterten Ausführungen zur Euromstellung bei der GmbH (Muster A 129). Hier bieten die Autoren Formulierungsvorschläge nicht nur für Anmeldungen, sondern auch für Gesellschafterbeschlüsse.

Als Anregung für die nächste Auflage sei angemerkt: Für die notarielle Praxis wären im Teil „Allgemeines zu Handelsregisteranmeldungen“ einige Bemerkungen zu Registeranmeldungen durch den Notar vor dem Hintergrund des § 129 FGG nützlich. Die in der Rechtswirklichkeit an Bedeutung gewinnende Errichtung von Zweigniederlassungen ausländi-

scher Gesellschaften wird mit den Hinweisen in den Mustern A 40 und A 113 nur knapp behandelt; eine Darstellung der erforderlichen Unterlagen wäre hilfreich. Schließlich ist zu überlegen, ob Umwandlungsvorgänge in Teil A nicht – wie bereits in Teil B – der besseren Übersichtlichkeit wegen zu einem eigenen Abschnitt zusammengefasst werden sollten. Auch gäbe es hier durchaus praxisrelevante Ergänzungen, z. B. die Anmeldung der Ausgliederung des Vermögens eines Einzelkaufmanns auf eine GmbH oder auf eine GmbH & Co. KG.

Der nachgerade hektische Reformeifer des Gesetzgebers hat bereits dafür gesorgt, dass auch die 5. Auflage des „*Gustavus*“ stellenweise wieder veraltet ist. Am 15.12.2001 ist das Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekom-

munikation (ERJuKoG) in Kraft getreten (BGBl. I Nr. 66 S. 3422). Es sieht vor, dass künftig auch bei Personenhandelsgesellschaften die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter zum Handelsregister selbst dann einzutragen ist, wenn diese dem gesetzlichen Modell entspricht. Dies ist z. B. bei der Verwendung der Muster A 21 und A 60 zu beachten.

Insgesamt dient das Buch als äußerst zuverlässiger Begleiter durch den „Dschungel“ der Handelsregisteranmeldungen; es eignet sich auch vorzüglich für Ausbildungszwecke. Insbesondere wegen des hervorragenden Preis-Leistungs-Verhältnisses ist auch die Anschaffung der Neuauflage uneingeschränkt zu empfehlen.

Notarassessor *Benedikt Selbherr*, München

Hildesheim (Hrsg.), Haus- und Grundbesitz im Steuerrecht, bearbeitet von C.-U. Hildesheim, F. Hildesheim, Hofmann, Kaligin, Ronig, Schmider, Schmieszek, Schmitz, Schoor, Spindler, Wassmann, Zimmermann, Loseblattsammlung, Stand: 5. Ergänzungslieferung September 2001, 1798 Seiten, Verlag C.F. Müller, Heidelberg, € 75,67

Der *Hildesheim* enthält eine gelungene und umfassende Darstellung des geltenden Immobilien-Steuerrechts. Die steuerlichen Interessenschwerpunkte und Sichtweise des Notariats werden hervorragend berücksichtigt. Dies liegt gewiss nicht zuletzt daran, dass das Besprechungswerk unter maßgeblicher Mitwirkung von zwei Notarassessoren entstanden ist. Einerseits zeichnet *F. Hildesheim* (Notarassessor in Trier) für die Gestaltung von Familienpools und einen einleitenden Teil verantwortlich, der das immobilienbezogene Zivilrecht übersichtlich darstellt. Dieser Teil richtet sich allerdings mehr an die anderen Zielgruppen, wie Rechtsanwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer, weniger an Notare oder Notarassessoren. *C. Schmitz*, Notarassessor in Koblenz, hat den ausgezeichneten Teil zur Besteuerung von Ferienwohnungen verfasst.

Der Notar ist zwar grundsätzlich nicht verpflichtet, die Beteiligten über steuerliche Fragen zu belehren und entsprechende Steuergestaltungen von sich aus vorzuschlagen. Dennoch erwarten die Beteiligten dies gelegentlich und wissen eine entsprechende Beratung zu schätzen. Dem Image des Notars als herausragendem Rechtsberater und -gestalter ist ein steuerliches Engagement gewiss nicht abträglich. Durch eine übersichtliche Gliederung und sehr verständliche Darstellung ermöglicht der *Hildesheim* einen schnellen und zuverlässigen Informationszugriff. Der *Hildesheim* kann so der entscheidende Schlüssel zum sprichwörtlichen Schloss mit sieben Siegeln des Steuerrechts sein.

Abgesehen von der begrüßenswerten notariellen Beteiligung am Autorenteam besteht dieses durchgehend aus weitgehend bekannten Praktikern des Steuerrechts. Herausstechendste Persönlichkeit des Autorenteam ist der Vizepräsident des BFH, *Spindler*, der nicht nur für viele Fragen der Immobilienbesteuerung mit seinem, dem IX. Senat des BFH zuständig ist, sondern sich auch durch zahllose wissenschaftliche und doch praxisnahe, meist praxisfreundliche Aufsätze einen Namen als einer der besten Kenner des Immobilien-Steuerrechts gemacht hat.

Thematisch ist der *Hildesheim* wie folgt gegliedert: Nach einer Einleitung mit den aktuellen steuerlichen Entwicklungen der steuerlichen Gesetzgebungshektik der letzten Jahre (von *Schmider* und *Ronig*, Rdnr. 11110 ff.) reiht sich eine Sammlung wichtiger immobilienrelevanter Verwaltungserlasse und BFH-Urteile ein (Rdnr. 12000 ff.). Dem folgt die Darstellung der zivilrechtlichen Grundlagen des Immobilienrechts (*F. Hildesheim*, Rdnr. 20100 ff.), der Grunderwerbsteuer (*Hofmann*, Rdnr. 20200 ff.), des Fördergebietesgesetzes (*Kaligin*, Rdnr. 20400 ff.), der Grundsteuer (*Schmieszek*, Rdnr. 20500 ff.) und Bewertung (*Zimmermann*, Rdnr. 20700 ff.). Anschließend findet sich im zweiten Band der Loseblattsammlung der Hauptteil mit den alphabetisch geordneten Stichworten Ausland und Eigenheimzulage (beides *C.-U. Hildesheim*), Familienpool (*F. Hildesheim*), Ferienwohnung (*Schmitz*), fremd vermietetes Wohneigentum (*Schmieszek*), gewerblicher Grundstückshandel (*Spindler*), Grundstücksübertragung auf Kinder (*Schoor*), Inländischer Grundbesitz von Ausländern (*C.-U. Hildesheim*) und schließlich Spekulationsgeschäfte bei Grundstücken (*Wassmann*). Allein die vorstehende Aufzählung dürfte bei jedem steuerrechtlich interessierten Notar großes Interesse an dem Werk erwecken: Findet sich darunter doch im Wesentlichen die gesamte Bandbreite von steuerlichen Problemen, mit denen die Notariatspraxis sich beschäftigt. Die Darstellung – beispielsweise – des gewerblichen Grundstückshandels oder der Grunderwerbsteuer ist im Übrigen derartig fundiert und komprimiert, dass sie in den allermeisten Fällen den Blick in einen Kommentar ersparen können.

Hervorzuheben ist auch die Erläuterung der Eigenheimzulage von *C.-U. Hildesheim*. Sie ist nicht nur aktuell, sondern auch mit 303 Seiten äußerst umfangreich. Selten werden in der notariellen Praxis Fragen auftauchen, für die sich in dieser Darstellung nicht die Antwort findet. Dieser Teil kommt manchen Standardwerken wie dem *Handzik/Meyer*, Eigenheimzulage, 4. Auflage 2001 nahe oder gleich. Die Darstellung wird durch Beispiele und Gestaltungshinweise ergänzt. So findet sich dort z. B. der Hinweis auf die Schädlichkeit einer mittelbaren Grundstückschenkung i.R.d. EigZulG (Rdnr. 30040/46) und auf die Möglichkeit, durch geschickte Gestaltung einer Trennungvereinbarung einen doppelten Objektverbrauch von Ehegatten im Scheidungsfall zu vermeiden (Rdnr. 30040/130 f.). Das gleiche Niveau der Darstellung erreicht auch die bekannte GrESt-Komentatorin *Hofmann* in ihrer Darstellung zum GrEStG.

Bei der bereits oben erwähnten, sehr gelungenen und praxisnahen Darstellung der Besteuerung des Familienpools (vgl. dazu auch ausführlich *Spiegelberger*, Unternehmensnachfolge, Rdnr. 212 ff.) sollte m.E. im Rahmen der nächsten Nachlieferungen die Einschaltung von Kommanditgesellschaften stärkere Berücksichtigung finden, da diese inzwischen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in den meisten Fällen ersetzt. Wertvoll und zutreffend, häufig jedoch noch unbekannt, ist der Ratschlag von *F. Hildesheim*, die vermögensverwaltende KG als Gesellschaftsform zu wählen, um das Sonderkündigungsrecht des Minderjährigen nach § 723 Abs. 1 S. 3 BGB bei Eintritt der Volljährigkeit zu vermeiden. Denn dieses gilt für Kommanditisten – zumindest bei voll einbezahltem Kommanditanteil – nicht, vgl. Rdnr. 30060/33 m.w.N.

Die Erläuterung des gewerblichen Grundstückshandels stammt aus der Feder von *Spindler*. Nach dem oben Gesagten erübrigen sich weitere Kommentare. Selbst die Vergabe des Prädikates „summa cum laude“ wäre ein *Understatement!*

Der Themenkomplex der privaten Veräußerungsgeschäfte nach § 23 EStG ist sehr instruktiv, derzeit jedoch nicht auf dem neusten Stand, da der Erlass des BMF vom 5.10.2000 nicht berücksichtigt ist. Dieser Teil schweigt zu den Fragen, wann im Rahmen von Scheidungs- oder Trennungvereinbarungen entgeltliche Veräußerungsgeschäfte getätigt werden (vgl. dazu *Tiedtke/Wälzholz*, RNotZ 2001, Heft 9), ob ein solches durch eine Teilung nach § 3 WEG verwirklicht wird, ob die Realteilung einer Miteigentümergeinschaft ohne Ausgleichszahlung ein entgeltlicher Tausch der Miteigentumsanteile ist (verneinend *Fischer* in: *Kirchhof*, EStG, § 23 Rdnr. 11) oder ob ein Erbanteilskauf über einen Nachlass, in

dessen Vermögen sich Grundbesitz befindet, trotz des unklaren Wortlauts des § 23 Abs. 1 S. 4 EStG von § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG erfasst wird (verneinend *Heinicke* in: *Schmidt*, EStG, § 23 Rdnr. 9 m.w.N.). Eine gewisse Vertiefung wäre für die nächsten Nachlieferungen wünschenswert.

Verwunderung löst die Breite der Darstellung der Grundsteuer und der Einheitsbewertung aus, während die Grundbesitzbewertung nach dem BewG in Erb- und Schenkungsfällen sowie im Rahmen der Grunderwerbsteuer fehlt.

Der *Hildesheim* ist auf Expansionskurs. Einige noch nicht oder noch nicht ausreichend behandelte Rechtsgebiete werden derzeit noch ergänzt. So könnte zur Abrundung der bewertungsrechtlichen Ausführungen zur Einheitsbewertung noch eine Darstellung der erbschaftssteuerlich und Grunderwerbsteuerlich relevanten Bedarfsbewertung von Grundbesitz nach den §§ 138 ff. BewG ergänzt werden. Die Einfügung der Stichworte „Nießbrauch“, „Besteuerung des Erbbaurechts“, „Besteuerung des Dauerwohnrechts“ oder „Schuldzinsenabzug“ könnten das Werk vervollständigen. Dann kann das Werk dem Notar wirklich als *erschöpfendes* Nachschlagewerk für immobilienbezogene steuerrechtliche Fragen dienen.

Abschließend kann der *Hildesheim* jedem Notar mit bestem Gewissen zur Anschaffung empfohlen werden; er sollte in keiner notariellen Bibliothek fehlen. Das Preis-Leistungs-Verhältnis ist ausgezeichnet! So viel notarrelevantes und gut verständliches Steuerrecht für das Geld erhält man sonst fast nirgends.

Von Notarassessor Dr. Eckhard Wälzholz, Rosenheim

Knott/Mielke/Weidlich, Unternehmenskauf, RWS-Vertragskommentar 3, Köln 2001, 400 Seiten, € 72,-

Neben bereits in der MittBayNot rezensierten Neuauflagen auf dem Gebiet des Unternehmenskaufs (z.B. MittBayNot 2000, 417: *Holzapfel/Pöllath*; MittBayNot 2001, 568: *Wollny*, Unternehmens- und Praxisübertragungen) sind einige weitere Neuerscheinungen zu verzeichnen, darunter:

- *Hölters*, Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaus, 5. Aufl. 2001
- *Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf/Unternehmensverkauf, 2001
- *Semler/Volhard*, Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen, 2001
- und *last, but not least* das hier zu rezensierende Buch.

Um es vorwegzunehmen: Der „Unternehmenskauf“ von *Knott/Mielke/Weidlich* behandelt nahezu alle Fragen, die den Notar bei der Gestaltung eines Unternehmenskaufs interessieren können, kompetent und praxisnah. Entsprechend der Intention der Reihe „RWS-Vertragskommentare“ beschränkt sich das Buch nicht auf Gestaltungsüberlegungen, sondern enthält vier Vertragsmuster zum Unternehmenskauf, ferner das Muster eines Übernahmeangebots, sämtliche mit hilfreichen Erläuterungen.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis Sommer 2001 berücksichtigt, so dass nicht nur die Unternehmenssteuerreform 2001, sondern auch das neue Übernahmegesetz

eingearbeitet sind. Nur kurz erwähnt in der Einführung sind die Änderungen durch die Schuldrechtsreform (S. 18 f.), die vor allem die gesetzliche Gewährleistung im Unternehmenskauf betreffen; den Vertragsmustern samt Erläuterungen ist offensichtlich noch das „alte“ Schuldrecht zugrunde gelegt. Erste Stellungnahmen zu den Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Gestaltung des Unternehmenskaufs sehen allerdings keinen nennenswerten Anpassungsbedarf, so dass hiernach ohne weiteres mit den vorgeschlagenen Vertragsmustern gearbeitet werden kann. Sollten freilich mit der Verwendung von Garantien deren Rechtsfolgen tatsächlich in einem so weitgehenden Maße gesetzlich zwingend festgelegt sein, wie es z.B. die Ausführungen von *Brambring*, DNotZ 2001, 904, 910, unter Verweis auf die §§ 443 f. BGB n.F. nahelegen, sollte die Aufnahme der vorgeschlagenen Gewährleistungsgarantien in dieser Ausgestaltung und mit dieser Terminologie nochmals überdacht werden.

Im Einzelnen gliedert sich das Buch wie folgt:

- Allgemeine Einführung zum Unternehmenskauf (79 Seiten), die u.a. behandelt den Ablauf eines Unternehmenskaufs (mit Hinweisen zum *letter of intent* und zur *due diligence*), steuerliche Gestaltungsüberlegungen, arbeits- und kartellrechtliche Aspekte, sonstige Wirksamkeits- und Formerfordernisse sowie besondere Formen des Unternehmenskaufs (MBO bzw. MBI, Kauf aus der Insolvenz),
- Muster 1, betreffend einen GmbH-Geschäftsanteilskauf- und -abtretungsvertrag (26 Seiten), nebst Erläuterungen zu den Vertragsbestimmungen (53 Seiten),

- Muster 2, betreffend einen Kauf- und Abtretungsvertrag über einen Geschäfts- und einen Kommanditanteil, also den Kauf einer GmbH & Co. KG (27 Seiten), nebst Erläuterungen (29 Seiten),
- Muster 3, betreffend den Kauf von Wirtschaftsgütern, in der Form des Kaufs eines Teilbetriebs (Zweigniederlassung) im Wege eines sog. *asset-deals* (21 Seiten), nebst Erläuterungen (35 Seiten),
- Muster 4, betreffend einen Aktienkaufvertrag (Kauf von 40 % einer nicht börsennotierten AG) mit einer AG als Käuferin und einem Formulierungsvorschlag zur Gewährung von Aktien an der Käufer-AG anstelle eines Barkaufpreises als Gegenleistung an den Verkäufer (sog. *share-for-share-deal*) (6 Seiten), nebst Erläuterungen (18 Seiten),
- Muster 5, betreffend ein Übernahmeangebot (zum Erwerb einer börsennotierten AG) (11 Seiten), nebst Erläuterungen (38 Seiten),
- Ausführliches und aktuelles Literaturverzeichnis (20 Seiten), u.a. mit einer guten Auswahl interessanter und hilfreicher Aufsätze; enthalten sind natürlich auch ein Inhalts- und ein Stichwortverzeichnis.

Wie aus diesem Überblick unschwer zu ersehen, handelt es sich sämtlich um Muster, die in der Notarpraxis gute Dienste leisten können. Die Muster zeigen, dass die Autoren mit der Gestaltung und auch der Beurkundung von Unternehmenskäufen gut vertraut sind. Auch wenn in der Aufzählung der Berater bei der Ausgestaltung eines Unternehmenskaufs (Steuerberater und Rechtsanwälte, S. 30) der Notar zunächst fehlt, erhält dieser jedenfalls bei der Abwicklung des Geschäfts eine aktive Rolle; so wird z.B. im Muster 2 die Abwicklung über ein Notaranderkonto vorgeschlagen (nicht erwähnt ist hier – Rdnr. 737 – allerdings die Alternativgestaltung mittels einer auflösenden Bedingung anstelle der dort zu Recht als ungeeignet erkannten aufschiebenden Bedingung). Im Muster 1 obliegt dem Notar die konkrete Festlegung des im Vertrag nur abstrakt umschriebenen Übertragungstichtags. Außerdem soll der Notar verpflichtet sein (so Rdnr. 342), bei der Vorlage von Vollmachten i.R. einer Geschäftsanteilabtretung die Echtheit der Unterschriften zu prüfen – dem ist nicht beizupflichten; richtig ist aber der Hinweis, dass sich diesbezügliche Zweifel mit notariell beglaubigten Vollmachten von vornherein vermeiden lassen.

Beim Verkauf einer GmbH & Co. KG weisen die Autoren zwar auf die Heilungsmöglichkeit nach § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG hin, empfehlen aber generell die Beurkundung auch der Übertragung des Kommanditanteils.

Nicht ganz einfach bei der Gestaltung von Unternehmenskäufen erweist sich immer wieder die Festlegung des Übertragungstichtags und die Abstimmung der zugehörigen Regelungen. Bei den vorgeschlagenen Vertragsmustern wird der Stichtag lediglich abstrakt festgelegt und fällt letztlich auf einen (nach Eintritt bestimmter Voraussetzungen noch konkret festzustellenden) Monatsersten im laufenden Geschäftsjahr; damit einher geht dann die Aufstellung eines Zwischenabschlusses, den die Beteiligten nach meinen Erfahrungen aber eher vermeiden wollen. Die alternative Festlegung eines fixen Übertragungstichtages zum Wechsel eines Geschäftsjahres macht dann die Anpassung einiger Regelungen in den Vertragsmustern erforderlich.

Muster 1 geht ausweislich der Rdnr. 340 von der Verlesung aller Anlagen durch den Notar aus. Als Anlagen beigelegt werden allerdings u.a. die satzungsmäßige Zustimmung der Geschäftsführung zur Veräußerung und verschiedene Bestandsverzeichnisse; hier wäre eine Verlesung wohl entbehrlich bzw. vermeidbar (§ 14 BeurkG, auf den in Rdnr. 147 hingewiesen wird).

Bei Muster 2 leuchtet nicht ganz ein, warum der auf den Kommanditanteil entfallende Gewinn- bzw. Verlustanteil rückwirkend zum Beginn des laufenden Geschäftsjahres und nicht mit Wirkung ab dem Übertragungstichtag übergeht, obwohl die Autoren zutreffend darauf hinweisen, dass eine solche Rückbeziehung steuerlich nur bei kurzen Zeitspannen anerkannt wird.

Beim Muster 4 zum Aktienkauf fällt auf, dass für die Alternative des *share-for-share-deals* jegliche Gewährleistungsgarantien des Käufers fehlen, obwohl solche nach den Erläuterungen zumindest aus der Sicht des Verkäufers „unverzichtbar“ seien.

Insgesamt handelt es sich beim „Unternehmenskauf“ von *Knott/Mielke/Weidlich* um ein sehr praxistaugliches und angenehm verständliches Buch mit vielen wertvollen Hinweisen und Anregungen. Es kann zur Anschaffung in die Bibliothek eines Notars uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Dr. Gerald Weigl, Heilsbronn

Schäckel, Der Rechtsberater als Zeuge in Erbstreitigkeiten, Dissertation Münster 2000, XXIII und 157 Seiten, zu beziehen über den Verfasser (Abgabe solange Vorrat reicht kostenlos)

Der Inhalt auslegungsbedürftiger Formulierungen und die Frage der Testierfähigkeit des Erblassers sind häufig Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen in streitigen Zivilverfahren oder Erbscheinsverfahren. Hat bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung ein Rechtsanwalt oder Notar mitgewirkt, stellt sich im Gerichtsverfahren die Frage, ob und in welchem Umfang dieser zu einer Aussage berechtigt bzw. sogar verpflichtet ist. Eine derartige Aussage wird häufig eines der wenigen möglichen Beweismittel sein. Allerdings kann den Berater seine über den Tod des Mandanten fortwirkende Schweigeverpflichtung an einer Aussage hindern. Das

Spannungsverhältnis zwischen der grundsätzlichen Pflicht zur Zeugenaussage und der beruflichen Verschwiegenheitspflicht, die durch das prozessuale Zeugnisverweigerungsrecht (§ 383 Abs. 2 Nr. 6 ZPO) abgesichert wird, ist das Thema der anzuzeigenden Dissertation. Diese befasst sich in größeren Teilen mit den speziellen Problemen der anwaltlichen Schweigepflicht. Im Folgenden soll allerdings nur auf die behandelten Probleme der notariellen Pflicht zur Verschwiegenheit eingegangen werden.

Die in § 18 BNotO geregelte Verschwiegenheitspflicht gehört seit Bestehen des Notariats zu den absoluten Kernbestandteilen notarieller Amtspflichten. Nach § 17 BeurkG muss der Notar den Sachverhalt und den Willens der Beteiligten ermitteln. Dies kann nur gelingen, wenn sich die Beteiligten dem Notar umfassend anvertrauen. Dementsprechend müssen sich die Beteiligten sicher sein können, dass die besprochenen, un-

ter Umständen sehr intimen Tatsachen, keinen dritten Personen bekannt werden. Dies gilt bei letztwilligen Verfügungen in besonderem Maße. Den Schutzzweck der notariellen Verschwiegenheitspflicht sieht *Schäckel* im Einklang mit der h. M. somit allein in der Sicherung der Individualinteressen der Beteiligten (S. 52), insbesondere ihrem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Daraus folgt dann auch die Befugnis zur Befreiung von der Verschwiegenheit und entsprechender Aussageverpflichtung des Notars, § 385 Abs. 2 ZPO.

Zutreffend bejaht *Schäckel* die grundsätzlich unbeschränkte Fortdauer der Verschwiegenheitspflicht über den Tod hinaus (S. 73 ff.). § 203 Abs. 4 StGB stellt konsequenterweise die Verletzung des Berufsgeheimnisses auch nach dem Tod des Betroffenen ausdrücklich unter Strafe. Allerdings unterliegt die Verschwiegenheitspflicht ab diesem Zeitpunkt gewissen Einschränkungen.

Bei der Frage des Umfangs der postmortalen Schweigeverpflichtung ist dabei zunächst danach zu differenzieren, ob es um den Inhalt der letztwilligen Verfügung und ihre Auslegung, oder ob es im Hinblick auf die Testierfähigkeit des Erblassers um die Wirksamkeit der Verfügung geht.

Nach §§ 2260 ff. BGB ist die letztwillige Verfügung vom Nachlassgericht zu eröffnen und dem dort bestimmten Personenkreis zugänglich zu machen. Entgegengesetzte Anordnungen des Erblassers sind unbeachtlich, § 2263 BGB. *Schäckel* folgert daraus, dass der Gesetzgeber dem Interesse an der richtigen Erbenermittlung und der korrekten Zuordnung des Nachlasses Vorrang vor dem postmortalen Geheimnisschutz eingeräumt habe. Hätte der Erblasser seinen letzten Willen eindeutig und nicht auslegungsbedürftig niedergelegt, wäre dieser Wille den Beteiligten vom Nachlassgericht ohne Dispositionsbefugnis des Erblassers mitgeteilt worden. Er kommt daher zum Ergebnis, dass der Notar über die Fragen des „Wie“ der beabsichtigten Nachlasszuordnung (Erbanteile; Abgrenzung Erbe/Vermächtnisnehmer) stets auszusagen habe (S. 88 ff.). Eine Einwilligung der Erbprätendenten oder durch die Aufsichtsbehörde soll dazu nicht erforderlich sein. Demgegenüber sollen die Fragen des „Warum“, also der zugrunde liegenden Motive, weiterhin dem postmortalen Persönlichkeitsschutz und damit der fortwirkenden Schweigeverpflichtung unterliegen (S. 91 f.). Allerdings erscheint mir entgegen

der Auffassung *Schäckels* (S. 92) diese Unterscheidung keineswegs einfach zu realisieren. Gerade dann, wenn die letztwillige Verfügung mehrdeutig abgefasst ist, wird sich die Frage nach dem „Wie“ selten ohne Rückgriff auf die zugrunde liegenden Motive klären und erklären lassen. Eine Zeugenaussage kann sich ja wohl schwerlich ausschließlich darin erschöpfen, dass der Notar eine bestimmte Auslegung zur Richtigen erklärt. Oft wird man gerade in Fällen unklarer Formulierung kaum ohne Rückgriff auf die Motive auskommen können. Für die Praxis jedenfalls wird dem Notar zu empfehlen sein, im Zweifel eine Entscheidung des Landgerichts gem. § 18 Abs. 3 S. 1 BNotO herbeizuführen.

Hinsichtlich der Frage nach der Testierfähigkeit folgert *Schäckel* aus der Vorschrift des § 28 BeurkG, dass der Gesetzgeber insoweit dem Gebot der Sachverhaltsaufklärung Vorrang vor dem Geheimnisschutz des Erblassers eingeräumt hat (S. 99 ff.). Legt nämlich der Notar entsprechend dieser Vorschrift seine Wahrnehmungen zur Testierfähigkeit ausführlich und umfassend in der Urkunde nieder, so sind sie im Prozess ohnehin verwertbar. Die Wahrnehmungen des Notars sollen also nach der Wertung des Gesetzes in jedem Fall als Beweismittel zur Verfügung stehen.

Soweit nach vorstehendem die Schweigepflicht nach dem Tod weiterbesteht, stellt sich weitergehend die Frage nach einer möglichen Befreiung von dieser Verpflichtung. Für den Notar besteht hier die Sonderregelung des § 18 Abs. 2 2. HS. BNotO, wonach die Aufsichtsbehörde im Falle des Todes des Beteiligten eine derartige Befreiung erteilen kann. Mit der wohl überwiegenden Meinung kommt *Schäckel* zu dem Ergebnis, dass diese Befugnis abschließend sei (S. 118 ff.). Eine Befreiungsbefugnis der Erben sei von vornherein nicht gegeben. Diese Auffassung erscheint jedoch insbesondere aus praktischen Gründen als zu eng. Wenn alle Erben einer Aussage des Notars zu einer vermögensrechtlichen Frage zustimmen, so ist nach der überzeugenden Auffassung *Schippels* (BNotO, § 18 Rdnr. 54) eine Anrufung der Aufsichtsbehörde entbehrlich. Diese würde ansonsten mit unnötigem Prüfungsaufwand belastet.

Insgesamt hat *Schäckel* mit seiner Arbeit einen interessanten Beitrag zu einer durchaus praxisrelevanten Fragestellung geleistet. Eine lesenswerte Dissertation.

Notar Dr. Jens Eue, Kulmbach

Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, Kommentar, Verlag Neue Wirtschaftsbriefe, Herne/Berlin, 2001, 1607 Seiten, € 101,24

Endlich ist er da, der neue erbschaftsteuer- und bewertungsrechtliche Kommentar unter Beteiligung des hauptberuflichen Notariats, vertreten durch den Rheinischen Notar Dr. Stephan Schuck. Seit einiger Zeit engagieren sich die Notare verstärkt im Steuerrecht – insbesondere im Bereich der Erbschaftsteuer und der Grunderwerbsteuer. Bei beiden Rechtsmaterien einschließlich des dazugehörigen Bewertungsrechts handelt es sich um notariatsnahe Rechtsgebiete, in denen die Mandanten häufig Auskunft vom Notar einfordern. Dieser Herausforderung sollte sich das Notariat stellen. *Schuck* hat dies getan und zwar mit großem Erfolg!

Hervorzuheben ist die dogmatisch überzeugende und kritische Kommentierung von *Schuck* zu § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG. Er beschränkt sich nicht darauf, die herrschende Meinung wiederzugeben, sondern hinterfragt diese und die gesetzlichen Regelungen mit viel Verständnis für die Materie. Auch das Abzugsverbot des § 25 ErbStG ist aus der Feder von *Schuck* kommentiert. Dort finden sich neben einer gut strukturierten und verständlichen Schilderung der Anwendungs- und Auslegungsprobleme wertvolle Gestaltungshinweise zur Vermeidung der Nachteile dieser Norm. Mit einer Klarheit und Präzision, die sich in keinem anderen erbschaftsteuerlichen Kommentar sonst findet, erörtert *Schuck* in § 9 Rdnr. 69 f. den Zeitpunkt der Entstehung der Steuer bei Zuwendung einer Teilfläche gemäß § 9 Nr. 2 ErbStG. Zutreffend warnt er davor, bei Zuwendung einer Teilfläche bereits mit dem Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten und der Erteilung einer

Auflassungsvollmacht oder der Mitbeurkundung der Auflassung trotz fehlender Bestimmtheit der Teilfläche den schenkungsteuerlichen Vollzug der Schenkung zu sehen. Sollte es in den nächsten Jahren zu steuerlichen Änderungen kommen, bei denen es darauf ankommt, die Ausführung der Schenkung noch im alten Jahr zu bewirken, so sollte der Praktiker dem Rat *Schucks* folgen, zunächst den ganzen Grundbesitz zu übertragen und nach Vermessung einen Teil zurück zu übertragen.

Neben *Schuck* sind weitere Kommentatoren im Team, die für Qualität, Kompetenz und Zuverlässigkeit im ErbStG und BewG sprechen. An erster Stelle ist hier BFH-Richter *Viskorf* zu nennen, der die Rechtsprechung des für die hier einschlägige Rechtsmaterie zuständigen II. Senats des BFH maßgeblich mitbestimmt – leider nicht immer in überzeugender Weise wie bei dem BFH-Urteil zu § 13 a ErbStG im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge (BFH vom 25.1.2001 – II R 52/98 –, DStR 2001, 573 = MittBayNot 2001, 335; *Viskorf*, ZEV 2001, 166; vgl. dazu kritisch *T. Wachter*, MittBayNot 2001, 274 ff.; *Geck*, ZEV 2001, 180; *Ebeling*, DB 2001, 798; *Jülicher*, DStR 2001, 770; Nichtanwendungserlass des BMF vom 15.5.2001, MittBayNot 2001, 338 = DStR 2001, 896 mit Anm. *Moench* vgl. auch BFH, ZEV 2001, 505 = MittBayNot 2002, 63 in diesem Heft). Der Leser findet gerade bei den Kommentierungen von *Viskorf* auch gestaltungshemmende Stellungnahmen (z.B. § 13 Rdnr. 38 bei gemischter Nutzung eines Familienwohnheims, § 13 Nr. 4a ErbStG, das aus mehreren Wohnungen besteht). Diese Erkenntnis schmälert jedoch den Wert der Kommentierungen und deren ausgezeichnete Qualität keineswegs. Das Gegenteil ist der Fall. Ein Blick in die Erläuterungen von *Viskorf* mag den aufmerksamen Leser manche zukünftige Entscheidungen des BFH antizipieren lassen und kann dadurch vorsichtige Beteiligte vor bösen Überraschungen bewahren.

Für die Praxis des Notariats besonders bedeutsam ist die Frage, in welchen Fällen die Übertragung von Grundbesitz tatsächlich nach den Grundbesitzwerten der §§ 12 Abs. 3 ErbStG i.V.m. § 138 ff. BewG bewertet und besteuert wird. Dies spielt insbesondere eine Rolle bei der mittelbaren Grundstücksschenkung, bei der Ausschlagung oder dem Verzicht auf Vermächtnisse oder einen Pflichtteilsanspruch. Zu diesem Themenkreis findet der Leser uneingeschränkt praxistaugliche Kommentierungen von *Hübner* bei § 3 Rdnrn. 20, 127, 134, 207 ff. und § 7 Rdnrn. 63 ff. Im Hinblick auf die Frage, ob auch eine „mittelbare Betriebschenkung“ steuerlich anzuerkennen ist und zur Anwendung der §§ 13 a, 19 a ErbStG führt, vertritt *Hübner* entgegen der Finanzverwaltung (R 56 ErbStR) – überzeugend – die Ansicht (§ 13 a Rdnr. 17), eine solche sei auch bei Betriebsvermögen anzuerkennen. Ebenso lehnt er zutreffend die restriktive und mit dem Gesetz nicht

vereinbare Meinung der Finanzverwaltung (R 55 ErbStR) ab, wonach ein betriebliches *Verschaffungsvermächtnis* oder die Ausschlagung eines Barvermächtnisses oder der Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch gegen eine Abfindung in der Form eines Betriebs (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG) nicht durch § 13 a ErbStG begünstigt sei (kritisch auch *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 13 a Rdnrn. 23 m.w.N.). Auch für Wahl-, Zweck- oder Gattungsvermächtnisse nach den §§ 2154, 2155, 2156 BGB plädiert *Hübner* (§ 3 Rdnr. 23, 127) entgegen einer teilweise in der Rechtslehre vertretenen Ansicht (*Gebel* in: *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 3 Rdnr. 175) für eine Anwendung der niedrigeren Grundbesitzwerte beim Vermächtnisnehmer nach §§ 12 Abs. 3 ErbStG i.V.m. § 138 ff. BewG, sofern Grundbesitz auf diese Weise zugewandt wird. Diese Meinung vertritt für Wahlvermächtnisse jüngst auch der BFH (Urt. vom 6.6.2001 – II R 14/00 –, ZEV 2001, Heft 11 mit Anm. *Wälzholz*).

Wie schon der Name des Kommentars besagt, behandelt der *Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck* nicht nur das Erbschaftsteuerrecht ab, sondern auch das Bewertungsrecht. Dies ist ein wesentlicher und nicht zu unterschätzender Vorteil dieses Werkes gegenüber Konkurrenzprodukten. Er spart nicht zuletzt Geld. Zwar behandeln die meisten anderen erbschaftsteuerlichen Kommentare auch die Fragen der Bewertung. Diese Kommentierungen sind im Regelfall jedoch nicht §§-orientiert aufgebaut. Ein Auffinden der gesuchten Informationen wird hierdurch erschwert; der Eindruck eines diffusen Informationsgemenges lässt sich teilweise kaum vermeiden. Im *Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck* findet der Leser dagegen alle benötigten Informationen bei der Kommentierung des jeweils einschlägigen Paragraphen. Das Bewertungsrecht ist zum Erbschaftsteuerrecht angemessen gewichtet, nämlich im Verhältnis von 9 Teilen ErbStG zu 6 Teilen BewG.

Der Kommentar zeichnet sich durch eine ausgeprägte Praxisorientierung aus. Die Problemfälle des ErbStG und BewG sind an zahlreichen Stellen durch kurze und einprägsame Beispiele verdeutlicht. Fundstellennachweise sind auf das Wesentliche beschränkt und in die Fußnoten verbannt, was die gute Lesbarkeit fördert. An einigen Stellen finden sich auch hilfreiche Gestaltungshinweise, vgl. beispielsweise den Hinweis von *Schuck* in § 7 Rdnr. 144 auf die Gestaltungsmöglichkeit von Schenkungen zwischen Geschwistern auf den Freibetrag der Eltern und nach Steuerklasse I. Dass dieses Werk weitere Auflagen erleben wird, ist den Autoren, dem Verlag und vor allem den Praktikern des Erbrechts zu wünschen, die – einmal an die Neuerscheinung gewöhnt – dieses Werk gewiss nicht mehr missen möchten.

Notarassessor *Dr. Eckhard Wälzholz*, Rosenheim

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 765, 631, 404, 273; § 7 MaBV (*Umfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV*)

1. **Sind die Vergütungsansprüche aus einem notariellen Vertrag über den Verkauf eines Grundstücks mit einem dort zu erstellenden Gebäude nur Zug um Zug gegen Aushändigung einer den Anforderungen des § 7 MaBV genügenden Bürgschaft zu erfüllen, kann ein Dritter, dem die Vergütungsansprüche abgetreten wurden, gleichwohl mit dem Auftraggeber eine eigenständige (eingeschränkte) Sicherungsabrede mündlich wirksam vereinbaren. Der Auftraggeber darf die Erfüllung des Vergütungsanspruchs jedoch verweigern, bis er die dem notariellen Vertrag entsprechende Bürgschaft erhalten hat.**
2. **Sind die Voraussetzungen für die Rückgabe der aufgrund der mündlichen (eingeschränkten) Sicherungsabrede erteilten Bürgschaft gegeben, kann der Auftraggeber die Rückgabe nicht unter Berufung darauf verweigern, er habe die nach dem Hauptvertrag geschuldete Sicherheit nicht erhalten.**
3. **Eine den Anforderungen des § 7 MaBV entsprechende Bürgschaft deckt jedenfalls auch Rückzahlungsansprüche des Auftraggebers, die sich daraus ergeben, dass die Fläche des zu errichtenden Gebäudes geringer als vereinbart ist, und bereits vor Abnahme geltend gemacht worden sind.**

BGH, Urteil vom 19.7.2001 – IX ZR 149/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

(*Anm. der Schriftleitung*: Zum Sachverhalt vgl. die Ausführungen im Beitrag von *Reiß*, MittBayNot 2002, S. 9, in diesem Heft)

Aus den Gründen:

(...)

II.

1. Unstreitig ist die Bürgschaft, die die Beklagten erhalten haben, nicht, wie nach dem notariellen Vertrag vorgesehen, von der BG C. als Verkäuferin, sondern von der Klägerin beigebracht worden. Diese hat der L. den Auftrag erteilt, die Bürgschaft vom 20.12.1995 zu übernehmen. Nach der unter Beweis gestellten Behauptung der Klägerin beruhte dieser Auftrag auf einer eigenständigen mündlichen Sicherungsabrede zwischen ihr und den Beklagten, weil im Zeitpunkt des notariellen Vertrages die Bauleistung bereits weitgehend erbracht, aber noch nicht vollständig fertiggestellt gewesen sei. Aus diesem Grunde habe man verabredet, dass die Bürgschaft nur Ansprüche der Beklagten sichern solle, welche die damals noch nicht ausgeführten Bauleistungen der Klägerin betrafen. Dabei habe Einigkeit darüber bestanden, dass die Bürgschaft nach Fertigstellung und Abnahme des Bauwerks, Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten der Beklagten sowie der Lastenfreistellung an die Bank zurückzugewähren sei; eventuelle Ansprüche der Beklagten gegen die Verkäuferin wegen einer Flächenmaßdifferenz seien von dieser Abrede nicht erfasst worden.

2. Dieses von den Beklagten bestrittene Vorbringen durfte das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revisionsrweiterung nicht als unsubstantiiert unbeachtet lassen. (...)

3. In diesem Falle ist das Vorbringen der Klägerin auch rechtlich erheblich.

a) Eine Sicherungsabrede des behaupteten Inhalts kann wirksam getroffen worden sein. Sie verstößt nicht gegen § 7 Abs. 1 MaBV, weil die Klägerin allein als Bauunternehmerin tätig geworden ist und daher nicht die Verpflichtung übernommen hat, den Beklagten das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Die Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung hatte nur die Auftragnehmerin, die BG C., zu beachten. Zwar hatte die Klägerin die Zahlungsansprüche aus dem notariellen Vertrag vom 23.11.1995 abgetreten erhalten; sie war damit jedoch nicht Vertragspartner der Beklagten geworden.

Die Vereinbarung einer entsprechenden isolierten Sicherungsabrede ließ den Anspruch der Beklagten gegen die Auftragnehmerin auf Leistung einer nach dem Inhalt des notariellen Vertrages geschuldeten Bürgschaft unberührt. Die Beklagten blieben also weiterhin befugt, die Zahlung an die Klägerin zu verweigern, solange ihnen die gemäß § 7 MaBV notwendige Bürgschaft nicht gewährt worden war (§ 404 BGB). Allein der Umstand, dass sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht haben, schließt jedoch eine Vereinbarung, wie sie die Klägerin behauptet, nicht aus.

b) Ist zwischen den Parteien eine eigenständige Sicherungsabrede zustande gekommen, die nicht die auf § 3 Nr. 3 des notariellen Vertrages gestützten Ansprüche der Beklagten wegen der Flächenmaßdifferenz erfasst, hat die Klägerin Anspruch auf Rückgabe der Bürgschaft. Die Beklagten haben sich, abgesehen von dem Streitpunkt des Flächenmaßes, nicht auf Ansprüche aus der Bürgschaft berufen. Da nach dem Vortrag der Klägerin die Bürgschaft nach Wissen und Willen aller Beteiligten ausschließlich zur Erfüllung der individuell zwischen den Parteien getroffenen, lediglich die Fertigstellung des Bauwerks erfassenden Sicherungsabrede erteilt worden sein soll, kann in einem solchen Fall außer der Klägerin, die die Bürgschaft beigebracht hat, auch die Bürgin selbst sich auf den Inhalt dieser Sicherungsabrede berufen, also gegenüber dem erhobenen Anspruch die der Klägerin als Sicherungsgeberin zustehenden Einwände geltend machen (vgl. BGHZ 107, 210, 214; 143, 381, 384 f.). Die Beklagten können die Rückgabe in diesem Fall nicht unter Berufung darauf verweigern, die von der Auftragnehmerin geschuldete Bürgschaft nicht erhalten zu haben. Können Ansprüche, für die Sicherheit gewährt wurde, nicht mehr entstehen, darf der Sicherungsnehmer die Herausgabe der Sicherheit nicht unter Berufung auf andere Ansprüche aus dem Hauptvertrag verweigern (BGH, Urteil vom 8.3.2001 – IX ZR 236/00 –, WM 2001, 947, 949 m.w.N.). Die behauptete Sicherungsabrede wurde nach dem Vorbringen der Klägerin unabhängig von den im notariellen Vertrag enthaltenen Regelungen getroffen und daher in keine rechtliche Beziehung zu der Bürgschaft gesetzt, die die Auftragnehmerin beizubringen hatte.

c) Eine Vereinbarung des von der Klägerin behaupteten Inhalts ist allerdings nur dann zustande gekommen, wenn aus ihren Erklärungen für die Beklagten zweifelsfrei erkennbar war, dass ihnen nicht die im notariellen Vertrag vereinbarte, sondern eine jener gegenüber wesentlich eingeschränkte Si-

cherheit angeboten wurde. Hat die Klägerin dies nicht hinreichend klargestellt, durften die Beklagten schon wegen des auf den notariellen Vertrag abgestimmten Wortlauts der Bürgschaft in deren Übergabe die Erfüllung der mit der Verkäuferin vereinbarten Sicherheit sehen. In diesem Falle ist die Klägerin an den Inhalt der beurkundeten Sicherungsabrede gebunden. Für den Inhalt der von ihr behaupteten atypischen Vereinbarung trägt sie uneingeschränkt die Beweislast. Die Tatsache, dass die von der Klägerin beauftragte Bank eine Bürgschaft erteilt hat, die ihrem Wortlaut nach geeignet ist, alle in dem notariellen Vertrag bezeichneten Ansprüche zu decken, begründet eine tatsächliche Vermutung, die dem Vorbringen der Klägerin entgegensteht und von ihr daher widerlegt werden muss.

III.

Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin: Vermag die Klägerin ihre Darstellung zu der von den Parteien angeblich vereinbarten Sicherungsabrede in dem bisher fehlenden Punkt nicht ausreichend zu ergänzen oder den ihr obliegenden Beweis nicht zu führen, so ist die Auffassung des Berufungsgerichts, Ansprüche der Beklagten auf Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises wegen einer geringeren als der vertraglich zugrunde gelegten Nutzfläche seien von der Bürgschaft gedeckt, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

1. Verbürgt sind die Ansprüche der Beklagten auf Rückgewähr der in Erfüllung des notariellen Vertrages vom 23. November 1995 geleisteten Beträge. Ein solcher durch die Bürgschaft gesicherter Erstattungsanspruch ist in dem Umfang begründet, in dem eine Differenz zwischen der gezahlten Vergütung für die vertraglich geschuldete und dem Wert der tatsächlich erbrachten Leistung besteht (vgl. BGH, Urt. v. 14.1.1999 – IX ZR 140/98 –, WM 1999, 535, 537; v. 6.5.1999 – IX ZR 430/97 –, WM 1999, 1204, 1205 f.).

2. Nach § 3 Nr. 3 des notariellen Vertrages werden Flächenminderungen im Verhältnis zur insgesamt geschuldeten Fläche zugunsten des Käufers vergütet, während Flächenminderungen unberücksichtigt bleiben.

a) Möglicherweise wollten die Vertragsparteien mit dieser Regelung eine unmittelbare Beziehung zwischen der Größe der Mietflächen und der Höhe des Kaufpreises herstellen. In diesem Falle begründen Abweichungen von der vereinbarten Fläche ohne weiteres einen Rückzahlungsanspruch der Beklagten, der von der Bürgschaft gedeckt ist.

b) Andernfalls stellt die Flächendifferenz einen Mangel im Sinne des § 634 BGB dar (vgl. BGH, Urteil vom 22.12.2000 – VII ZR 310/99 –, WM 2001, 482, 483), so dass der Auftraggeber die Vergütung mindern darf.

aa) Im Streitfall ist das Minderungsrecht vor Abnahme des Werks entstanden und geltend gemacht worden. Erstmals mit Schreiben des Beklagten zu 1 vom 4.11.1997 haben die Beklagten Minderung wegen der Flächendifferenz verlangt. Bei den am 8.10.1997 durchgeführten Begehungen ist das Werk nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht abgenommen worden. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Die über die Begehung erstellten Protokolle enthalten keine Erklärung der Beklagten. Das Berufungsgericht vermochte auch aus den Umständen nicht zu erkennen, dass die Beklagten bei der genannten Gelegenheit das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung gebilligt haben. Dies beruht auf einer revisionsrechtlich nicht angreifbaren tatrichterlichen Würdigung; die dagegen gerichteten Verfahrensrügen erachtet der Senat nicht für durchgreifend (§ 565 a ZPO).

bb) Der infolge dieses Mangels begründete Rückzahlungsanspruch wird von einer Bürgschaft gedeckt, die zur Erfüllung

der Anforderungen des § 7 MaBV erteilt wurde. Die Flächendifferenz verringert den Wert der vertraglich geschuldeten Leistung des Unternehmers. Ein entsprechender Minderwert fließt grundsätzlich in die bei Voraus- und Abschlagszahlungsbürgschaften allgemein gebotene Abrechnung ein (vgl. BGH, Urteil vom 14.1.1999, a.a.O.; vom 6.5.1999, a.a.O.). § 7 MaBV soll den Auftraggeber auch vor den Nachteilen schützen, die sich daraus ergeben, dass infolge eines solchen Mangels der Wert der geschuldeten Leistung hinter der Höhe der geleisteten Vorauszahlungen zurückbleibt. Daher sind auf Minderungsrechte gegründete Rückzahlungsansprüche jedenfalls dann von einer gemäß § 7 MaBV erteilten Bürgschaft gedeckt, wenn der Mangel vor Abnahme geltend gemacht worden ist. Ob der Schutzzweck der Bürgschaft auch Ansprüche sichert, die nach Abnahme begründet sind, bedarf hier keiner Entscheidung.

c) Die Beklagten haben den Anspruch geltend gemacht, bevor die Bürgschaft erlöschen konnte. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts war der Notar von den Grundpfandgläubigern aus dem Treuhandvertrag noch nicht entlassen worden, als der Bürgin mit Schreiben der Beklagten vom 23.1.1998 ihre Inanspruchnahme angezeigt wurde.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. den kurzen Beitrag von *Reiß*, MittBayNot 2002, S. 9 (in diesem Heft).

2. BGB §§ 320, 273 (*Zurückbehaltungsrecht des Bauträgers hinsichtlich Auflassung auch wegen verjährter Werklohnansprüche*)

Der Bauträger kann die nach der Treuhandauflage für den Notar zur Vorlage der Auflassung an das Grundbuchamt erforderliche Erklärung, der Kaufpreis sei bezahlt, zurückbehalten, auch wenn sein Anspruch auf Zahlung des Restwerklohns bzw. Werklohns für Sonderwünsche verjährt ist.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Das Urteil ist rechtskräftig.

LG Ingolstadt, Urteil vom 12.7.2001 – 3 O 546/01 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Rolf Bleutge*, Pfaffenhofen a.d. Ilm

Zum Sachverhalt:

Die Kläger haben von der Beklagten mit notarieller Urkunde vom 4.11.1994 das Grundstück FINr. 819/6 erworben mit der Verpflichtung der Beklagten darauf ein Wohngebäude zu erstellen. Am 19.12.1994 erfolgte die Messungsanerkennung und die Auflassung hierzu. Im Kaufvertrag war vereinbart, dass der Notar die Auflassung zum Zwecke des Vollzugs erst dann vorlegt, wenn der Nachweis erbracht ist, dass der Gesamtkaufpreis bezahlt ist. Aus dem Kaufvertrag ist noch ein Restkaufpreis von DM 16.870,- und DM 3.213,19 für Sonderwünsche offen, insgesamt also DM 20.083,19. Die Ansprüche auf den Restkaufpreis sind verjährt.

Die Kläger begehren deshalb von der Beklagten, gegenüber dem Notar zu erklären, dass der Gesamtkaufpreis bezahlt ist, damit die Auflassung vollzogen und die Kläger als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden können.

Aus den Gründen:

Die zulässige Klage ist begründet, aber nur Zug um Zug gegen die Bezahlung des noch offenen Restkaufpreises von DM 17.820,69.

Der Beklagten steht hinsichtlich dieses Restkaufpreises ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB für den Restwerklohn bzw. nach § 273 BGB bzgl. des Werklohnes für die Sonderwünsche zu. Dem steht nicht entgegen, dass der Restkaufpreisanspruch unstreitig verjährt ist. Auch verjährte Ansprüche begründen dann ein Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§§ 273, 320 BGB), wenn die Verjährung noch nicht eingetreten war, als der Anspruch des Gläubigers entstand (entsprechende Anwendung des § 390 Satz 2 BGB), vgl. BGH NJW 67, 1902; 70, 561.

Der Auflassungsanspruch der Kläger entstand durch seine Begründung im Kaufvertrag vom 4.11.1994 und vom 19.12.1994, also vor Eintritt der Verjährung des Vergütungsanspruches am 31.12.1996. Die Auflassung ist aber noch nicht vollzogen, weil der Notar die Urkunde dem Grundbuchamt noch nicht vorgelegt hat und beglaubigte Abschriften noch nicht erteilt hat. Solange kann die Beklagte ihr Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

Zwar gibt die Verjährung der Ansprüche den Klägern ein Leistungsverweigerungsrecht, § 222 BGB. Dennoch könnte die Beklagte z. B. gegen Mängelbeseitigungsansprüche der Kläger mit seiner Forderung aufrechnen, § 390 Satz 2 BGB. Die Interessenlage ist hier gleich, nur dass wegen der Ungleichartigkeit der Ansprüche nicht aufgerechnet werden kann. Es wäre auch ein logischer Widerspruch, wenn die Beklagte erklären müsste, der Gesamtkaufpreis sei bezahlt, obwohl er unstreitig nicht bezahlt ist, denn der verjährte Anspruch erlischt ja nicht, sondern ihm steht nur ein Leistungsverweigerungsrecht entgegen. Dieses Leistungsverweigerungsrecht ist auch nicht sehr stark geschützt, wie sich schon aus § 390 Satz 2 BGB entnehmen lässt, denn die Verjährungsvorschrift dient nur der Rechtssicherheit, nicht aber der materiellen Gerechtigkeit. Deshalb können z. B. auch nach § 222 Abs. 2 BGB Leistungen nicht zurückgefordert werden, die auf verjährte Ansprüche erfolgten, selbst wenn dies in Unkenntnis der Verjährung geschehen ist.

Gerade im vorliegenden Fall ist es auch durchaus auch billig, dass der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zusteht. Der bereits abgeschlossene Rechtsstreit 3 O 1590/96 begann nämlich zu der Zeit, als noch die frühere Rechtsprechung zur Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung galt und endete unter der neuen Rechtslage. Durch diesen Zufall kam es überhaupt zur Verjährung der Restwerklohnansprüche.

Die Kläger können das Zurückbehaltungsrecht der Beklagten aber durch eine Befriedigung der Ansprüche der Beklagten beseitigen, weshalb eine Zug-um-Zug-Verurteilung auszusprechen war. (...)

3. WEG §§ 22 Abs. 1, 14 Nr. 1 (*Durchbruch durch eine im Gemeinschaftseigentum stehende Wand*)

1. **Wanddurchbrüche zwischen zwei Wohnungen, die zum Verlust der Abgeschlossenheit (§ 3 Abs. 2 WEG) oder einem der Teilungserklärung widersprechenden Zustand führen, stellen nicht schon deshalb einen für die anderen Wohnungseigentümer nicht hinnehmbaren Nachteil dar.**
2. **Wird eine tragende, in Gemeinschaftseigentum stehende Wand durchbrochen, so ist ein nicht hinnehmbarer Nachteil allerdings erst dann ausgeschlossen, wenn kein wesentlicher Eingriff in die Substanz des Gemeinschaftseigentums erfolgt, insbesondere keine Gefahr für die konstruktive Stabilität des Gebäudes und dessen Brandsicherheit geschaffen worden ist.**

3. **Handelt es sich um ein echtes Streitverfahren, so kann auch in einer Wohnungseigentumssache ohne Verletzung der Amtsermittlungspflicht auf der Grundlage des glaubhaften Vorbringens eines Beteiligten, dem der Gegner nicht widersprochen hat, entschieden werden.**

BGH, Beschluss vom 21.12.2000 – V ZB 45/00 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Wolfram Schneeweiß*, LL.M. (Cornell), Straubing

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten sind Wohnungseigentümer in einer Wohnanlage. Dem Antragsteller gehört eine im Erdgeschoss gelegene Wohnung. Der Antragsgegner zu 1 und sein Sohn, der Antragsgegner zu 2, sind jeweils Eigentümer zweier benachbarter Wohnungen im ersten Obergeschoss. Zwischen den Wohnungen der Antragsgegner wurde im Jahre 1995 eine Trennwand durchbrochen und eine Verbindungstür eingebaut. Der Antragsgegner zu 1 betreibt in beiden Wohnungen eine Wirtschaftsprüfer- und Steuerberaterkanzlei. Dem liegt eine Genehmigung der Wohnungseigentümergeinschaft zugrunde, die vom Antragsteller und zwei weiteren Wohnungseigentümern erfolgreich angefochten worden ist.

In der Eigentümerversammlung am 17.8.1998 beantragte der Antragsteller, die Antragsgegner zur dauerhaften Beseitigung des Mauerdurchbruchs zu verpflichten. Dieser Antrag wurde von der Mehrheit der Wohnungseigentümer abgelehnt. Daraufhin hat der Antragsteller beim Amtsgericht beantragt, die Antragsgegner zu verpflichten, den vorhandenen Mauerdurchbruch fachgerecht und dauerhaft zu verschließen, hilfsweise diese Maßnahme zu dulden. Das Amtsgericht hat die Anträge zurückgewiesen. Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers hat das Landgericht den Antragsgegner zu 1 zur Beseitigung des Mauerdurchbruchs und den Antragsgegner zu 2 zur Duldung dieser Maßnahme verpflichtet. Der hiergegen gerichteten sofortigen weiteren Beschwerde der Antragsgegner möchte das Bayerische Oberste Landesgericht unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bisherigen Rechtsauffassung stattgeben.

Es sieht sich hieran jedoch durch die Beschlüsse des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 15.10.1999 (ZMR 2000, 254 des Oberlandesgerichts Köln vom 8.2.1995 (WE 1995, 221) sowie des Kammergerichts vom 17.2.1993 (NJW-RR 1993, 909) und vom 10.1.1990 (NJW-RR 1990, 334) gehindert und hat deshalb die Sache durch Beschluss vom 8.9.2000 (BayObLGZ 2000, 252) dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist statthaft (§§ 43 Abs. 1 Nr. 1, 45 Abs. 1 WEG i.V. mit § 28 Abs. 2 FGG). (...)

III.

Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 45 Abs. 1, 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG; §§ 27, 29, 22 Abs. 1 FGG) und hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Wiederherstellung der den Antrag abweisenden Entscheidung des Amtsgerichts. Das Antragsbegehren kann weder auf einen Beseitigungsanspruch (§ 1004 Abs. 1 BGB, §§ 15 Abs. 3, 14 Nr. 1, 22 Abs. 1 WEG) noch auf einen Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes aus §§ 823 Abs. 1, 249 BGB, §§ 823 Abs. 2, 1004, 249 BGB (vgl. hierzu etwa BayObLG, NJW-RR 1991, 1234, 1235; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 8. Aufl., § 22 Rdnr. 232 ff.; *Niedenführ/Schulze*, WEG, 5. Aufl., § 22 Rdnr. 43) oder aus positiver Vertragsverletzung, i.V.m. § 249 BGB gestützt werden.

1. Der geltend gemachte Anspruch scheidet allerdings nicht bereits an einem bestandskräftigen Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft über die Genehmigung des geschaf-

fenen Wanddurchbruchs. Das Beschwerdegericht hat festgestellt, dass das vom Verwalter im Protokoll der Eigentümerversammlung vom 17.8.1998 niedergelegte Ergebnis, also die Ablehnung des Antrages, den Mauerdurchbruch zu verschließen, die Beschlusslage zutreffend wiedergibt. Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Es bedarf deshalb keiner Entscheidung darüber, ob die Beschlussfeststellung für den Inhalt der Abstimmung vorbehaltlich gerichtlicher Nachprüfung maßgeblich ist (so OLG Hamm, OLGZ 1979, 296, 297; 1990, 180, 183; KG, OLGZ 1990, 421, 423; *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 23 WEG Rdnr. 36 m.w.N.; *Staudinger/Wenzel*, BGB, 12. Aufl., § 43 WEG Rdnr. 36; *Weitnauer/Lüke*, WEG, 8. Aufl., § 23 Rdnr. 13; *MünchKomm/Röll*, 3. Aufl., § 23 WEG Rdnr. 16; *Niedenführ/Schulze*, a.a.O., § 23 Rdnr. 7; *Wenzel*, ZWE 2000, 382, 386; a.A. BayObLG, MDR 1984, 495; WE 1998, 511; *Staudinger/Bub*, a.a.O., § 23 WEG Rdnr. 151; *Wangemann*, Die Eigentümerversammlung nach WEG, Rdnr. A 68).

Ebenfalls keiner Entscheidung bedarf die Frage, ob es sich bei der Ablehnung des Beschlussantrages durch die Wohnungseigentümer entsprechend der ständigen Rechtsprechung des vorliegenden Gerichts um einen – keine Rechtswirkung auslösenden und damit der Anfechtung nicht unterliegenden – Nichtbeschluss handelt (vgl. BayObLGZ 1996, 256, 257; BayObLG, NJW-RR 1994, 658, 659; WE 1996, 146; WE 1999, 193, 194; ZMR 2000, 115, 116; OLG Zweibrücken, WE 1988, 60; OLG Hamm, NJW-RR 1995, 465, 466; *Staudinger/Bub*, a.a.O., § 23 Rdnr. 148; *MünchKomm/Röll*, a.a.O., § 23 WEG Rdnr. 29; *Niedenführ/Schulze*, a.a.O., § 23 WEG Rdnr. 6) oder um einen Negativbeschluss (vgl. *Staudinger/Wenzel*, a.a.O., § 43 WEG Rdnr. 36; *Wenzel*, a.a.O., 383; *Suilmann*, Das Beschlussmängelverfahren im Wohnungseigentumsrecht, S. 14; *Wangemann*, a.a.O., Rdnr. A 42; ähnlich *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 23 WEG Rdnr. 40 i.V.m. Rdnr. 38; AG Kerpen, NJW-RR 1991, 1236 ff.). Denn auch bei Annahme eines Negativbeschlusses stünde dies dem geltend gemachten Beseitigungs- bzw. Wiederherstellungsanspruch nicht entgegen, weil der Wille der Mehrheit, sich zur Beseitigung des Wanddurchbruchs nicht verpflichten zu wollen, weder auf eine Rechtsänderung noch auf das „kontradiktorische“ Gegenteil gerichtet ist, den Wanddurchbruch zu billigen (vgl. *Suilmann*, a.a.O., S. 13). Dies kann nur mit der Entscheidung über einen positiv formulierten Beschlussantrag erreicht werden, der von der Mehrheit angenommen wird (*Wangemann*, a.a.O., Rdnr. A 47).

2. Der Antrag ist jedoch deswegen unbegründet, weil ein Beseitigungs- bzw. Wiederherstellungsanspruch nicht gegeben ist. Ein solcher Anspruch setzt nämlich voraus, dass dem Antragsteller ein über das unvermeidliche Maß hinausgehender Nachteil erwächst (§ 14 Nr. 1 WEG). Dies ist hier nicht der Fall. Der Senat tritt der Auffassung des – von seinem bisherigen Rechtsstandpunkt abrückenden – vorliegenden Gerichts bei, ein Nachteil i.S. von § 14 Nr. 1 WEG könne nicht bereits aus dem Umstand hergeleitet werden, dass durch die Baumaßnahme eine der Teilungserklärung und damit der gesetzlichen Bestimmung des § 3 Abs. 2 WEG widersprechender Zustand geschaffen werde (vgl. *Staudinger/Bub*, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 71; *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 22 Rdnr. 121; *MünchKomm/Röll*, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 30; *Heerstraßen*, DWE 1994, 2, 3; *Rapp*, MittBayNot 1995, 282, 283; *Röll*, WE 1997, 412, 413; *ders.* WE 1998, 367, 368; *Abramenko*, ZMR 2000, 255 ff.; wohl auch OLG Hamm, MittRhNotK 1990, 131, 134; OLG Düsseldorf, WE 1989, 98, 99; LG Berlin, GE 1998, 369; a.A. *Niedenführ/Schulze*, a.a.O., § 22 Rdnr. 21; *Palandt/Bassenge*, BGB, 59. Aufl., § 22 WEG Rdnr. 11; *Seuß*, Die Eigentumswohnung, 10. Aufl., S. 361).

a) Dem Wohnungseigentumsgesetz liegt der Gedanke zugrunde, dass nicht jeder bei der Durchführung einer Baumaßnahme von einem Eigentümer begangene Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen, die Teilungserklärung, Vereinbarungen oder Beschlüsse der Eigentümergemeinschaft Ansprüche der übrigen Wohnungseigentümer begründen soll. Vielmehr sind sowohl eigenmächtig am Gemeinschaftseigentum vorgenommene – und damit zwangsläufig der Teilungserklärung widersprechende – bauliche Veränderungen (§ 22 Abs. 1 Satz 1 WEG) als auch bauliche Maßnahmen am Sondereigentum (§ 13 Abs. 1 WEG; vgl. hierzu BayObLG, NJW-AR 1988, 587; *Sauren*, WEG, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 42 „Durchbruch“, *Röll*, WE 1998, 367, 368) von sämtlichen Wohnungseigentümern hinzunehmen, wenn deren Rechtsstellung nicht oder nicht über das bei geordnetem Zusammenleben unvermeidbare Maß hinaus beeinträchtigt wird (§§ 22 Abs. 1 Satz 2, 14 Nr. 1 WEG). Diese Unterscheidung bleibt außer Acht, wenn mit Wand- oder Deckendurchbrüchen verbundene Verstöße gegen § 3 Abs. 2 WEG oder gegen die Teilungserklärung stets als nicht hinzunehmende Nachteile im Sinne von §§ 22 Abs. 1 Satz 2, 14 Nr. 1 WEG angesehen werden, ohne dass die Betroffenheit der übrigen Eigentümer im Einzelnen geprüft wurde (vgl. *Staudinger/Bub*, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 71; *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 121; *Heerstraßen*, DWE 1994, 2, 3; *Abramenko*, ZMR 2000, 255).

b) Ein Nachteil ist nicht hinzunehmen, wenn er eine nicht ganz unerhebliche, konkrete und objektive Beeinträchtigung darstellt. Entscheidend ist, ob sich ein Wohnungseigentümer nach der Verkehrsanschauung verständlicherweise beeinträchtigt fühlen kann (*Senat*, BGHZ 116, 392, 396). Daran fehlt es selbst dann, wenn durch den Wanddurchbruch und den Einbau einer Verbindungstür zwischen den beiden angrenzenden Sondereigentumseinheiten die Abgeschlossenheit der Wohnungen (§ 3 Abs. 2 WEG) entfallen sein sollte (vgl. hierzu KG, Rpfleger 1985, 107, 108; *Palandt/Bassenge*, a.a.O., § 3 WEG Rdnr. 7; *Soergel/Stürmer*, BGB, 12. Aufl., § 3 WEG Rdnr. 33; *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 3 WEG Rdnr. 38; ferner Senat, Vorlagebeschluss v. 14.2.1991, V ZB 12/90, NJW 1991, 1611, 1612; a.A. *Röll*, MittBayNot 1985, 63). Mit der tatsächlichen Beseitigung der in § 3 Abs. 2 WEG vorausgesetzten Abgeschlossenheit der Sondereigentumsbereiche und einem damit einhergehenden Verstoß gegen die Bestimmungen der Teilungserklärungen ist kein Nachteil für die übrigen Wohnungseigentümer verbunden. Zum einen lässt die nachträgliche Aufhebung der Abgeschlossenheit den Bestand und den Umfang des in der Teilungserklärung ausgestalteten Wohnungseigentums unberührt und führt nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs (BayObLGZ 98, 2, 6; BayObLG, ZMR 1999, 266, 267; KG, NJW-RR 1993, 909, 910 = OLGZ 1993, 427, 428; OLG Köln, ZMR 1994, 230, 231; *Staudinger/Bub*, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 71; *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 3 WEG Rdnr. 37; *Heerstraßen*, DWE 1994, 2, 3; *Rapp*, MittBayNot 1995, 282, 283; *Abramenko*, ZMR 2000, 255; *Röll*, WE 1998, 367; ferner zum Fall der Begründung von Wohnungseigentum Senatsurt. v. 22.12.1989, V ZR 339/87, NJW 1990, 1111, 1112). Zum anderen ist es lediglich Zweck des in § 3 Abs. 2 WEG als Sollvorschrift ausgestalteten Abgeschlossenheitserfordernisses, eine eindeutige räumliche Abgrenzung der Sondereigentumsbereiche untereinander sowie zum gemeinschaftlichen Eigentum zu gewährleisten und dadurch Streitigkeiten zu vermeiden, wie sie unter der Geltung des früheren Stockwerkeigentums als Folge unklarer Verhältnisse entstanden sind (GmS-OGB, BGHZ 119, 42, 46 f.; Senatsurt. v. 22.12.1989, a.a.O.; KG, NJW-RR 1989, 1360, 1361; *Niedenführ/Schulze*, a.a.O., § 3 WEG Rdnr. 16; *MünchKomm/Röll*, a.a.O., § 3 Rdnr. 51; *Rapp*, MittBayNot 1995, 282, 283). Da-

mit ist das Erfordernis der Abgeschlossenheit der Wohnungen nur auf den Schutz derjenigen Wohnungseigentümer gerichtet, deren Wohneinheiten durch die fehlende oder weggefallene Trennung der verschiedenen Bereiche berührt werden, nicht aber auf den Schutz der Belange anderer Wohnungseigentümer (BayObLG, Rpfleger 1984, 409, 410; MünchKomm/Röll, a.a.O., § 22 Rdnr. 30; *Staudinger/Bub*, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 71; *Rapp*, MittBayNot 1995, 282, 283; *Röll*, WE 1998, 367). Deren subjektive Rechte werden durch eine die Abgeschlossenheit beseitigende, räumliche Verbindung zweier Wohnungen nicht beeinträchtigt. Insoweit besteht kein grundlegender Unterschied zur Rechtslage bei der Vereinigung mehrerer, in einer Hand befindlicher Wohnungseigentumsrechte. Eine rechtliche Vereinigung von Wohnungseigentums-einheiten ist nach heute herrschender Meinung analog § 890 BGB selbst dann ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer zulässig, wenn die vom neu gebildeten einheitlichen Sondereigentum erfassten Räume keine in sich abgeschlossene Gesamtwohnung bilden, sondern weiterhin getrennt bleiben (BayObLGZ 1971, 102, 107 ff.; BayObLG, ZMR 1999, 266, 267; 2000, 468, 469; KG, NJW-RR 1989, 1360, 1361; 1993, 909, 910; *Demharter*, GBO, 23. Aufl., § 5 Rdnr. 5; *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 3 WEG Rdnr. 48; *Soergel/Stürner*, a.a.O., § 9 WEG Rdnr. 8; a.A. OLG Stuttgart, OLGZ 1977, 431, 432; OLG Hamburg, NJW 1965, 1765; *Weitnauer*, a.a.O. § 3 WEG Rdnr. 57).

3. Zutreffend verneint das vorliegende Gericht einen das in § 14 Nr. 1 WEG bezeichnete Maß übersteigenden Nachteil auch unter dem Gesichtspunkt einer erhöhten Nutzungsintensität. Nach der Verkehrsanschauung erwächst dem Antragsteller nicht bereits aufgrund der Veränderung von Anzahl und Größe der in der Anlage vorhandenen Wohnungen eine nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung. Das Interesse des einzelnen Wohnungseigentümers, dass solche Veränderungen ohne seine Zustimmung unterbleiben, ist grundsätzlich nicht geschützt (*Staudinger/Bub*, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 71; ähnlich MünchKomm/Röll, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 30; *Röll*, WE 1998, 367, 368; a.A. noch BayObLG, WE 1997, 111, 112; 118, 119). Ein nicht zu duldbarer Nachteil könnte sich allenfalls aus der Gefahr einer intensiveren Benutzung der vergrößerten Räumlichkeiten ergeben (vgl. BayObLG, NJW-RR 1992, 272, 273; KG, NJW-RR 1997, 587, 588; *Staudinger/Bub*, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 78 ff.; *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 22 Rdnr. 128 ff.; *Röll*, WE 1998, 367, 368; *Heerstraßen* DWE 1994, 2, 6). Es fehlt hier jedoch an Anhaltspunkten dafür, dass durch den geschaffenen Wanddurchbruch eine vermehrte und störendere Nutzung der miteinander verbundenen Räumlichkeiten erfolgt. Allein mit dem geschaffenen direkten Zugang ist eine solche Gefahr nicht verbunden. Vielmehr entfällt durch die bauliche Maßnahme die Notwendigkeit, das im Gemeinschaftseigentum befindliche Treppenhaus in Anspruch zu nehmen, um von einer Raumeinheit in die andere zu gelangen. Diese schonendere, weil innerhalb der beiden Sondereigentums-einheiten stattfindende Nutzung berührt die übrigen Wohnungseigentümer in ihrer Rechtsstellung nicht nachteilig, sondern ist nach Lage der Dinge eher vorteilhaft. Gänzlich außer Betracht müssen Beeinträchtigungen bleiben, die durch die geänderte Nutzung der beiden Wohnungen zu einer Steuer- und Wirtschaftsberaterkanzlei hervorgerufen werden. Solche etwaigen Nachteile kann der Antragsteller im vorliegenden Verfahren wegen des rechtskräftigen Beschlusses über die Genehmigung der zugrunde liegenden Nutzungsart (§ 45 Abs. 2 Satz 2 WEG) nicht einwenden.

4. Im vorliegenden Fall ist ein über das unvermeidbare Maß hinausgehender Nachteil – und damit der geltend gemachte

Beseitigungs- bzw. Wiederherstellungsanspruch – unabhängig davon ausgeschlossen, ob der beanstandete Mauerdurchbruch an einer tragenden oder einer nicht tragenden Wand vorgenommen wurde.

a) Erfolgte der Mauerdurchbruch an einer nicht tragenden Wand, ist er von den übrigen Wohnungseigentümern ohne weiteres hinzunehmen. In diesem Fall liegt weder ein Eingriff in die Substanz des Gemeinschaftseigentums vor, eine solche Wand steht vielmehr im gemeinsamen Sondereigentum der Antragsgegner (vgl. BayObLG, WE 1997, 118, 119; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1987, 332, 333; *Weitnauer*, a.a.O., § 5 WEG Rdnr. 36; *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 5 Rdnr. 66; *Sauren*, DNotZ 1988, 667, 669 ff.; *Rapp*, MittBayNot 1995, 282, 283), noch sind eine Beeinträchtigung der Statik oder sonstige Nachteile ernsthaft zu befürchten.

b) Handelt es sich dagegen um eine tragende, gemäß § 5 Abs. 2 WEG im Gemeinschaftseigentum stehende Wand, so ist ein Nachteil für die anderen Wohnungseigentümer, der das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß übersteigt, erst dann ausgeschlossen, wenn kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass ein wesentlicher Eingriff in die Substanz des Gemeinschaftseigentums unterblieben ist, insbesondere zum Nachteil der übrigen Eigentümer keine Gefahr für die konstruktive Stabilität des Gebäudes und dessen Brandsicherheit geschaffen wurde (vgl. *Senat*, BGHZ 116, 392, 396; BayObLG, NJW-RR 1992, 272, 273; WE 1995, 159, 160; FGPrax 1999, 53; OLG Hamburg, WE 1987, 161; WuM 1992, 87; OLG Köln, DWE 1988, 24, 25; KG, WE 1992, 285; GE 1993, 925; NJW-RR 1993, 909, 910; 1997, 587, 589; OLG Düsseldorf, ZMR 1993, 581, 582; *Staudinger/Bub*, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 70, 122; *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 123; *Palandt/Bassenge*, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 11; *Weitnauer/Lüke*, a.a.O., § 22 Rdnr. 16; MünchKomm/Röll, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 30; *Niedenführ/Schulze*, a.a.O., § 22 WEG Rdnr. 22; *Erman/Ganten*, BGB, 9. Aufl., § 22 WEG Rdnr. 3; *Heerstraßen*, DWE 1994, 2, 6; *Röll*, MittBayNot 1996, 275, 276; *ders.* WE 1998, 367, 368). Ob bei größeren Eingriffen in das Gemeinschaftseigentum nachteilige Auswirkungen für die übrigen Wohnungseigentümer regelmäßig anzunehmen sind (vgl. BayObLGZ 1990, 120, 123; BayObLG, WE 1991, 256, 257; 1997, 111, 112; OLG Köln, WE 1995, 221; *Seuß*, Die Eigentumswohnung, S. 361; weitergehend *Abramenko*, ZMR 2000, 255, 256), braucht bei der vorliegenden Maßnahme nicht entschieden zu werden, weil sie diese Voraussetzung nicht erfüllt.

c) Selbst wenn der Mauerdurchbruch an einer tragenden Wand vorgenommen wurde, führte dies nicht zu unzumutbaren Nachteilen für die übrigen Wohnungseigentümer. Dies folgt aus dem Vorbringen der Beteiligten und dem Ergebnis der bisherigen Ermittlungen. Da weitere Ermittlungen nicht erforderlich sind, kann die Würdigung der Tatsachen durch den Senat selbst erfolgen (vgl. *Senat*, BGHZ 35, 135, 142 f.).

Wie das vorliegende Gericht zutreffend ausführt, haben die Antragsgegner vorgetragen, der Wanddurchbruch sei nach sachkundiger Planung und statischer Berechnung durch ein Fachunternehmen nach den Regeln der Baukunst ausgeführt worden. Das hat der Antragsteller nicht in Abrede gestellt. Weitere Ermittlungen sind unter diesen Umständen nicht erforderlich. Im echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Ermittlungspflicht des Gerichts durch die Darlegungs- und Förderungslast der Beteiligten begrenzt. Sie besteht nur insoweit, als der Vortrag der Beteiligten oder der im Übrigen festgestellte Sachverhalt zu Ermittlungen Anlass gibt. Hierbei ist davon auszugehen, dass jeder Beteiligte – und damit auch der Antragsteller – die für ihn vorteilhaften

Umstände von sich aus vorbringt (vgl. BGH, Beschl. v. 23.3.1988 – IVb ZB 51/87 – NJW 1988, 1839, 1840 für das Versorgungsausgleichsverfahren; Beschl. v. 9.6.1993 – BLw 44/92 – ZIP 1993, 1118, 1119 für das Verfahren in Landwirtschaftssachen; BayObLG, NJW-RR 1988, 1170, 1171; WE 1991, 367, 368; *Staudinger/Wenzel*, a.a.O., Vorbem. zu §§ 43 ff. WEG Rdnr. 9; *Bärman/Pick/Merle*, a.a.O., § 44 Rdnr. 7). Nachdem er dies nicht getan, insbesondere der Darstellung der Antragsgegner nicht widersprochen hat, kann die Entscheidung auf der Grundlage des glaubhaften Vorbringens der Antragsgegner ergehen (vgl. BayObLG, WE 1996, 472, 473; *Staudinger/Wenzel*, a.a.O.). Dies gilt umso mehr, als für dessen Richtigkeit auch spricht, dass die Baumaßnahme bauordnungsrechtlich genehmigt und damit nach Art. 14, 16 i.V. mit Art. 79 Abs. 1 BayBO 1994 (GVBl. 251) auf Standsicherheit und Brandschutz geprüft worden ist. (...)

Anmerkung:

Die vorstehend abgedruckte Entscheidung hat grundlegende Bedeutung für die dringend notwendige Flexibilisierung des Rechts des Wohnungseigentums. Wegen des in weitem Umfang geltenden Einstimmigkeitsprinzips drohen ältere Wohnanlagen rechtlich zu versteuern, wenn sie in der Praxis nicht an tatsächliche Veränderungen der Lebensgewohnheiten ihrer Bewohner angepasst werden können. Seit dem Ende des vereinbarungsersetzenden Beschlusses¹ sind die Notare verstärkt aufgerufen, bei der als Vereinbarung (§ 10 Abs. 2 WEG) nur einstimmig änderbaren Gemeinschaftsordnung Öffnungsklauseln vorzusehen, die erleichterte Änderungsmöglichkeiten für die Zukunft bieten². Der BGH hat nun auch auf einem weiteren durch das Einstimmigkeitsprinzip von der Lähmung bedrohten Gebiet, nämlich der baulichen Veränderung, segensreich eingegriffen.

Bauliche Veränderungen können grundsätzlich nicht mit Mehrheit beschlossen werden oder gar von einem Wohnungseigentümer verlangt werden, es sei denn, es handelt sich um Maßnahmen der ordnungsgemäßen Instandhaltung oder Instandsetzung. Damit ist in aller Regel die Zustimmung aller Wohnungseigentümer erforderlich für so geringfügige Veränderungen wie das Anbringen von Markiesen, Blumenkästen oder eines Wäschepfahls, § 22 Abs. 1 S. 1 WEG. § 22 Abs. 1 S. 2 WEG nimmt aber diejenigen baulichen Veränderungen von dem allgemeinen Zustimmungserfordernis aus, die von den anderen Eigentümern nach § 14 WEG geduldet werden müssen. Nach § 14 Nr. 1 und Nr. 3 WEG sind unwesentliche Beeinträchtigungen zu dulden.

Was ist im Bereich der baulichen Veränderung eine „wesentliche Beeinträchtigung“? Bislang waren Wand- oder Deckendurchbrüche immer eine wesentliche Beeinträchtigung der anderen Wohnungseigentümer, wenn dadurch die Abgeschlossenheit der Wohnungen aufgehoben oder tragende Teile des Gebäudes verändert wurden. Der Nachweis konnte nicht geführt werden, dass ein bestimmter Eigentümer von der Maßnahme gar nicht betroffen war, etwa, weil er in einem anderen Haus derselben Anlage wohnte.

Der BGH hat die frühere Rechtsprechung (auch des BayObLG³) nunmehr aufgegeben: Mit der Beseitigung der Abgeschlossenheit ist für die anderen Wohnungseigentümer kein Nachteil verbunden, da dies den Bestand und den Umfang des in der Teilungserklärung ausgestalteten Wohnungseigentums

unberührt lässt; auch wird dadurch das Grundbuch nicht unrichtig. Betroffen sind lediglich die Eigentümer der auf beiden Seiten des Durchbruchs liegenden Wohnungen. Ein Mauerdurchbruch führt auch nicht notwendigerweise zu einer intensivierten Nutzung des Gemeinschaftseigentums, etwa durch mehr Publikumsverkehr. Der Eingriff in die Statik kann aber das Gemeinschaftseigentum gefährden, wenn nicht sichergestellt ist, dass für die konstruktive Stabilität des Gebäudes und dessen Brandsicherheit keine Gefahr besteht. Dies kann aber der Wohnungseigentümergeinschaft durch ein Gutachten eines Fachunternehmens nachgewiesen werden.

Die Rechtsprechung liegt auf einer Linie mit den Entscheidungen, welche unter großzügigen Voraussetzungen die rechtliche Vereinigung oder Teilung von Wohnungen ohne Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer erlauben⁴. Auch dazu ist nicht die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer erforderlich. Somit ist es nunmehr möglich, dass beispielsweise der Eigentümer zweier nebeneinander liegender Wohnungen diese rechtlich zusammenlegt und die (tragenden!) Trennwände beseitigen lässt, um größere Räume zu schaffen. Entsprechendes gilt für Deckendurchbrüche bei der Verbindung von übereinander liegenden Wohnungen⁵. Auch umgekehrt dürfte es nun zulässig sein, eine große Wohnung unter Vorlage einer ergänzenden Abgeschlossenheitsbescheinigung ohne Mitwirkung aller Wohnungseigentümer zu teilen und eine notwendigerweise im Gemeinschaftseigentum stehende Trennwand zu errichten. Allerdings wird dazu neben eventuellen technischen Nachweisen eine Erklärung der Eigentümer der neu gebildeten Wohnungen zu Gunsten der Gemeinschaft erforderlich sein, alle durch die im Gemeinschaftseigentum stehende Wand jetzt oder künftig anfallenden Kosten zu tragen. Die Kostenübernahmeerklärung erscheint erforderlich, da der Gemeinschaft sonst weiteres von ihr zu unterhaltendes Eigentum aufgedrängt würde; dessen nachteilige Folgen braucht die Gemeinschaft aber nicht tragen. Die Trennwand nur in das gemeinschaftliche Eigentum der angrenzenden Wohnungen zu überführen ist nicht möglich, da es sogenanntes Mitsondereigentum an der Trennwand nicht geben kann.

Notar *Dr. Andreas Albrecht*, Regensburg

⁴ Zu den Voraussetzungen einer Unterteilung von Wohnungseigentum vgl. BayObLG NJW-RR 1994, 716.

⁵ Anders noch BayObLG NJW-RR 1992, 272.

4. FGG § 20 Abs. 1, WEG § 23 Abs. 3 und 4, § 24 Abs. 1 bis 3, § 26 Abs. 1, § 43 Abs. 1 Nr. 4, § 45 Abs. 1 (*Eintritt des Erwerbers in alle Rechte und Pflichten der Eigentümergemeinschaft*)

1. (...)

2. **Die in einem Kaufvertrag enthaltene Ermächtigung des Veräußerers zugunsten des Käufers, bereits vor Eigentumsumschreibung in alle Rechte und Pflichten der Eigentümergemeinschaft einzutreten, ist im Zweifelsfall dahin auszulegen, dass sie nicht zu einer Beschlussfassung berechtigt, die der erkennbaren Interessenlage des Veräußerers widerspricht (hier: Beschluss über die Abberufung des in der Teilungserklärung als Verwalter bestellten Veräußerers).**

3. (...)

BayObLG, Beschluss vom 19.9.2001 – 2Z BR 89/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

¹ BGH 20.9.2000 NJW 2000, 3500 = DNotZ 2000, 854 = MittBayNot 2000, 546 = MittRhNotK 2000, 390.

² Dazu eingehend Hügel DNotZ 2001, 181.

³ BayObLG NJW-RR 1992, 272 und NJW-RR 1995, 649.

5. BGB § 242 WEG § 8 Abs. 1 (*Teileigentum an zu errichtender Tiefgarage; Folgen endgültiger Nichterrichtung*)

Teileigentum kann auch in der Weise begründet werden, dass mit dem Miteigentumsanteil das Sondereigentum an einer erst noch zu errichtenden Tiefgarage verbunden wird. Wird die Tiefgarage nicht errichtet und haben die Wohnungseigentümer kein Interesse an ihrer Erstellung; kann es nach Treu und Glauben geboten sein, den bestehenden Zustand in der Weise zu bereinigen, dass die Wohnungseigentümer ohne Zahlung eines Wertausgleichs die Miteigentumsanteile übernehmen, die mit dem Sondereigentum an der Tiefgarage verbunden sind, und dass das Sondereigentum aufgehoben wird.

BayObLG, Beschluss vom 7.11.2001 – 2Z BR 10/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Antragsteller und der Antragsgegner sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Wohnanlage.

Der Antragsgegner war Alleineigentümer des Grundstücks, auf dem sich die Wohnanlage befindet. Er teilte dieses Grundstück im Jahr 1973 in Wohnungs- und Teileigentum auf. Dem Antragsgegner gehört das Teileigentum an den Tiefgaragenstellplätzen, auf die insgesamt ^{120/1000} Miteigentumsanteile entfallen.

In der Folgezeit veräußerte der Antragsgegner die Wohnungen. Da sich dabei herausstellte, dass am Erwerb der in der Planung und der Teilungserklärung vorgesehenen Tiefgaragenstellplätze kein Interesse bestand, strich er die Tiefgarage aus der Planung und errichtete lediglich die Wohngebäude.

Nach der Teilungserklärung sollten ferner auf der Fläche über der geplanten Tiefgarage acht Stellplätze errichtet werden, das Recht auf Vergabe von Sondernutzungsrechten an den Stellplätzen wurde dem Antragsgegner eingeräumt. Außerdem ist bestimmt, dass der Antragsgegner, soweit er Miteigentumsanteile verbunden mit Sondereigentum behält, mit diesen das Sondernutzungsrecht an oberirdischen Stellplätzen verbinden kann. In der Folgezeit errichtete der Antragsgegner sieben oberirdische Stellplätze, von denen er zwei gegen Entgelt an andere Wohnungseigentümer übertrug.

Nach der Gemeinschaftsordnung richtet sich die Pflicht zur Kosten- und Lastentragung nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile.

Die Antragsteller haben beantragt, den Antragsgegner für das Jahr 1994 zur Zahlung von Wohngeld in Höhe von 4.537,24 DM nebst Zinsen zu verpflichten. Der Antragsgegner hat die Gegenanträge gestellt, die Antragsteller zu verpflichten, seinen Miteigentumsanteil gegen Zahlung des gemeinen Wertes zu übernehmen (Nr. I) und die Teilungserklärung dahingehend zu ändern, dass die Miteigentumsanteile des Antragsgegners den Antragstellern im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile zugewiesen werden (Nr. II). Mit Teilbeschluss vom 26.2.1996 hat das Amtsgericht dem Antrag der Antragsteller stattgegeben und den Gegenantrag Nr. I abgewiesen. Die gegen den Teilbeschluss eingelegte sofortige Beschwerde hat der Antragsgegner wieder zurückgenommen. In der Folgezeit hat der Antragsgegner beim Amtsgericht seinen Gegenantrag Nr. II dahingehend abgeändert, dass die Antragsteller verpflichtet werden, seinen Miteigentumsanteil gegen Zahlung eines Betrages von 25.000 DM zu übernehmen, hilfsweise die in der Gemeinschaftsordnung enthaltene Regelung für die Kosten- und Lastentragung dahingehend abzuändern, dass die Miteigentumsanteile des Antragsgegners von der Kostenlast freigestellt werden und die Kosten und Lasten den übrigen Miteigentümern nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile auferlegt werden. Mit Beschluss vom 21.1.1998 hat das Amtsgericht die Gegenanträge abgewiesen. Hiergegen hat der Antragsgegner sofortige Beschwerde eingelegt. Seinen zuletzt gestellten Hauptantrag hat er im Beschwerdeverfahren dahin abgeändert, dass sein Miteigentumsanteil gegen Zahlung eines in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrages, hilfsweise unentgeltlich, von den Antragstellern zu übernehmen sei. Das Landgericht hat am 18.12.2000 die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde des Antragsgegners.

Die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller haben gegen die Festsetzung des Geschäftswerts für das Beschwerdeverfahren durch das Landgericht auf 25.000 DM im eigenen Namen Beschwerde eingelegt und eine Festsetzung des Geschäftswerts auf 50.000 DM beantragt.

Aus den Gründen:

A. Das Rechtsmittel des Antragsgegners ist überwiegend begründet.

(...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung überwiegend nicht stand. Die Antragsteller sind nach § 242 BGB verpflichtet, daran mitzuwirken, dass der Miteigentumsanteil des Antragsgegners auf sie nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile übertragen und dass das mit diesem Miteigentumsanteil verbundene Sondereigentum aufgehoben wird, was zur Folge hat, dass damit verbundene Sondernutzungsrechte entfallen. Das Rechtsmittel des Antragsgegners ist allerdings insoweit zurückzuweisen, als ein Wertausgleich durch die Antragsteller hierfür nicht zu entrichten ist. Außerdem hat der Antragsgegner die zur Herstellung des neuen Zustands entstehenden Kosten zu tragen.

a) (...)

b) Das Teileigentum des Antragsgegners ist wirksam begründet worden. Nach den Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes kann Wohnungs- und Teileigentum auch in der Weise begründet werden, dass mit dem Miteigentumsanteil das Sondereigentum an Räumen in einem erst noch zu errichtenden Gebäude verbunden wird. Wirksamkeitsvoraussetzung für die Begründung von Wohnungseigentum ist damit nicht, dass Sondereigentum bereits entstanden ist. Das Sondereigentum entsteht dann erst mit der Fertigstellung des Gebäudes. Bis dahin besteht eine Anwartschaft auf Erlangung des Sondereigentums. Wird das Gebäude, gleichgültig aus welchen Gründen, nicht erstellt, bleibt das Wohnungseigentum auf Dauer in dem Zustand wirksam, in dem es sich bei der Grundbucheintragung befand, also der Substanz nach nur in dem eines Miteigentumsanteils am Grundstück (BGHZ 110, 36/39; *Demharter* NZM 2000, 1196, f. m. w. N.).

Es bestehen keine isolierten Miteigentumsanteile, also Miteigentumsanteile ohne zugehöriges Sondereigentum, die bereinigt werden müssten (vgl. BGH NJW 1995, 2851; BayObLG NZM 2000, 1234) Der Antragsgegner hat deshalb nicht einen aus dem Gemeinschaftsverhältnis hergeleiteten schuldrechtlichen Anspruch aus § 242 BGB auf Änderung der dinglichen Rechtslage.

c) Da ein Festhalten an der geltenden Regelung aber aus anderen Gründen grob unbillig wäre, besteht gleichwohl ein schuldrechtlicher Anspruch des Antragsgegners nach § 242 BGB darauf, dass sein Miteigentumsanteil unter Aufhebung des Sondereigentums den anderen Wohnungseigentümern anteilig zugeschlagen wird.

Fast 30 Jahre nach Begründung des Wohnungseigentums ist die Tiefgarage noch immer nicht errichtet. Der Antragsgegner hat eindeutig erklärt, vom Bau der Tiefgarage Abstand genommen zu haben; bereits in den jeweiligen Kaufverträgen über die Wohnungen hat er die Käufer darauf hingewiesen, dass er nicht die Absicht habe, die Tiefgarage noch zu errichten. Aus dem Verhalten der Antragsteller ergibt sich, dass von ihrer Seite kein Interesse am Bau der Tiefgarage besteht. Andererseits wird aber aufgrund des Kostenverteilungsschlüssels der Antragsgegner fortdauernd mit Kosten belastet, die allein

durch die Gemeinschaft verursacht werden. Dies gilt im Übrigen auch für die Kosten, die durch die Fläche über der Tiefgarage entstehen; diese steht im Gemeinschaftseigentum, auch soweit dem Antragsteller daran ein Sondernutzungsrecht eingeräumt ist. Der Senat hat zwar entschieden (ZMR 1999, 842), dass die Grenze der nicht mehr hinzunehmenden Benachteiligung eines Wohnungseigentümers noch nicht überschritten sei, wenn er 12 % mehr als bei einer von ihm für richtig gehaltenen Kostenverteilung zu zahlen habe. Der Unterschied zum vorliegenden Fall besteht aber darin, dass die für den Antragsgegner ungerechte „Lasten und Kostentragsverpflichtung nicht etwa wegen nicht sachgerechter Festlegung der Miteigentumsanteile besteht, sondern den Antragsgegner eine Lasten- und Kostentragsverpflichtung trifft, obwohl ihm tatsächlich auf Dauer weder Teil- noch Wohnungseigentum gehört, der Substanz nach also nur ein Miteigentumsanteil am Grundstück ohne Nutzungsmöglichkeit von Sondereigentum zusteht.

Bei dieser Sachlage hat der Antragsgegner ein berechtigtes Interesse daran, dass jedenfalls jetzt, fast 30 Jahre nach Begründung des Wohnungseigentums, der bestehende Zustand bereinigt und nicht für die Zukunft festgeschrieben wird. Eine Bereinigung ist nur in der Weise möglich, dass die Antragsteller daran mitwirken, die Miteigentumsanteile des Antragsgegners unter Aufhebung des dazu gehörenden Sondereigentums auf sie nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile zu übertragen.

d) Es entspricht jedoch nicht billigem Ermessen, dass die Antragsteller hierfür einen Wertausgleich an den Antragsgegner entrichten. Der Antragsgegner hat selbst die dem jetzigen Zustand zugrundeliegende Regelung in der Teilungserklärung veranlasst. Es war seine wirtschaftliche Entscheidung, vom Bau der Tiefgarage abzusehen. Einen praktischen Vorteil durch die Übertragung der Miteigentumsanteile erhalten die Wohnungseigentümer nicht. Auch beim Verkauf der Wohnungen kommt es maßgeblich auf den Wert der Wohnung, nicht aber auf die Höhe der Miteigentumsanteile an. Mit der Erhöhung der Miteigentumsanteile steigt vielmehr die Kostenbelastung der übrigen Wohnungseigentümer.

Die zur Herstellung des neuen Zustands erforderlichen Maßnahmen sind mit nicht unerheblichen Kosten verbunden (vgl. *Demharter* NZM 2000, 1196/1201). Es erscheint billig, dass aus den oben genannten Gründen der Antragsgegner auch diese Kosten zu übernehmen hat.

e) Da dem Antragsgegner nach Bereinigung des jetzigen Zustands kein Teileigentum mehr gehört, kann ihm auch kein Sondernutzungsrecht mehr zustehen. Soweit die Sondernutzungsrechte an der Fläche über der Tiefgarage in der Vergangenheit nicht übertragen worden sind, können diese dem Antragsgegner künftig nicht mehr zustehen.

(...)

6. BGB § 316 (*Bestimmtheit des Kaufgrundstücks*)

Bleibt in einem Vertragsangebot in Abstimmung mit dem Angebotsempfänger die endgültige Bestimmung des Kaufgegenstandes einem späteren Zeitpunkt vorbehalten, so kann die analoge Anwendung von § 316 BGB zugunsten des Empfängers gerechtfertigt sein.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.4.2000 – 9 U 186/99 – mitgeteilt von RiOLG *Gode*

Zum Sachverhalt:

Die Beklagte, die früher als R. firmierte, ist – ebenso wie die seit 1999 mit ihr verschmolzene Schwesterfirma R. – ein Kiesbauunternehmen. Der Kläger betreibt Wassersportanlagen auf ausgekiesten Wasserflächen.

Mit notariellem Vertrag von 1982 verkaufte der Kläger zusammen mit P. S. die Vermögensgegenstände des Geschäftsbetriebes der „W.“ an die Schwesterfirma der Beklagten sowie die in den Betriebsgrundstücken lagernden Kies- und Sandsubstanzen. Eine Übertragung der Grundstücke selbst ist in diesem Vertrag ausdrücklich ausgeschlossen. Vielmehr ist unter § 10 des Vertrages festgehalten, der Käuferin sei bekannt, dass die Verkäuferin beabsichtige, auf den in ihrem Eigentum verbleibenden Wasserflächen eine gewerbliche Freizeitanlage einzurichten.

Mit notariellem Vertrag von April 1985 (UR.-Nr. 477/85) verkaufte der Kläger der Beklagten genau bezeichnete Flurstücke gegen Zahlung von insgesamt 700.000 DM. In der Vorbemerkung des Vertrags ist vermerkt, aufgrund von Aktivitäten der jetzigen Beklagten würden bisher nicht entnehmbare Mengen Kies und Sand aus den im Vertrag von 1982 genannten Flurstücken voraussichtlich doch zur Auskiesung gelangen. Die Umschreibung der Grundstücke sollte aber nicht vor Mai 1995 erfolgen.

In Abstimmung mit dem Kläger unterbreitete die Beklagte diesem mit anschließender notarieller Urkunde (UR.-Nr. 478/85) des gleichen Tages ein Übertragungsangebot bezüglich einer ausgekiesten Wasserfläche, wobei sie vorausschickte, sie habe Grundbesitz in der Gemarkung S. Wörtlich heißt es in der Urkunde:

„... Übertragungsvertrag:

Die R. in D. – nachstehend ‚Veräußerer‘ genannt – überträgt hiermit dem dies annehmenden W. J. S. oder einem von ihm zu benennenden Dritten – nachstehend ‚Erwerber‘ genannt – aus dem Grundbesitz in der Gemarkung S. eine ausgekieste Wasserfläche in einer Größe von zirka 100.000 qm. Falls zu dieser Wasserfläche Böschungen gehören, sind diese vom Veräußerer rekultiviert an den Erwerber zu übergeben. Die Übertragung der zirka 100.000 qm großen Wasserfläche mit etwaigen Böschungen erfolgt unentgeltlich.

Der Erwerber hat sich vor der Annahme mit dem Veräußerer über die genaue Lage der zirka 100.000 qm großen Wasserfläche abzustimmen. Der Veräußerer verpflichtet sich dem Erwerber gegenüber bei der Erklärung der Auflassung mitzuwirken. Soweit Lasten und Beschränkungen ...

Wegen der noch unbestimmten Lage der von dieser Urkunde betroffenen Trennfläche verzichten die Beteiligten auf die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung oder Eigentumsübertragung.

Die Annahme dieses Angebots gilt als erfolgt, wenn der Angebotsempfänger oder der von ihm zu benennende Dritte die Annahme bis einschließlich 1.4.1995 zu notariellem Protokoll erklärt hat ...“

Mit Schreiben vom 15.10.1992 teilte der Kläger mit, er beabsichtige, das Angebot anzunehmen und zwar bezüglich der Grundstücke Gemarkung H. Nrn x und y. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 28.10.1992 ab, weil es in ihrem Angebot lediglich heiße, „Flurstücke der Gemarkung S.“ und das Angebot im Übrigen unbestimmt sei. Mit Schreiben vom 28.12.1992 stellte der Kläger klar, dass es statt S. richtig H. heißen müsse. Am 3.2.1993 fand nach weiterer Korrespondenz eine Besprechung zwischen den Parteien statt, bei der der Kläger erfolglos die Übereignung der Grundstücke Gemarkung H. Flurstücke x und y forderte. Mit Schreiben vom 15.2.1993 bot die Beklagte ihrerseits die Übertragung der seinerzeit an sie veräußerten Grundstücke an. Dies wiederum lehnte der Kläger ab.

Schließlich ließ der Kläger im April 1993 bei dem Notar Dr. S. folgende Erklärung beurkunden:

„Durch Urkunde vom 12.4.1985 hat mir die R. D. das Angebot zum Abschluss eines Übertragungsvertrages gemacht.

Das Angebot bezieht sich auf eine ca. 100.000 qm große Teilfläche in der Gemarkung H. und S. (nicht wie im Angebot irrtümlich aufgeführt allein Gemarkung S.).

Das Angebot bezieht sich nach Sach- und Eigentumslage bei Abgabe des Angebots auf das in H. Blatt z verzeichnete Grundstück Gemarkung H. (...) sowie weiter daran angrenzende Fläche von ca. 24.000 qm, deren genaue Lage noch abzustimmen ist.

Ich nehme hiermit das mit in der vorgenannten Urkunde gemachte Übertragungsvertragsangebot uneingeschränkt an. Zu diesem Zweck gebe ich alle einseitigen, in dem Angebot enthaltenen Erklärungen ab.“

Die Beklagte, ausdrücklich auf Genehmigung dieses Vertrages nachgesucht, erklärte, sie genehmige nicht und teilte mit, sie halte sich nunmehr an das Angebot von 1985 nicht mehr gebunden; unter dem 8.6.1995 bat die Beklagte den Notar, die Eigentumsbeschreibung, entsprechend der ersten Urkunde vom April 1985 herbeizuführen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hat – bis auf den Antrag zur Fristsetzung – Erfolg.

Der Kläger hat Anspruch auf Auflassung der im Grundbuch des Amtsgerichts N. Gemarkung H. (...) verzeichneten Grundstücke und Bewilligung seiner Eintragung als Eigentümer. Ein entsprechender Übertragungsvertrag ist zwischen den Parteien zustande gekommen. Die notwendige Konkretisierung der zu übertragenden Grundstücksparzellen erfolgte durch Bestimmung des Klägers entsprechend § 316 BGB.

1. Die Beklagte hat durch die in der Urkunde (...) vom April 1985 enthaltenen Erklärungen gegenüber dem Kläger ein wirksames Angebot auf Abschluss eines Übertragungsvertrages abgegeben. Die Beklagte beruft sich zu Unrecht darauf, jenem Angebot mangle es an der notwendigen Bestimmtheit eines Grundstücksgeschäfts, weil nur davon gesprochen werde, die Übertragung einer ca. 100.000 qm großen Fläche aus der Gemarkung S. sei zu übertragen.

a) Unschädlich ist zunächst, dass die Gemarkung H. in Bezug auf die Grundstücke im Bereich Flur x im Angebot vom April 1985 nicht ausdrücklich erwähnt ist. Insofern handelt es sich lediglich um eine unschädliche Falschbezeichnung. Maßgeblich ist nämlich nicht das objektiv Erklärte, sondern der übereinstimmende Wille (vgl. BGH NJW-RR 1993, 140, 141). Der Wahrung der Form steht nicht schon entgegen, dass die Parteien eines i.S. des § 313 Abs. 1 BGB formbedürftigen Vertrages bei übereinstimmendem inneren Willen (unbewusst) objektiv etwas anderes haben beurkunden lassen (vgl. dazu BGHZ 87, 150, 159 ff.; OLG Düsseldorf OLGR 1997, 234, 235). Dies gilt auch im vorliegenden Fall, in dem das Angebot 1985 in Abstimmung der Parteien gefertigt wurde. Zwischen den Parteien ist im Laufe des Verfahrens nicht mehr im Streit, dass Flur x nur in der Gemarkung H. liegen kann, weil der Beklagten im Bereich S., Flur x keine Grundstücke zur Auskiesung zur Verfügung stehen.

b) Richtig ist allerdings, dass ein Angebot i.S. des § 145 BGB Gegenstand und Inhalt bereits bestimmt bzw. bestimmbar angeben muss, damit durch dessen Annahme ohne weiteres ein wirksames Schuldverhältnis entstehen kann (vgl. BGHZ 55, 248, 249 f.).

aa) Das gesetzliche Beurkundungserfordernis bei einem zur Übereignung von Grund und Boden verpflichtenden Vertrag – damit auch schon für das Angebot maßgebend – erstreckt sich auch und insbesondere auf die hinreichend genaue Bezeichnung des den Verpflichtungsgegenstand bildenden Geländes. Handelt es sich um ein ganzes Grundstück im Rechtssinne, so genügt die Angabe der einschlägigen Grundbuchstelle. Handelt es sich hingegen um einen noch nicht vermessenen Grundstücksteil, so genügt die Angabe der Grundbuchstelle des ganzen Grundstücks nicht, vielmehr muss der zu ver-

äußernde Teil des Grundstücks in der notariellen Urkunde in geeigneter Weise umschrieben werden. Als Umschreibung kann nicht die Flächenangabe allein ausreichen, zumal wenn klar ist, dass es kein Grundstück in exakt dieser Größe gibt (vgl. dazu BGH NJW 1969, 131, 132; 1979, 1984, 1985).

bb) In diesem Sinne reicht die Umschreibung des Grundstückes im Urkundstext mit „eine ca. 100.000 qm große ausgekieste Wasserfläche“ in den Gemarkungen S. und H. für die Konkretisierung des Vertragsgegenstandes und damit für ein annahmefähiges Angebot nicht aus. Eine solche Fläche gab es im Zeitpunkt des Angebots nicht. Die in den Vorbestimmungen genannte Geländebeschreibung, über die Grundstücke würde teilweise eine Hochspannungsleitung der RWE führen, grenzt die dem Kläger zur Übertragung angebotenen Grundstücke ebenfalls nicht ein.

cc) Auch der von den Parteien am gleichen Tag geschlossene Kaufvertrag gemäß Urkunde UR.-Nr. 477/85 ermöglicht es nicht, die zu übertragende Grundstückfläche exakt zu bestimmen. Der Urkundeneinhalt kann im Wege der Auslegung zwar über den Wortlaut des Urkundentextes hinaus gedeutet werden; zur Ermittlung des maßgebenden Parteiwillens kann das Gericht deshalb auch außerhalb der notariellen Urkunde liegende Umstände heranziehen, falls ein dahingehender Parteiwille in der Urkunde einen – wenn auch nur unvollkommenen – Ausdruck gefunden, hat (vgl. dazu BGH NJW 1969, 131, 132). Abgesehen von den Fällen der *falsa demonstratio* ist bei Grundstücksgeschäften mit Rücksicht auf die Beurkundungspflicht des § 313 BGB nach der Rechtsprechung bei der Bestimmung des Leistungsgegenstandes eher ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. etwa BGH NJW 1979, 1496, 1497; NJW 1998, 3197; MünchKomm/Kanzleiter, § 313, Rdnr. 62), dessen Anforderungen hier jedoch nicht zu vertiefen sind, weil solche außerhalb der Urkunde liegenden Umstände, die die Bestimmung des Grundstückes ermöglichen, nicht vorliegen.

Sie ergeben sich insbesondere nicht – wie die Beklagte meint – aus dem am gleichen Tag zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag UR.-Nr. 477/85. Zwar hat der Kläger in diesem Vertrag der Beklagten mehrere Grundstücke übertragen, die annähernd auch eine Gesamtfläche von ca. 100.000 qm haben. Ein solcher Wille der Beklagten, ein Rückübertragungsangebot nur bezüglich dieser Grundstücke zu machen, findet in ihrem Angebot gemäß UR.-Nr. 478/85 aber keinen Niederschlag. Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Übertragungsangebotes war die Lage der zu übertragenden ausgekiesten Wasserfläche unbestimmt. Dem widerspräche es, wenn nur eine Rückübertragung der Flurstücke (...) gewollt gewesen wäre. Eine Beschränkung auf die mit Vertrag UR.-Nr. 477/85 veräußerten Grundstücke folgt auch nicht aus den von der Beklagten angeführten steuerlichen Belangen des Klägers zur Erläuterung des Verzichts auf eine genaue Lagebeschreibung der Grundstücke. Dieser Vortrag bestätigt vielmehr, dass in dem Angebot die Bezugnahme auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände gerade nicht gewollt war. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass bereits das Übertragungsangebot der Beklagten den Steuerbehörden vorzulegen war und damit sofort eine Versteuerung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung hätte auslösen können, zumal nicht absehbar war, ob und wann der Kläger das Angebot annehmen würde. Zum anderen wären die steuerlichen Konsequenzen voraussichtlich auch dann eingetreten, wenn der Kläger die Flurstücke (...) aufgrund des Angebots und einvernehmlicher Festlegung auf diese Grundstücke zurückerhalten hätte. Den erstinstanzlichen Vortrag zur Geltung des § 10 des Vertrages aus dem Jahre 1982, aus dem sich die Absicht des Klägers ergibt, gerade auf den damals noch nicht mitübertragenen Grund-

stücken Flurstücke (...) eine Freizeitanlage zu errichten, hat sich die Beklagte ausdrücklich nicht zu eigen gemacht. Sie hat sich darauf berufen, nicht Partnerin des damaligen Vertrages zu sein.

Ebenso wenig lässt sich feststellen, dass die Parteien sich bereits – wie es im erstinstanzlichen Vortrag des Klägers und seiner Annahmeerklärung anklingt – darüber einig waren, dass das Flurstück (...) mit 75.764 qm Gegenstand des Übertragungsangebotes sein sollte.

Im Zeitpunkt der Abgabe des Übertragungsangebotes und des Kaufvertrages vom 12.4.1985 war das Flurstück (...) noch nicht vermessen. Es existierte nur das Flurstück (...) mit einer Gesamtgröße von 77.970 qm. Dies ergibt sich zumindest aus dem Lageplan, der dem Vertrag UR.-Nr 477/85 beigelegt war. Zwar ist das – kleinere – Flurstück aus dem ehemaligen Flurstück (...) hervorgegangen; das reicht für die Bestimmbarkeit des Grundstücks als Übertragungsgrundstück nicht aus. Davon geht der Kläger in der zweiten Instanz auch selbst aus.

c) Die Erklärung vom April 1985 ist gleichwohl wirksam als Angebot abgegeben, weil die genaue Festlegung der von der Beklagten zu übertragenden Flurstücke ausdrücklich unbestimmt geblieben war, aber gleichzeitig einer späteren Abstimmung unter Vorgabe eines Rahmens (eine Wasserfläche von ca. 100.000 qm aus dem Grundbesitz der Beklagten in den Gemarkungen S. und H. vorbehalten wurde).

aa) Auch in einem Grundstückskaufvertrag kann die Gegenleistung späterer Bestimmung überlassen bleiben (vgl. BGHZ 71, 276, 280). Da der Inhalt des späteren Vertrags bereits durch die Angaben des Angebotes niedergelegt wird, muss die Festlegung von Inhalt und Umfang der Gegenleistung durch Vorbehalt späterer Bestimmung auch bereits im Angebot vorgesehen werden können. Die anbietende Partei muss lediglich ihren endgültigen Bindungswillen entsprechend zum Ausdruck bringen (vgl. BGH LM § 313 Nr. 33, Bl. 596; *Staudinger/Madert*, § 315 BGB Rdnr. 14), d.h. sie darf der Gegenseite nicht nur einen Verhandlungsvorschlag unterbreiten.

bb) Der Einordnung als rechtsverbindliches und ohne weiteres annahmefähiges Angebot steht nicht die im vorgeschlagenen Text des Übertragungsvertrages an dieser Stelle systemwidrig aufgenommene Klausel entgegen, der Erwerber habe sich vor der Annahme mit dem Veräußerer über die genaue Lage abzustimmen. Ohne Zweifel ist es 1993 nicht zu einer einvernehmlichen Abstimmung der Parteien über die genaue Lage der zu übertragenden Parzellen gekommen. Damit wurde das Angebot aber nicht wirkungslos.

Der Wortlaut der Klausel spricht zwar zunächst dafür, dass es zwischen den Parteien einer weiteren Vereinbarung über die genaue Lage bedarf, bevor das Angebot angenommen werden könnte. Die genaue Vorgehensweise zur Erlangung der Abstimmung ist allerdings nicht beschrieben. Wird abstimmen hier als Verpflichtung zur rechtsgeschäftlichen Einigung beider Parteien zur Festlegung der genauen Grundstückslage verstanden, also entweder als Bedingung des Angebotes oder als Verhandlungsklausel, so wäre der Kläger, dem es ja nach dem Wortlauf anheim gegeben wird, die Abstimmung mit der Beklagten zu suchen, darauf angewiesen, das bisher unbestimmte Angebot der Beklagten zu konkretisieren, bevor er das eigentliche Angebot annehmen könnte. Das bisherige Übertragungsangebot trüge lediglich den Charakter einer unverbindlichen Absichtserklärung, denn die Beklagte wäre nach der Klausel noch nicht einmal verpflichtet, an der Konkretisierung des Angebotes mitzuwirken.

Nach Auffassung des Senats kann das Übertragungsangebot vom April 1985 nicht in diesem Sinne verstanden werden. Abgesehen davon, dass die vorgesehene gesonderte Annahme des angebotenen Übertragungsvertrages dann überflüssig wäre, weil im Rahmen der weiteren vertraglichen Abstimmung, wenn sie zustande käme, bereits alles zu regeln ist, darf hier nicht übersehen werden, dass die Beklagte das Übertragungsangebot im Zusammenhang mit dem am gleichen Tag abgeschlossenen Kaufvertrag der Parteien abgegeben hat. Ausweislich des Übersendungsschreibens des Notars (...) wurden das Übertragungsangebot und der Kaufvertrag gemeinsam bei einer Besprechung der Parteien (...) im Büro des Notars ausgehandelt; das Angebot entsprach daher dem übereinstimmenden Willen der Parteien. Der Kläger sollte für den Eigentumsverlust aufgrund des ersten Vertrags über den dort vereinbarten Kaufpreis hinaus durch eine ausgekieste Wasserfläche „entschädigt“ werden. Der Kläger hat keinen Zweifel daran gelassen, dass er ohne das Angebot eines solchen Ausgleichs nicht zum endgültigen Verkauf der Flurstücke (...) bereit gewesen wäre. Die Beklagte bestreitet dieses unverkennbare Interesse auch nicht, sie meint lediglich, das Interesse habe sich seinerzeit auf andere Grundstücksbereiche bezogen als die heute in Streit befindlichen. Die Beklagte hat dem erkennbaren Erwerbsinteresse des Klägers dadurch Rechnung getragen, dass sie in der Angebotsurkunde ausdrücklich erklärte, sie binde sich an das nachfolgende Angebot. Damit korrespondiert, dass in dem Angebot der Beklagten nur noch die Pflicht auferlegt ist, an der späteren Auffassung mitzuwirken. Ferner ist lediglich eine Frist bis zum 1.4.1995 für die Annahme des Angebotes, nicht jedoch für die Herbeiführung einer Abstimmung gesetzt worden. Die nach dem Wortlaut im Widerspruch zu dem eindeutig vorhandenen und dokumentierten Rechtsbindungswillen der Beklagten stehende Abstimmungsklausel kann daher nur so verstanden werden, dass die Parteien aufgrund des damals bestehenden Vertrauensverhältnisses ohne weiteres davon ausgingen, eine Abstimmung sei problemlos im Sinne einer Mitteilung vor Annahme möglich, sie die Klausel also gerade nicht als Bedingung des Angebotes oder dieses wiederum nur als unverbindliche Vorfeldvereinbarung auffassten. Insbesondere weil die zu übertragende Wasserfläche als weitere Gegenleistung des Kaufvertrages anzusehen ist, kann nicht davon ausgegangen werden, dass es der Beklagten letztendlich vorbehalten bleiben sollte, durch Verweigerung einer Einigung über die Lage der Wasserfläche den Vertragsschluss zu verhindern. Ob und wie die Verwendung des Begriffs Abstimmen in anderen Vertragskonstellationen zu verstehen ist, etwa wenn der Hauptvertrag bereits rechtsverbindlich abgeschlossen ist (so etwa OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 271), braucht hier nicht entschieden zu werden.

cc) In dem Angebot ist allerdings offen geblieben, wie die Parteien verfahren wollen und sollen, wenn das 1985 als sicher erwartete spätere Einvernehmen nicht zu erzielen ist. Diese Lücke des Angebots ist in analoger Anwendung des § 316 BGB zu schließen und das Bestimmungsrecht dem zur Annahme berechtigten Kläger vorzubehalten.

(1) Die Parteien haben bei Abgabe des Übertragungsangebotes unterstellt, sie würden ohne weiteres Einvernehmen über die genaue Lage der zu übertragenden Grundstücke erzielen. Sie haben trotz des Rechtsbindungswillens der Beklagten nicht geregelt, wer für den Fall einer Nichteinigung die endgültige Entscheidung treffen sollte. In einem solchen Fall kann § 316 BGB anwendbar sein (vgl. BGH NJW-RR 1988, 970, 971; *Palandt/Heinrichs*, 59.A. § 316 Rdnr. 3; *Münch-Komm/Gottwald*, 3. A., § 315 Rdnr. 5; *Soergel/M. Wolf*, 12. A., § 316 BGB Rdnr. 5, a.A. wohl für den Regelfall: *Staudinger/Mader*, 13. Bearb., § 315 Rdnr. 24).

(2) § 316 BGB enthält eine gesetzliche Auslegungsregel die den Vertrag vervollständigt und insoweit § 154 Abs. 1 BGB ergänzt und zwar sowohl hinsichtlich der Wirksamkeit des Vertrages, indem im Zweifel von der Annahme eines Bestimmungsrechts ausgegangen wird, als auch hinsichtlich der Person des Bestimmungsberechtigten, wenn bei unbestimmtem Umfang der Gegenleistung die Person des Bestimmungsberechtigten im Vertrag nicht vereinbart worden ist (vgl. BGH NJW-RR 1988, 970, 971). § 316 BGB bringt gegenüber § 315 BGB insofern eine Erweiterung, als jener davon ausgeht, dass der Bestimmungsberechtigte im Vertrag festgelegt ist, während § 316 BGB gerade eine Auslegungsregelung für den Bestimmungsberechtigten enthält (vgl. *Soergel/M. Wolf*, § 316 BGB Rdnr. 1). § 316 BGB liegt die Vorstellung zugrunde, dass Vertragspartner, die den Umfang einer geschuldeten Gegenleistung nicht festlegen, deren Bindungswillen aber außer Zweifel ist, bei Vertragsschluss im Allgemeinen beide mit einem entsprechenden Bestimmungsrecht des Gläubigers einverstanden sind. Wo dies allerdings dem wirklichen (oder mutmaßlichen) Willen beider Seiten nicht entspricht, kann die Auslegungsregel keine Anwendung finden (vgl. BGHZ 94, 98, 102).

(3) Besteht allerdings noch kein vertragliches Band, kann eine unmittelbar auf die §§ 315 ff. BGB gestützte Bestimmung von Leistungsinhalten nicht erfolgen; sie dient nämlich grundsätzlich der inhaltlichen Ausgestaltung schon geschlossener Verträge. Die Situation der Parteien ist hier jedoch vergleichbar der Inhaltskontrolle von Verträgen gemäß § 315 BGB, die auf der Grundlage von AGB geschlossen wurden. Der einer Billigkeitsprüfung zu unterwerfende Text war nicht nach, sondern schon vor dem Vertragsschluss erstellt; zum Zeitpunkt seiner Einbeziehung in den Individualvertrag war dessen Inhalt nicht mehr bestimmungsbedürftig (vgl. dazu *Staudinger/Mader*, § 315 BGB Rdnr. 18; siehe auch BGH NJW 1984, 1177). Vorliegend ist daher bereits die Lücke des Angebotes, welches ja 1985 dem Willen der Parteien entsprach, durch die entsprechende Anwendung des § 316 BGB zu schließen.

(4) Der Anwendung des § 316 BGB steht nicht schon entgegen, dass es sich vorliegend nicht um ein Angebot zum Abschluss eines gegenseitigen Vertrages handelt, d.h., dass das Grundstück laut dem Angebot vom April 1985 unentgeltlich an den Kläger zu übertragen ist. § 316 BGB bezieht sich auf alle Verträge, bei denen für eine bestimmte Leistung eine Gegenleistung verlangt werden kann, deren Umfang aber nicht näher bestimmt ist (vgl. BGHZ 94, 98, 100 f.). Zwar ist in dem Übergabevertrag überhaupt keine Leistung des Klägers genannt. Hier ist allerdings entsprechend dem Willen der Parteien im Jahr 1985 eine Verknüpfung mit dem Vertrag vom gleichen Tag – UR.-Nr. 477/85 – herzustellen. Die Beklagte hatte keinen Grund, dem Kläger etwas zu schenken. Vielmehr sollte der Eigentumsverlust des Klägers des ersten Vertrages trotz des vereinbarten Kaufpreises durch eine ausgekieste Wasserfläche kompensiert werden, die später zu bestimmen war. Die Gegenleistung der Beklagten stellt sich daher als ein weiterer Kaufpreisanteil dar. Damit sind im weiteren Sinne eine Leistung und eine Gegenleistung vorhanden. Zwischen den Parteien ist im Übrigen nicht dieses Synallagma streitig, sondern ob und durch wen die Gegenleistung bestimmt werden kann.

(5) Die Anwendung des § 316 BGB entspricht zumindest dem mutmaßlichen Willen der Parteien im Jahre 1985; jedenfalls lässt der Inhalt des Übertragungsangebotes keine davon abweichende Auslegung zu, der Kläger solle als Gläubiger der Gegenleistung bei fehlendem Einvernehmen zur Bestim-

mung der Gegenleistung nicht berechtigt sein. Das übrige Angebot war darauf ausgerichtet, dass der Kläger aktiv würde. Er hatte das Vertragsangebot anzunehmen, er sollte abstimmen. Eine Mitwirkung i.S. einer rechtlichen Verpflichtung war hinsichtlich der Beklagten nur noch bei der Auflassung vorgesehen. Nichts deutet darauf hin, dass die Beklagte bestimmen sollte. Deren eindeutiger Rechtsbindungswille verbietet es auch, wie bereits ausgeführt, bei fehlender Abstimmung der genauen Lage den Vertragsschluss völlig scheitern zu lassen. Hinzu kommt, dass der Rahmen für die Abstimmung eng gesteckt war. Die Größe der insgesamt zu übertragenden Fläche aus dem Besitz der Beklagten war ebenso wie Gemarkung und Flur festgelegt.

2. Das Übertragungsangebot der Beklagten hat der Kläger im April 1993 in notarieller Form uneingeschränkt angenommen. Die gleichzeitig mitbeurkundete Konkretisierung der Grundstücksfläche bezüglich des Flurstückes (...) bedeutet nicht, dass in Anwendung des § 150 Abs. 2 BGB das ursprüngliche Angebot abgelehnt und lediglich ein neues Angebot abgegeben wurde. Der Kläger hat in der Urkunde klar zum Ausdruck gebracht, dass er das Angebot vom 12.4.1985 annehme. Die Benennung des Flurstückes ist sodann lediglich in Ausübung des analog § 316 BGB ihm zustehenden Gestaltungsrechts erfolgt und diente gleichzeitig der Herbeiführung der Auflassung dieses Grundstücks.

Im Übrigen hat der Kläger das Angebot seinerseits wiederum nur unbestimmt, allerdings konkretisiert auf angrenzende Flächen angenommen. Dies steht nach Auffassung des Senats der Wirksamkeit der Annahme nicht entgegen. Zwar sieht das Angebot vor, dass vor Annahme die Abstimmung erfolgen sollte. Dies bedeutet jedoch nicht, dass bei fehlgeschlagener Abstimmung das Angebot nur unter gleichzeitiger Bestimmung der Gegenleistung angenommen werden konnte. Zum einen ist für die Abstimmung keine nach Datum bestimmte Frist – im Gegensatz zum Angebot – festgeschrieben. Zum anderen bedingt die Anwendung des Bestimmungsrechts des § 316 BGB das Zustandekommen des Vertrages, so dass die Individualisierung des Leistungsgegenstandes nachfolgt. Wollte die Beklagte den Kläger jedoch auf eine Bestimmung vor Vertragsschluss festlegen, so ergabe sich dieses ohne weiteres aus dem Schreiben des Klägers vom 15.10.1992 und 28.12.1992. Die Ausübung des Bestimmungsrechtes ist im Übrigen formlos möglich, auch wenn das Bestimmungsrecht die Übertragung von Grundstücken betrifft (vgl. BGH NJW-RR 1988, 970, 971; NJW 1969, 131, 132; *Palandt/Heinrichs*, § 315 Rdnr. 11; *MünchKomm/Gottwald*, § 315 BGB Rdnr. 21). Eine formlose Festlegung der übrigen Flurstücke ist daher außerhalb der notariellen Urkunde möglich gewesen und spätestens mit der Klageerhebung erfolgt. Diese Sicht, die Annahme des Angebot nicht von einer gleichzeitigen Bestimmung der Flurstücke abhängig zu machen, ist im Übrigen auch deshalb geboten, weil die Auswahl des Klägers am Maßstab der Billigkeit überprüft werden kann. Würde die Wahl des Klägers diesem Maßstab nicht entsprechen, so wäre trotz Vertragsschluss eine der Billigkeit letztendlich entsprechende Auswahl nach Ablauf der Annahmefrist nicht mehr nachzuholen.

Die Beklagte ist durch eine solche unbefristete Bestimmungsmöglichkeit des Klägers nicht unangemessen benachteiligt. Der bestimmungsberechtigte Gläubiger ist verpflichtet, die Bestimmung zu treffen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so kann ihn der Schuldner nach § 295 BGB in Annahmeverzug setzen, indem er erklärt, leisten zu wollen oder den Gläubiger zur Bestimmung auffordert. Er kann aber auch nach § 315 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz BGB auf richterliche

Gestaltung klagen und damit den für ihn bestehenden Schwebezustand rechtzeitig beenden (vgl. dazu MünchKomm/Gottwald § 315 Rdnr. 26). Wie sich aus § 315 Abs. 3 BGB ergibt, berechtigt der Umstand, dass der hierzu befugte Vertragsschließende die Gegenleistung nicht verbindlich bestimmt, den anderen Vertragsschließenden nicht dazu, die Abwicklung des Vertrages gemäß § 326 BGB zu verweigern, sondern er hat nur zur Folge, dass die Gegenleistung durch Richterspruch festgelegt werden muss (BGH LM § 315 Nr. 11, Bl. 153).

3. Die vom Kläger betroffene Bestimmung der Flurstücke (...) ist im Rahmen billigen Ermessens erfolgt (§ 315 Abs. 1 BGB) und damit für die Beklagte verbindlich. Die Benennung des Klägers betrifft eine Grundstücksfläche aus dem Bestand der Grundstücke der Beklagten in den Gemarkungen S./H. Die Beklagte hatte hier Grundbesitz schon vor Abgabe des Angebotes vom April 1985 erworben. Die Flurstücke (...), die die Beklagte bereit gewesen wäre, an den Kläger zu übertragen, sind ebenso wie die gewählte Fläche Flurstück (...) Wasserflächen. Warum es für die Beklagte dann beschwerlicher sein sollte, das Flurstück anstelle der Flurstücke (...) an den Kläger zu übertragen, ist nicht ersichtlich. Richtig ist zwar, dass nach dem Übertragungsangebot der Kläger keinen Anspruch auf Uferböschung hatte. Andererseits war das Vorhandensein von Uferregionen nicht ausgeschlossen, denn deren Zustand bei Rückgabe wird im Übertragungsangebot sogar beschrieben. Ferner sollte dem Kläger eine Fläche übertragen werden. Die Flurstücke (...) bilden mit den Flurstücken (...) keine einheitliche Wasserfläche; dies trifft nur für das vom Kläger ausgewählte Flurstück (...) zu. Eine Alternative für die Bildung eines annähernd 100.000 qm großen Grundstücks ist überhaupt nicht ersichtlich und von der Beklagten zumindest im vorliegenden Verfahren nicht ansatzweise benannt worden. Die heute möglicherweise bestehende lukrativere Möglichkeit der Beklagten, gerade das Grundstück an die Stadt zu veräußern, ist nicht von solchem Gewicht, dass sich die Beklagte von ihrem Angebot aus dem Jahre 1985 unter Missachtung ihres damaligen Rechtsbindungswillens lösen kann.

4. Die Beklagte hat daher die vom Kläger inzwischen abschließend bestimmten Flurstücke (...) aufzulassen und deren Eintragung im Grundbuch zu bewilligen sowie den Besitz an den Parzellen zu überlassen.

Der Hilfsantrag bedarf keiner Entscheidung.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. den kurzen Beitrag von *Kanzleiter*, MittBayNot 2002, S. 13 (in diesem Heft).

7. BGB § 1908i Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nrn. 1, 4, § 1829 Abs. 1 Satz 2

Zur Überprüfung der Versagung einer vormundschaftsrichterlichen Genehmigung für Grundstücksgeschäfte eines Betreuten.

BayObLG, Beschluss vom 17.10.2001 – 3Z BR 327/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Betroffene leidet an fortschreitendem cerebralem Abbau. Für sie ist ein Berufsbetreuer bestellt, dessen Aufgabenkreis u.a. auch die Vermögenssorge umfasst. Die Betroffene ist vermögend. Nach einem Vermögensverzeichnis verfügte sie am 31.12.1999 über Grundstücke

im Wert von 960.000 DM sowie über erhebliche Sparguthaben. Daneben bezieht sie eine Rente und Zuschüsse der Pflegekasse. Mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verkaufte der Betreuer namens der Betroffenen einen Teil des Grundbesitzes und erlöste hierfür mehr als 300.000 DM, die nunmehr als Kapitalvermögen zur Verfügung stehen.

Mit notariellen Verträgen veräußerte der Betreuer namens der Betroffenen vorbehaltlich vormundschaftsrichterlicher Genehmigung weiteres Grundvermögen der Betroffenen, und zwar Ackerland in einer Größe von insgesamt ca. 7 ha.

Die für die Betroffene bestellte Verfahrenspflegerin sprach sich gegen den Verkauf des Ackerlandes aus. Es bestehe keine wirtschaftliche Notwendigkeit, auch diesen Grundbesitz der Betroffenen zu veräußern.

Das Amtsgericht lehnte die Genehmigung der Erklärungen des Betreuers betreffend den Verkauf des Ackerlandes ab. Der hiergegen gerichteten Beschwerde, die der Betreuer eingelegt hat, half es nicht ab. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Hiergegen wendet sich die weitere Beschwerde des Betreuers.

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig. (...)
2. Das Landgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet: Ob ein Rechtsgeschäft den Interessen des Betreuten diene und deshalb zu genehmigen sei, stelle eine Ermessensentscheidung dar. Das Amtsgericht habe dieses Ermessen richtig ausgeübt. Die Kammer folge der Beurteilung, dass ein Verkauf der fraglichen Grundstücke derzeit nicht im Interesse der Betreuten liege. Dem Wegfall von Aufwendungen für die Erhaltung und Sicherung der brachliegenden Flächen und einem gegenüber dem Pächtertrag wesentlich höheren Zinsertrag stehe der Erhalt eines verhältnismäßig wertbeständigen Grundvermögens gegenüber. Wesentlich sei in dieser Situation darauf abzustellen, dass der Erlös aus dem beabsichtigten Grundstücksverkauf auf absehbare Zeit nicht benötigt werde.
3. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO). Das Landgericht hat die Versagung der für die namens der Betreuten geschlossenen Grundstücksveräußerungsverträge gemäß § 1908i Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nrn. 1, 4 BGB erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ohne Rechtsfehler bestätigt.
 - a) Zutreffend hat das Landgericht die Zulässigkeit der Beschwerde bejaht. Der Betreuer hatte die Beschwerde im Namen der Betroffenen als deren gesetzlicher Vertreter eingelegt, mangels Wirksamkeit der Genehmigungsentscheidung fehlte dem Rechtsmittel auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis (s.o.).

b) Die Entscheidung über die Erteilung oder Versagung einer vormundschaftsrichterlichen Genehmigung für Grundstücksgeschäfte der fraglichen Art stellt eine Ermessensentscheidung dar (BGH NJW 1986, 2829/2830; BayObLG FamRZ 1998, 455/456). Maßgebendes Kriterium ist das Interesse des Betreuten, wie es sich zur Zeit der Entscheidung darstellt, wobei alle in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind (vgl. BayObLG FamRZ 1989, 1540/541). Das Gericht der weiteren Beschwerde kann diese Ermessensentscheidung des Tatrichters nur beschränkt überprüfen. Es kann sie nur dann als rechtsfehlerhaft beanstanden, wenn der Tatrichter sich des ihm zustehenden Ermessens nicht bewusst war, von ungenügenden oder verfahrenswidrig zustande gekommenen Feststellungen ausgegangen ist, wesentliche Umstände außer Betracht gelassen, der Bewertung relevanter Umstände unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt, von seinem Ermessen einen dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch gemacht oder die

Grenzen des Ermessens überschritten hat (vgl. BGH NJW-RR 1990, 1157; BayObLGZ 1993, 325/328 und 1997, 113/119; BayObLG FamRZ 1998, 455/456).

Derartige Fehler liegen hier nicht vor. Das Landgericht hat den Maßstab für die Ausübung seines Ermessens zutreffend aus dem Sinn und Zweck der in § 1908i Abs. 1, § 1821 BGB normierten Genehmigungspflicht hergeleitet und auf die Interessen der Betreuten abgestellt. Das Landgericht hat ferner berücksichtigt, dass durch einen Verkauf der fraglichen Grundstücke Unterhaltskosten entfallen und Kapitalerträge erwirtschaftet werden könnten, die den derzeitigen Pachtertrag wesentlich übersteigen würden. Das Landgericht hat auf der anderen Seite aber auch das Interesse der Betreuten an der Wertbeständigkeit ihres Vermögens gewürdigt und dabei insbesondere auch berücksichtigt, dass die Betreute derzeit den Erlös aus den fraglichen Veräußerungsgeschäften nicht benötigt. Die Interessenabwägung des Landgerichts ist nachvollziehbar und lässt keine wesentlichen Umstände außer Betracht.

8. BGB § 2035 Abs. 1 Satz 1 (Miterbenvorkaufsrecht)

Der Erwerber eines Miterbenanteils ist zur Rückübertragung¹ auf die ihr Vorkaufsrecht ausübenden Miterben auch dann verpflichtet, wenn das Vorkaufsrecht dem verkaufenden Miterben gegenüber ausgeübt worden war und dieser den Erbteil erst nach Ablauf der Zweimonatsfrist des § 2034 Abs. 2 Satz 1 BGB dinglich auf den Erwerber übertragen hat (entsprechende Anwendung von § 2035 Abs. 1 Satz 1 BGB).

BGH, Urteil vom 31.10.2001 – IV ZR 268/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Kläger sind Mitglieder einer Erbengemeinschaft. Sie verlangen vom Beklagten die Rückübertragung eines Erbteils, den eine weitere Miterbin durch notariellen Vertrag vom 3.12.1997 an den der Erbengemeinschaft nicht angehörenden Beklagten verkauft hat. Nachdem der Notar alle übrigen Miterben darüber unterrichtet hatte, übten die fünf Kläger sowie der Miterbe W. T. im Januar und Februar 1998 ihr Vorkaufsrecht gegenüber der verkaufenden Miterbin bzw. dem bevollmächtigten Notar aus. Mit Vertrag vom 18.2.1998 übertrug W. T. seinen Erbteil auf die Klägerin zu 1). Trotz der Ausübung des Vorkaufsrechts wurde der Vertrag mit dem Beklagten durch Übertragung des Erbteils am 3.6.1998 vollzogen.

Die Vorinstanzen haben der Klage Zug-um-Zug gegen Erstattung des Kaufpreises von 70.000 DM stattgegeben. Dagegen wendet sich der Beklagte mit der Revision.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Kläger sowie der Miterbe W. T. ihr Vorkaufsrecht rechtzeitig ausgeübt. Da die übrigen Miterben trotz Unterrichtung durch den Notar das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt hätten, stehe es den Klägern und W. T. zur gesamten Hand zu. W. T. habe allerdings durch die Übertragung seines Erbteils auf die Klägerin zu 1) seine Rechte aus der Ausübung des Vorkaufsrechts verloren. Mithin seien nur die Kläger berechtigt, den Anspruch auf Rückübertragung des an den Beklagten veräußerten Erbteils diesem gegenüber geltend zu machen. Dem Anspruch stehe nicht entgegen, dass das Vorkaufsrecht ge-

genüber der verkaufenden Miterbin geltend gemacht worden sei und diese trotzdem ihren Erbteil nach Ablauf der Zweimonatsfrist (§ 2034 Abs. 2 Satz 1 BGB) auf den Beklagten übertragen habe. Das folge aus einer entsprechenden Anwendung von § 2035 Abs. 1 Satz 1 BGB.

2. Die dagegen erhobenen Rügen der Revision greifen nicht durch.

(...)

c) Hauptsächlich wendet sich die Revision gegen die vom Berufungsgericht zugrunde gelegte herrschende Meinung, dass § 2035 Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechend anzuwenden sei, wenn der verkaufende Miterbe, der seinen Erbteil dem Käufer zunächst nicht übertragen hat, ihn trotz Ausübung des Vorkaufsrechts und nach Ablauf der dafür in § 2034 Abs. 2 Satz 1 BGB gesetzten Zweimonatsfrist dann doch mit dinglicher Wirkung auf den Käufer überträgt (so OLG Schleswig NJW-RR 1992, 1160 unter II; MünchKomm/Diitz, a.a.O. § 2035 Rdnr. 7; *Palandt/Edenhofer*, BGB 60. Aufl., § 2035 Rdnr. 4; *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts 4. Aufl., § 42 III 3 c S.1042; *Klinke*, Das Vorkaufsrecht der Miterben, Diss. Münster 1995 S.136 ff. m.w.N.; a.A. *Staudinger/Werner*, BGB 1996, § 2037 Rdnr. 4 a.E.; *Soergel/Wolf*, BGB 12. Aufl., § 2035 Rdnr. 3). Die gegen die herrschende Auffassung geltend gemachten Bedenken überzeugen jedoch nicht.

aa) Im Gesetzgebungsverfahren war man sich zwar einig, „dass mit einem obligatorischen Vorkaufsrecht nicht geholfen sei“; andererseits bestanden Bedenken u.a. gegen den Vorschlag, die Verfügung über den Erbteil solle insoweit unwirksam sein, wie sie den durch Ausübung des Vorkaufsrechts entstandenen Anspruch eines Miterben auf Übertragung des Erbteils vereiteln würde (Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band V, 1899, S. 840 f.; Band VI, 1899, S. 318 f.). So kam es zu der gegenwärtigen Regelung, wobei die Kommission davon ausging, dass „in den meisten Fällen die dingliche Übertragung des Anteils gleichzeitig mit dem Abschluss des obligatorischen Veräußerungsvertrages erfolgen werde“ (Prot. V, 840). Es trifft also nicht zu, wie die Revision meint, dass eine Schutzlücke für die ihr Vorkaufsrecht ausübenden Miterben bewusst in Kauf genommen worden sei. Vielmehr wurde die Gesetz gewordene Regelung als hinreichend angesehen, um den erstrebten Schutz der Miterben zu erreichen (Prot. VI, 319).

Nach der gesetzlichen Regelung wird das Vorkaufsrecht der Miterben ausgelöst durch den schuldrechtlichen Kaufvertrag über einen Erbteil; mit Zugang der Mitteilung darüber läuft die Frist von zwei Monaten für die Ausübung des Vorkaufsrechts (§ 2034 Abs. 1 und 2 BGB). Das dingliche Erfüllungsgeschäft der Erbteilsübertragung (§ 2033 BGB) ist von Bedeutung für die Frage, wem gegenüber das Vorkaufsrecht auszuüben ist: Das ist bis zum dinglichen Vollzug nach der Regel des § 505 Abs. 1 BGB der Verkäufer, danach aber gemäß der Ausnahmenvorschrift des § 2035 Abs. 1 BGB der Käufer (BGH, Urteil vom 12.7.1967 – IV ZR 137/64 –, BB 1967, 1104). Damit weist die gesetzliche Regelung eine planwidrige, die Weiterentwicklung durch Analogie eröffnende Unvollständigkeit insofern auf, als ein Schutz der vorkaufsberechtigten Miterben auch für den Fall dinglicher Anteilsübertragung auf einen Dritten beabsichtigt war, der Fall einer dinglichen Übertragung erst geraume Zeit nach Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrages und auch nach Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem verkaufenden Miterben aber ungeregelt geblieben ist.

bb) Die Rechtsprechung hat stets den Zweck des Vorkaufsrechts des § 2034 BGB hervorgehoben, nämlich die übrigen

¹ Richtig wohl: Übertragung (*Anm. der Schriftleitung*)

Miterben vor dem Eindringen unerwünschter Nichterben in die Erbengemeinschaft (und auch vor der Verstärkung der Beteiligung bereits eingedrungener Dritter) zu schützen (BGHZ 121, 47, 49). Gerade weil der Gesetzgeber den Schutz auf Fälle des Verkaufs beschränkt hat, bestand – anders als die Revision meint – Anlass, die Schutzfunktion durch eine ausdehnende Auslegung zu betonen (BGHZ 56, 115, 117). Versuchen, das Vorkaufsrecht der Miterben zu umgehen, ist die Rechtsprechung stets entgegengetreten (BGH, Urteil vom 25.1.1971 – III ZR 36/68 –, DNotZ 1971, 744, 746).

Nach Meinung der Revision sollen die übrigen Miterben aber in Fällen der vorliegenden Art auf einen Schadensersatzanspruch gegen den verkaufenden Miterben angewiesen sein. Die Kläger machen demgegenüber mit Recht geltend, dass auf diese Weise die von § 2035 Abs. 1 Satz 1 BGB geschaffene Drittwirkung des Vorkaufsrechts leicht umgangen werden könnte; der Schutz der übrigen Miterben bliebe vom guten Willen des verkaufenden Miterben abhängig, auf den es nach der gesetzlichen Regelung gerade nicht ankommen soll. Der Gesetzgeber hat die übrigen Miterben zwar auch nach wirksamer Ausübung ihres Vorkaufsrechts nicht zu dinglichen Anteilshabern gemacht (so zutreffend *Staudinger/Werner*, a.a.O. § 2037 Rdnr. 4). Er hat die Ausübung des Vorkaufsrechts aber nicht nur gegenüber dem verkaufenden Miterben, sondern nach §§ 2035 Abs. 1 Satz 1, 2037 BGB auch den Anteilserwerbern gegenüber eröffnet. Deshalb ist der h.M. zuzustimmen, dass erst recht der einmal wirksam durch Ausübung gegenüber dem verkaufenden Miterben entstandene Anspruch der übrigen Miterben auf Übertragung des veräußerten Erbteils sich bei einer nachfolgenden dinglichen Übertragung des Erbteils auf den Dritten gegen diesen richtet. So wie der Dritte den Erbteil vor Ausübung des Vorkaufsrechts mit der Einschränkung erwirbt, dass das Vorkaufsrecht auch ihm gegenüber ausgeübt werden kann, ebenso erwirbt der Dritte den Erbteil nach Ausübung des Vorkaufsrechts zusammen mit der bereits dem verkaufenden Miterben gegenüber begründeten Verpflichtung zur Übertragung.

cc) Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die dem schuldrechtlichen Kaufvertrag nachfolgende dingliche Übertragung des Erbteils noch innerhalb der Zweimonatsfrist des § 2034 Abs. 2 Satz 1 BGB stattfindet oder nicht. Soweit *Soergel/Wolf* (a.a.O.) den übrigen Miterben bei einer dinglichen Übertragung noch innerhalb dieser Frist das Recht zu billigen, gegenüber dem Käufer die Ausübung des Vorkaufsrechts zu erklären, dürfte dem schon entgegenstehen, dass das Vorkaufsrecht, wenn es zuvor schon dem verkaufenden Miterben gegenüber ausgeübt wurde, damit verbraucht ist (MünchKomm/Dütz, a.a.O. § 2035 Rdnr. 7). Jedenfalls ist nicht einzusehen, dass die ihr Vorkaufsrecht rechtzeitig und wirksam ausübenden Miterben des vom Gesetz gewollten Schutzes gegenüber einer dinglichen Übertragung des Erbteils auf den Dritten verlustig gehen, wenn diese Übertragung – wie hier – erst nach Ablauf der Zweimonatsfrist erfolgt. Diese Frist soll die übrigen Miterben dazu anhalten, sich in angemessener Zeit über die Ausübung ihres Vorkaufsrechts klar zu werden. Insofern begrenzt sie die Ausübung des Vorkaufsrechts; bei Ablauf ohne wirksame Ausübung des Vorkaufsrechts ist der Erwerber vor Rückforderungsansprüchen der übrigen Miterben sicher. Daraus folgt aber keine zeitliche Begrenzung der durch rechtzeitige Ausübung des Vorkaufsrechts erworbenen Rechtsstellung der Miterben.

dd) Einer entsprechenden Anwendung von § 2035 Abs. 1 Satz 1 BGB hält die Revision (im Anschluss an *Staudinger/Werner*, a.a.O.) entgegen, die h.M. habe für den Dritten, der den Erbteil dinglich erwirbt, einschneidendere Folgen als die gesetzliche Regelung selbst. Nach dem Gesetz brauche

der Dritte nach Ablauf der Zweimonatsfrist nicht mehr mit einem Verlust des dinglich erworbenen Anteils zu rechnen. Außerdem setze ein eventueller Anspruch gegen den Dritten eine vorhergehende Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Dritten voraus. Nach h.M. können die Miterben aber, wenn sie das Vorkaufsrecht wirksam gegenüber dem verkaufenden Miterben ausgeübt haben und dieser später den Erbteil dinglich auf den Dritten überträgt, den Dritten unmittelbar und auch nach Ablauf der Zweimonatsfrist auf Rückübertragung in Anspruch nehmen.

Die Zweimonatsfrist des § 2034 Abs. 2 Satz 1 BGB läuft indessen nicht etwa vom Datum des Kaufvertrags mit dem Dritten oder von dem Zeitpunkt an, in dem die übrigen Miterben davon in irgendeiner Weise Kenntnis erlangt haben, sondern ab Zugang der Mitteilung über diesen Vertrag bei jedem einzelnen aller übrigen Miterben (BGHZ 23, 342, 348; BGH, Urteil vom 11.7.1979 – IV ZR 69/77 –, WM 1979, 1066, 1067). Ob die Frist abgelaufen ist oder noch mit einer Ausübung des Vorkaufsrechts gerechnet werden muss, kann der Dritte also im Allgemeinen nur durch Nachfragen bei dem Verkäufer feststellen, dem gemäß §§ 510 Abs. 1 Satz 1, 2035 Abs. 2 BGB grundsätzlich die Mitteilungen obliegen, oder bei dem mit dieser Aufgabe betrauten Notar. Das macht die Revisionserwiderung mit Recht geltend. Die Lage des Dritten ist nicht wesentlich anders, wenn ihm der Erbteil erst einige Zeit nach Abschluss des Kaufvertrages dinglich übertragen wird. In einem solchen Fall liegt es vielmehr besonders nahe, dass der – vom Notar gemäß §§ 17, 20 BeurkG auf das Vorkaufsrecht hinzuweisende – Dritte bei seinem Vertragspartner oder dem Notar nachfragt, ob (und wann) das Vorkaufsrecht inzwischen (dem Verkäufer gegenüber) ausgeübt worden ist oder ob es – wegen spät zugegangener Mitteilungen – ihm gegenüber noch ausgeübt werden kann. Damit kommt nicht der Ausübungserklärung selbst, sondern der vom Gesetz vorgeschriebenen notariellen Beurkundung (§§ 2033, 2371 BGB) und der damit in aller Regel sichergestellten Belehrung des Erwerbers über das Vorkaufsrecht der übrigen Miterben die entscheidende Warnfunktion zu (vgl. BGHZ 15, 102, 106). Im vorliegenden Fall war dem Beklagten vor der dinglichen Übertragung des Erbteils am 3.6.1998 bekannt, dass die Kläger ihr Vorkaufsrecht ausgeübt hatten; die übrigen Miterben hatten ihn z.T. sogar von ihrer Ausübung des Vorkaufsrechts informiert. Das Berufungsgericht hat mithin richtig entschieden.

9. BGB § 2227 (Wichtiger Grund zur Entlassung des Testamentsvollstreckers)

Vertritt ein Testamentsvollstrecker in einer strittigen Auslegungsfrage eine ihm als Vermächtnisnehmer günstige Testamentsauslegung, so begründet das nicht schon für sich genommen einen seine Entlassung rechtfertigenden Interessengegensatz zwischen ihm und dem Erben; maßgeblich sind vielmehr auch hier alle Umstände des konkreten Einzelfalles (Fortführung von BayObLGZ 1985, 298 und BayObLGZ 1997, 1/26 ff.).

BayObLG, Beschluss vom 11.7.2001 – 1Z BR 131/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die im Alter von 91 Jahren verstorbene Erblasserin war ledig und kinderlos. Sie errichtete zu Lebzeiten eine Umweltstiftung, die behördlich genehmigt wurde. Die Stiftung sollte ein Kapital von

400.000 DM erhalten. Die Erblasserin bereute jedoch ihren Entschluss, da sie fürchtete, dass sie pflegebedürftig werden könnte und ihr Vermögen hierfür benötigten würde. Mit der Genehmigungsbehörde wurde daraufhin vereinbart, dass ein Teilbetrag von 200.000 DM zu Lebzeiten bezahlt und der Restbetrag von 200.000 DM beim Ableben der Erblasserin fällig werden sollte. Die Forderung auf die restlichen 200.000 DM sollte durch ein Grundpfandrecht abgesichert werden, das die Erblasserin bestellte. Zur Zahlung des ersten Teilbetrages von 200.000 DM kam es zu Lebzeiten der Erblasserin nicht mehr.

Die Erblasserin errichtete kurze Zeit nach der Vereinbarung mit der Genehmigungsbehörde ein notarielles Testament, das auszugsweise wie folgt lautet:

„II. Inhalt der letztwilligen Verfügung:

Ich setze hiermit den ... e.V. (Beteiligter zu 2) zum Erben ein; dieser muss meine Verpflichtungen gegenüber der Umweltstiftung ... erfüllen, soweit sie nicht zu Lebzeiten erfüllt werden.

III. Ich setze folgende Vermächtnisse aus:

Von dem nach meinem Ableben vorhandenen Barvermögen, Bankguthaben, Wertpapieren und sonstigen Forderungen nach Abzug der Beerdigungskosten erhalten

- Frau ..., die mich seit langer Zeit in fürsorglicher Weise betreut, 10 % sowie den Sekretär in meinem Wohnzimmer im 1. Stock des Hauses,
- meine Nichte ... (Beteiligte zu 1) erhält 30 % und die Kuckucksuhr im Wohnzimmer,
- meine beiden Großnichten ... (Töchter der Beteiligten zu 1) erhalten je 25 %,
- der Kulturkreis ... e.V. erhält 5 %,
- der Tierschutzverein ... erhält 5 %.

IV. Testamentsvollstreckung

Ich ernenne meine Nichte ... (Beteiligte zu 1) zur Testamentsvollstreckerin, meinen letzten Willen auszuführen, insbesondere die Vermächtnisse zu verteilen.“

Die Beteiligte zu 1 nahm das Amt als Testamentsvollstreckerin an. Der Nachlass belief sich hinsichtlich des Grundbesitzes auf rund 630.000 DM, hinsichtlich der Vermögenswerte Bargeld, Bankguthaben, Wertpapiere und Forderungen (im Folgenden: Geldvermögen) auf rund 600.000 DM. Der Beteiligte zu 2 ist ein Verein, der Ziele des Naturschutzes verfolgt.

Der Beteiligte zu 2 beanstandet die Ausübung des Testamentsvollstreckeramtes durch die Beteiligte zu 1. Er rügt insbesondere, dass die Testamentsvollstreckerin das gesamte Geldvermögen unter die Vermächtnisnehmer verteilen wolle, anstatt, wie es seiner Meinung nach richtig wäre, aus dem Geldvermögen zunächst 200.000 DM Stiftungseinlage zu leisten und die den Vermächtnisnehmern zustehenden Anteile aus dem verbleibenden Rest des Geldvermögens zu berechnen. Außerdem habe die Testamentsvollstreckerin ein fehlerhaftes und lückenhaftes Nachlassverzeichnis erstellt und dem Nachlass Gegenstände entnommen und den Hausrat ausgeräumt, ohne den Erben hinzuzuziehen.

Das Amtsgericht wies den Antrag des Beteiligten zu 2 auf Entlassung der Testamentsvollstreckerin zurück. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 2 hob das Landgericht den amtsgerichtlichen Beschluss auf und wies das Amtsgericht an, die Beteiligte zu 1 als Testamentsvollstreckerin zu entlassen und einen anderen Testamentsvollstreckere zu bestellen. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 1 mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die „weitere Beschwerde“ der Beteiligten zu 1 ist als sofortige weitere Beschwerde statthaft. Gegen die Entlassung eines Testamentsvollstreckers durch das Landgericht findet gemäß § 81 Abs. 2, §§ 27, 29 Abs. 2 FGG die sofortige weitere Beschwerde statt; nichts anderes kann gelten, wenn das Landgericht die Entlassung nicht selbst anordnet, sondern das Nachlassgericht zur Entlassung anweist (vgl. BayObLGZ 1985,

298/301). Das Rechtsmittel ist form- und fristgerecht eingelegt und auch ansonsten zulässig. Als Testamentsvollstreckerin, die sich dagegen wehrt, dass das Amtsgericht zu ihrer Entlassung angewiesen wurde, ist die Beteiligte zu 1 beschwerdeberechtigt.

Die sofortige weitere Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

1. Das Landgericht hat die Anweisung zur Entlassung der Testamentsvollstreckerin darauf gestützt, dass ein erheblicher Interessengegensatz zwischen der Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstreckerin und dem Beteiligten zu 2 als Erben bestehe. Zwischen den Beteiligten beständen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob die das Geldvermögen betreffenden Vermächtnisse das Geldvermögen vor oder nach Erfüllung der Stiftungseinlage umfassen. Während die Beteiligte zu 1 der Auffassung sei, dass die gesamten Stiftungsverbindlichkeiten aus dem Grundvermögen zu befriedigen seien, gehe der Beteiligte zu 2 davon aus, dass die Vermächtnisse das Geldvermögen nach Erfüllung der Stiftungseinlage meinten. Beide Auslegungen seien vertretbar. Wie das Testament letztlich richtig und verbindlich auszulegen sei, könne dahinstehen. Die unterschiedlichen Auffassungen hätten unmittelbare Auswirkung auf die Geldwerthöhe der Vermächtnisse und kämen damit auch der Beteiligten zu 1 als Vermächtnisnehmerin von 30 % des Geldvermögens und ihren beiden Töchtern als Vermächtnisnehmerinnen von jeweils 25 % des Geldvermögens zugute; dem korrespondiere eine entsprechende Benachteiligung des Beteiligten zu 2 als Erben. Angesichts der Höhe der Stiftungsverbindlichkeiten in Relation zum Nachlass betreffe dieser Interessengegensatz die Verwaltungsaufgaben der Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstreckerin in solchem Umfang, dass eine ordnungsgemäße Geschäftsführung nicht erwartet werden könne.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 550 ZPO) nicht stand. Das Landgericht hat die Rechtsfrage, ob der von ihm festgestellte Sachverhalt die Merkmale des Rechtsbegriffs „wichtiger Grund“ im Sinne von § 2227 Abs. 1 BGB erfüllt, nicht zutreffend beurteilt. Diese Rechtsfrage unterliegt der uneingeschränkten Nachprüfung durch den Senat (vgl. BayObLGZ 1990, 177/181).

a) Nach § 2227 Abs. 1 BGB kann das Nachlassgericht den Testamentsvollstreckere auf Antrag eines Beteiligten entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund liegt zunächst in den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen der groben Pflichtverletzung oder der Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung vor. Ein wichtiger Grund liegt ferner, ohne Rücksicht auf ein Verschulden, auch dann vor, wenn der Testamentsvollstreckere, sei es durch die bei ihm bestehenden Verhältnisse, sei es durch sein persönliches Verhalten, begründeten Anlass zu der Annahme gibt, dass ein längeres Verbleiben im Amt der Ausführung des letzten Willens des Erblassers hinderlich sei oder dass sich dadurch eine Schädigung oder erhebliche Gefährdung der Interessen der an der Ausführung oder am Nachlass Beteiligten ergeben würde. Des weiteren kann ein nicht nur auf subjektiven Gefühlsmomenten, sondern auf Tatsachen beruhendes Mißtrauen eines Beteiligten schon für sich allein einen wichtigen Grund für die Entlassung des Testamentsvollstreckers bilden. Zu beachten ist dabei, dass eine gedeihliche Führung des Amtes vor allem Unbefangenheit des Testamentsvollstreckers voraussetzt. Schließlich kann auch ein erheblicher Interessengegensatz zwischen Testamentsvollstreckere und Erben ein wichtiger Grund zur Entlassung sein (BayObLGZ 1985, 298/302; 1997, 1/12).

b) Ein erheblicher Interessengegensatz, der die Entlassung der Testamentsvollstreckerin aus wichtigem Grund rechtfertigen könnte, liegt nicht schon darin begründet, dass die Beteiligten zu 1 und 2 unterschiedliche Auslegungen zur Berechnung und damit zur Höhe der Vermächtnisse vertreten und die von der Beteiligten zu 1 vertretene Auslegung ihr selbst und ihren Töchtern als Vermächtnisnehmerinnen zugute kommt. Die vom Landgericht gegebene Begründung greift zu kurz; dass ein Testamentsvollstrecker bei einer Auslegungsdifferenz zwischen dem Erben und ihm eine ihm günstige Auslegung vertritt, kann für sich genommen nicht das entscheidende Kriterium für das Vorliegen eines wichtigen Grundes sein. Erst die mit einer bestimmten Auslegung verbundenen Auswirkungen auf die Amtsführung des Testamentsvollstreckers können einen wichtigen Grund zur Entlassung bilden, etwa weil die Einseitigkeit der vom Testamentsvollstrecker vorgenommenen Auslegung die Besorgnis eigenütziger Amtsführung begründet (vgl. BayObLGZ 1985, 298/302/304), weil der Testamentsvollstrecker durch eine fernliegende oder nicht vertretbare Auslegung ein berechtigtes Mißtrauen hervorruft, er befeißige sich nicht der für die Ausübung seines Amtes notwendigen Unparteilichkeit (vgl. BayObLGZ 1997, 1/26), oder weil die vom Testamentsvollstrecker vorgenommene Auslegung die Interessen des Erben nachhaltig gefährdet oder schädigt. Ob ein wichtiger Grund für die Entlassung des Testamentsvollstreckers vorliegt, kann nur im jeweiligen Einzelfall und nach Abwägung aller Umstände dieses Falles entschieden werden (vgl. auch Leitsatz zu der vom Landgericht zugrunde gelegten Entscheidung des Senats vom 13.8.1985, BayObLGZ 1985, 298). An eine Entlassung wegen berechtigten Mißtrauens ist zudem ein strenger Maßstab anzulegen (BayObLGZ 1997, 1/26).

aa) Hier hat die Beteiligte zu 1 eine Auslegung vertreten, die nach dem Wortlaut des Testaments keineswegs fernliegt. Die ausdrückliche Nennung der Beerdigungskosten als Abzugsposten beim als Vermächtnis ausgesetzten Geldvermögen könnte den Schluss rechtfertigen, dass nach dem Willen der Erblasserin eben nur diese Beerdigungskosten, aber keine sonstigen den Nachlass treffenden Verbindlichkeiten abgezogen werden sollen. Die ausdrückliche Anordnung bei der Erbeinsetzung unter Ziffer II des Testaments, dass der Erbe die Verpflichtungen gegenüber der Stiftung erfüllen muss, soweit sie nicht zu Lebzeiten erfüllt werden, spricht für die Auslegung der Beteiligten zu 1, dass die unter Ziffer III ausgesetzten Vermächtnisse von diesen Verbindlichkeiten unberührt bleiben.

bb) Davon abgesehen führte das Verhalten der Beteiligten zu 1 hier nicht zu einer nachhaltigen Gefährdung oder Schädigung der Interessen des Erben. Der Nachlass reicht zur vollen Erfüllung sowohl der Vermächtnisse als auch der Verbindlichkeiten gegenüber der Stiftung aus; in Streit steht nur die Höhe der Geldvermächtnisse. Der Beteiligte zu 2 hat im Übrigen ein Sparbuch der Erblasserin in Besitz, dessen Wert höher ist als der streitige Betrag von 200.000 DM. Schon aus diesem Grund sind hier seine Interessen nicht ernsthaft gefährdet. Darüber hinaus steht dem Beteiligten zu 2 die Möglichkeit offen, gegen die von ihm als fehlerhaft gerügte Auslegung des Testaments durch die Beteiligten zu 1 im Zivilprozess gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen (vgl. RGZ 73, 26/28; BGHZ 25, 275/283; OLG Köln OLGZ 1987, 280/282 f.; *Staudinger/Reimann* BGB § 2203 Rdnr. 27, § 2205 Rdnr. 13; *Soergel/Damrau* BGB 12. Aufl. Vor § 2197 Rdnr. 18, § 2203 Rdnr. 5, § 2216 Rdnr. 2; MünchKomm/Brandner BGB 3. Aufl. § 2203 Rdnr. 7, § 2205 Rdnr. 13). In einem solchen Verfahren könnte auch die Höhe der Vermächtnisse von den hierfür zuständigen Prozessgerichten verbindlich geklärt werden.

cc) Ein Interessengegensatz besteht im Übrigen im vorliegenden Fall nur in dem Maße, wie er dem Verhältnis zwischen dem Erben und einem Testamentsvollstrecker, der zugleich Vermächtnisnehmer ist, zwangsläufig zu eigen ist. Dieser natürliche Interessengegensatz war notwendig vom Willen der Erblasserin umfasst, als sie die Beteiligte zu 1 als Vermächtnisnehmerin einsetzte und zugleich als Testamentsvollstreckerin bestimmte, und kann als solcher hier kein wichtiger Grund zur Entlassung der Testamentsvollstreckerin sein.

c) Auch die übrigen gegen die Amtsführung der Beteiligten zu 1 erhobenen Vorwürfe rechtfertigen nicht deren Entlassung. Der Senat kann die vom Landgericht insoweit unterlassene Würdigung selbst vornehmen, da weitere Feststellungen zum Sachverhalt nicht erforderlich sind.

aa) Der Vorwurf, die Beteiligte zu 1 habe ein fehlerhaftes und lückenhaftes Nachlassverzeichnis erstellt, erweist sich weitgehend als unberechtigt.

(1) Die Beteiligte zu 1 hat auf dem hierfür vorgesehenen amtlichen Vordruck ein Nachlassverzeichnis beim Amtsgericht eingereicht. Der Vordruck verlangt nicht die Aufzählung einzelner Gegenstände, sondern in den vorgesehenen Rubriken nur die Angabe des jeweiligen (gegebenenfalls geschätzten) Gesamtwertes von Bargeld, Wertpapieren, bewegliche Habe usw. Die Beteiligte zu 1 hat die auf die Erblasserin zutreffenden Rubriken weitestgehend ausgefüllt und im Übrigen dem Rechtspfleger, wie sich aus dessen ergänzenden Angaben und Vermerken ergibt, zusätzliche Auskünfte erteilt.

Es ist nicht ersichtlich, dass das auf diese Weise zustande gekommene Verzeichnis wesentliche Aktiva oder Passiva des Nachlasses unberücksichtigt lässt. Das gilt auch, soweit der Beteiligte zu 2 die Nichtangabe der Hypothek über 200.000 DM zugunsten der Umweltstiftung rügt. Die entsprechende Rubrik des Vordrucks dient allein der Ermittlung der Höhe der Nachlassverbindlichkeiten; anzugeben sind deshalb auch nur valutierte Restschulden. Zwar handelt es sich entgegen der Annahme des Nachlassgerichts um eine valutierte Hypothek; denn die durch diese Hypothek gesicherte Forderung der Umweltstiftung auf die Stiftungseinlage bestand am Todestag in voller Höhe. Da aber die Forderung der Umweltstiftung an anderer Stelle als Nachlassverbindlichkeit festgehalten ist, nämlich im Vermerk des Rechtspflegers über noch nicht bezahlte Verpflichtungen gegenüber der Stiftung in Höhe von 400.000 DM, hat sie in die Wertberechnung ebenso Eingang gefunden wie wenn sie als valutierte Restschuld über 200.000 DM in der Rubrik „Hypotheken“ stünde; in diesem Fall wären als zusätzliche Verbindlichkeiten gegenüber der Stiftung nur die restlichen 200.000 DM anzusetzen gewesen.

Das Verzeichnis ist auch nicht dadurch lückenhaft, dass die Beteiligte zu 1 nicht das Bankschließfach der Erblasserin als solches angegeben hat. Der Vordruck fragt nicht nach dem Vorhandensein eines Schließfachs. Vielmehr müssen etwaige im Schließfach vorgefundene Gegenstände nur wertmäßig in die Gesamtsumme bei den entsprechenden Rubriken (z.B. unter „Bargeld“, „Wertpapiere“, „Schmuck“) einfließen. Diese Rubriken hat die Beteiligte zu 1 ausgefüllt.

(2) Mit dem Ausfüllen des amtlichen Vordrucks „Nachlassverzeichnis“ hat die Testamentsvollstreckerin allerdings noch nicht ihre Pflicht erfüllt, dem Erben gemäß § 2215 Abs. 1 BGB ein Verzeichnis der Nachlassgegenstände und Nachlassverbindlichkeiten mitzuteilen. Dieses Verzeichnis, das üblicherweise ebenfalls „Nachlassverzeichnis“ genannt wird, dient anderen Zwecken und hat einen anderen Inhalt; so sind im Unterschied zum amtlichen Vordruck einerseits keine Wertangaben erforderlich, andererseits aber jeder Nachlass-

gegenstand (auch Kleidungsstücke, Hausrat, persönliche Dinge, etc.) einzeln aufzuführen. Ein solches Verzeichnis, das dem Erben grundsätzlich unaufgefordert mitzuteilen ist, hat die Beteiligte zu 1 noch nicht erstellt. Dies rechtfertigt aber im vorliegenden Fall nicht die Entlassung der Testamentsvollstreckerin.

Die Beteiligte zu 1, die Testamentsvollstreckungen nicht berufsmäßig betreibt und der die vorgenannte Unterscheidung offensichtlich nicht bekannt war, meinte offenbar, mit dem Ausfüllen des amtlichen Vordrucks „Nachlassverzeichnis“ ihrer Pflicht zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses nachgekommen zu sein. Dieser Irrtum wiegt nicht schwer, zumal sie nach Aufforderung des Beteiligten zu 2 diesem zwei Aufstellungen über „ausgeräumte Sachen“ und „bewegliche Habe“ zukommen ließ, auch wenn ein Teil der Sachen, die aber ersichtlich wertlos sind, nur unter Sammelbezeichnungen („Sack alter Kleider“ etc.) erfasst ist.

bb) Auch der Vorwurf, die Beteiligte zu 1 habe den Hausrat ausgeräumt, ohne den Erben hinzuzuziehen, kann jedenfalls im vorliegenden Fall die Entlassung der Beteiligten zu 1 nicht begründen. Als Testamentsvollstreckerin war die Beteiligte zu 1 zur Inbesitznahme des Nachlasses berechtigt (§ 2205 Satz 2 BGB). Tatsächlich hat sie beim Ausräumen des Hausrats zugleich „ausgemistet“, d.h. alte wertlose Sachen zur Kleidersammelstelle und zur Mülldeponie gebracht, sowie Rollstuhl, Gehhilfe etc. dem Sanitätshaus zurückgegeben. Dies alles geschah in guter Absicht („wollte euch einen Gefallen tun“) und wird vom Beteiligten zu 2 auch nicht angegriffen. Auch Gegenstände, die noch einen gewissen Wert besaßen, wie Armbanduhr, Mikrowelle und Kuckucksuhr, durfte die Beteiligte zu 1 im Zuge der Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses vorübergehend an sich nehmen; die Kuckucksuhr steht ihr im Übrigen ohnehin als Vermächtnis zu. Der insoweit von der Beteiligten zu 1 möglicherweise zunächst gesetzte Anschein unkorrekten Verhaltens wiegt unter den hier gegebenen Umständen jedenfalls nicht so schwer, dass er einen wichtigen Grund für die Entlassung der Beteiligten zu 1 darstellen würde.

Nach alledem war der Beschluss des Landgerichts aufzuheben und die Beschwerde des Beteiligten zu 2 gegen den amtsgerichtlichen Beschluss, der sich im Ergebnis als richtig erweist, zurückzuweisen. (...)

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. GmbHG § 54 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz, BeurkG §§ 8 ff. (Entbehrlichkeit der Satzungsbescheinigung bei Satzungsneufassung)

Bei der vollständigen Neufassung eines Gesellschaftsvertrages handelt es sich um eine Vertragsänderung im Sinne des § 54 Abs. 1 GmbHG, so dass § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG grundsätzlich Anwendung findet; die Vorlage einer notariellen Bescheinigung im Sinne des § 54 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz GmbHG ist jedoch entbehrlich, wenn die Gesellschafter der GmbH die neue Satzung in dem dem Handelsregister vorzulegenden Wortlaut beschließen und ein Notar die Neufassung der Satzung als Gesellschafterbeschluss gemäß §§ 8 ff. BeurkG wirksam beurkundet hat.

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss von 10.10.2001 – 3 W 200/01 –, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel führt auch in der Sache zum Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 27 Abs. 1 FGG). Denn die Vorschrift des § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz GmbHG findet hier keine Anwendung. Zwar handelt es sich auch bei einer völligen Neufassung des Gesellschaftsvertrages um eine Vertragsänderung im Sinne des § 54 Abs. 1 GmbHG, so dass § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG grundsätzlich Anwendung findet (*Senat Rpfleger* 1984, 104; *OLG Köln NJW-RR* 1993, 223, 224; *LG Bonn GmbHR* 1994, 558). Nach dieser Vorschrift ist der Anmeldung der vollständige Wortlaut des Gesellschaftsvertrages beizufügen, der mit der Bescheinigung eines Notars versehen sein muss, dass die geänderten Bestimmungen mit dem Beschluss über die Änderung des Gesellschaftsvertrages und die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt zum Handelsregister eingetragenen vollständigen Wortlaut des Gesellschaftsvertrages übereinstimmen. Sinn dieser Bestimmung ist es, den Rechtsverkehr zu erleichtern. Die für das Gründungsstadium der GmbH bewirkte Klarheit und Verlässlichkeit des Handelsregisters soll dadurch auch bei Satzungsänderungen erhalten bleiben. Der neueste Stand des Gesellschaftsvertrages soll jederzeit aus einer einzigen, beim Handelsregister befindlichen Urkunde entnommen werden können.

Dieses Klarstellungsbedürfnis entfällt jedoch dort, wo sich aus dem zum Handelsregister eingereichten neuen Satzungs- und der Verlautbarung des Handelsregisters unmittelbar und ohne weiteres erkennbar ergibt, dass der jetzt maßgebliche Gesellschaftsvertrag in vollem Umfang neu beschlossen wurde. Bedeutungslos ist die notarielle Bescheinigung demnach dann, wenn der oder die Gesellschafter die neue Satzung bereits in dem dem Handelsregister vorzulegenden Wortlaut beschließen und ein Notar die Neufassung der Satzung als Gesellschafterbeschluss gemäß §§ 8 ff. BeurkG wirksam beurkundet hat. In diesen Fällen wird die Klarstellungsfunktion der notariellen Bescheinigung durch die Verlautbarung des Handelsregisters über die Änderung der Satzung durch Gesellschafterbeschluss und den Wortlaut der bei den Registerakten befindlichen neuen Satzung erfüllt. Durch die notarielle Beurkundung der Neufassung in der Form des Gesellschafterbeschlusses wird auch der Befristungsaufgabe der notariellen Bescheinigung Genüge getan. Hat demnach die notarielle Bescheinigung bei unmittelbarer Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses in Satzungsform keine selbständige Bedeutung, so kann das Registergericht sein Tätigwerden auch nicht von der Beachtung einer bedeutungslos gewordenen Formalie abhängig machen (vgl. *Senat a.a.O.*; *OLG Celle OLGZ* 1982, 317, 318; *BayObLG Rpfleger* 1978, 143 ohne nähere Begründung; *LG Bonn a.a.O.*; *Roth/Altmeyen, GmbHG* 3. Aufl. § 54 Rdnr. 5; *Gustavus DNotZ* 1971, 229, 230; *Groß Rpfleger* 1972, 241, 243; *Röll DNotZ* 1973, 483, 485; a.A. *OLG Schleswig DNotZ* 1973, 482; *Scholz/Priester, GmbHG* 8. Aufl. § 54 Rdnr. 19).

So liegt der Fall hier. Die Vorlage einer notariellen Bescheinigung im Sinne des § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz GmbHG ist im vorliegenden Fall – wie bereits ausgeführt – entbehrlich. Denn ihr könnte hier keine selbständige Bedeutung zukommen. Die Gesellschafter haben in der am 25.4.2001 durchgeführten Gesellschafterversammlung nämlich die Satzung in dem Wortlaut beschlossen, wie sie dem Handelsregister vorzulegen war. Diesen Beschluss hat der Notar auch gemäß §§ 8 ff. BeurkG beurkundet. Die Auffassung der Vorinstanzen, der neueste Stand des Gesellschaftsvertrages lasse sich hier deshalb nicht ohne weiteres mit der notwendigen Sicherheit aus dem Handelsregister ersehen, weil der Gesellschafts-

vertrag in der Urkunde versteckt zwischen anderen Regelungen enthalten sei, teilt der Senat nicht. Denn der notariellen Urkunde ist zweifelsfrei zu entnehmen, dass der jetzt maßgebliche Gesellschaftsvertrag in vollem Umfang neu beschlossen worden ist. Sie enthält darüber hinaus vor § 1 des Gesellschaftsvertrages einen ausdrücklichen Hinweis auf dessen im Folgenden dargestellte, vollständige Neufassung. Des Weiteren hat der Notar im Beschwerdeverfahren eine auszugswise Ausfertigung zur Akte gereicht, die ausschließlich den bereits im vorzulegenden Wortlaut beschlossenen und vom Notar beurkundeten Gesellschaftsvertrag enthält.

Die Entscheidung des OLG Schleswig (DNotZ a.a.O.) gibt dem Senat keinen Anlass zur Vorlage an den BGH (§ 28 Abs. 2 FGG). Denn diese beruht nicht auf der vom Senat abgelehnten Auslegung des § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz GmbHG; sie erschöpft sich hinsichtlich dieser Vorschrift vielmehr in einer Meinungsäußerung im Hinblick auf das weitere Verfahren vor dem Amtsgericht (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl*, FG 14. Aufl. § 28 Rdnr. 14 m.w.N.).

(...)

Beurkundungs- und Notarrecht

11. StGB § 348 (*Falschbeurkundung im Amt*)

Ein Notar macht sich nicht der Falschbeurkundung im Amt schuldig, wenn er falsch beurkundet, dass ein Erschienener der deutschen Sprache hinreichend mächtig ist.

BGH, Urteil vom 25.5.2001 – 2 StR 88/01 –, mitgeteilt von Notarassessorin *Helene Förting*, München

Zum Sachverhalt:

Der marokkanische Staatsangehörige R. beabsichtigte 1995 zusammen mit seiner Ehefrau eine Eigentumswohnung zu erwerben. Da ihm eine von A. gezeigte Musterwohnung gefiel, schlug ihm dieser vor, eine zum sicheren Erwerb erforderliche Vollmacht bei dem angeklagten Notar, protokollieren zu lassen. Es wurde ein Beurkundungstermin bei dem Angeklagten für den 19.6.1995 in dessen Notariat vereinbart. Der Angeklagte ließ eine Vollmachtsurkunde vorbereiten. Darin erteilten die R. und seine Frau der I. GmbH Vollmacht zum Erwerb der Eigentumswohnung. Bei der in der Vollmacht genannten Wohnung handelte es sich nicht um die besichtigte Wohnung, sondern um eine Dachgeschosswohnung. Nach den Angaben zu den Personalien von R. und dessen Frau enthielt die Vollmachtsurkunde folgende Feststellung:

„Die Erschienenen sind marokkanische Staatsbürger und der deutschen Sprache hinreichend mächtig, um dieser Beurkundung folgen zu können, wovon sich der amtierende Notar überzeugt hat.“

Am 19.6.1995 erschien R. mit seiner Frau im Notariat des Angeklagten. Bevor der Angeklagte mit der notariellen Protokollierung der Vollmacht begann, wandte er sich der Frau des R. zu und fragte sie, ob sie deutsch verstehe. Daraufhin nickte sie mit dem Kopf. Der Angeklagte gab sich mit dieser Geste zufrieden und fragte sie noch ergänzend, ob sie denn wisse, warum sie hier sei. Auf diese Frage antwortete die Zeugin auf arabisch, dass es um einen Wohnungskauf gehe, wobei der R. diese Antwort für den Angeklagten ins Deutsche übersetzte. Da der Angeklagte aufgrund dieser Äußerung annahm, dass die Ehefrau über den Gegenstand der Vollmacht Bescheid wisse, richtete er keine weiteren Fragen mehr an sie und begann mit der Beurkundung. Darüber, ob die Hinzuziehung eines Dolmetschers nötig sei, machte er sich keine weiteren Gedanken.

Zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung vom 19.6.1995 verfügte die Ehefrau lediglich über bruchstückhafte passive Kenntnisse der

deutschen Sprache. Sie war weder in der Lage, sich über alltägliche, einfache Lebenssachverhalte auf deutsch zu unterhalten, noch war es ihr möglich, der notariellen Beurkundung der Vollmachtsurkunde auch nur in Ansätzen zu folgen. Die Beurkundung endete mit der Unterzeichnung durch alle Beteiligten, darunter auch der Ehefrau.

Als der R. wenig später feststellte, dass es sich bei der erworbenen Eigentumswohnung um eine Dachgeschosswohnung handelte, „fühlte er sich betrogen“ und erreichte schließlich, dass er die Eigentumswohnung „umtauschen“ konnte, was eine weitere notarielle Beurkundung erforderlich machte. Am 14.8.1995 fand daher ein zweiter Beurkundungstermin bei dem Angeklagten statt, zu dem der R. wieder in Begleitung seiner Frau erschien. Der Entwurf der Vertragsurkunde enthielt wiederum die Klausel zur hinreichenden Sprachkunde des Ehepaares.

Zur Beurkundung am 14.8.1995 begrüßte der Angeklagte R. und seine Frau wiederum kurz und fragte die Ehefrau ob sie deutsch verstehe. Nachdem sie diese Frage auf deutsch mit einem „Ja“ beantwortet hatte, gab er sich damit zufrieden und begann sogleich, den Beteiligten die Vertragsurkunde vorzulesen. Die Hinzuziehung eines Dolmetschers hielt er nicht für erforderlich. Die Ehefrau war aufgrund ihrer unzureichenden passiven Deutschkenntnisse jedoch nicht in der Lage, den Inhalt der verlesenen Urkunde zu verstehen. Die Beurkundung endete mit der Vertragsunterzeichnung durch alle Beteiligten, darunter auch der Ehefrau.

Aus den Gründen:

Zutreffend ist der Tatrichter davon ausgegangen, dass der Angeklagte keine Falschbeurkundungen im Amt (§ 348 StGB) begangen hat. Der Angeklagte hat nicht eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet.

Allerdings sind die errichteten Urkunden öffentliche Urkunden im Sinne der §§ 415 ff. ZPO. Nicht jede falsche Angabe in einer solchen Urkunde ist aber Gegenstand einer Straftat nach § 348 StGB. Falsch beurkundet im Sinne dieser Vorschrift sind nur diejenigen rechtlich erheblichen Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube der Urkunde, das heißt die „volle Beweiswirkung für und gegen jedermann“, erstreckt (vgl. BGH wistra 2000, 266; BGHSt 44, 186, 187; BGHSt 22, 201, 203; bereits RGSt 39, 370, 373; BayObLG NJW 1992, 1841, 1842). Welche Angaben im einzelnen diese Voraussetzung erfüllen, ergibt sich in erster Linie aus den gesetzlichen Bestimmungen, die für Errichtung und Zweck der öffentlichen Urkunde maßgeblich sind. Dabei sind auch die Anschauungen des Rechtsverkehrs zu beachten. Die Beurkundung einer Tatsache, die weder nach dem Gesetz noch nach einer anderen Vorschrift (zwingend) angegeben zu werden braucht und deren unwahre Kundgabe die Wirksamkeit der Beurkundung nicht berührt, kann grundsätzlich nicht als Beurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache angesehen werden (vgl. auch BGHSt 22, 32, 35). Danach enthält die Angabe über die vermeintliche Sprachkunde der Ehefrau keine vom Strafschutz des § 348 StGB umfasste Beurkundung; denn ihr kommt keine öffentliche Beweiskraft zu. Die von einem Notar aufgenommenen Urkunden begründen vollen Beweis nur für die vor der Urkundsperson abgegebenen Erklärungen (§ 415 ZPO) und die von ihr bezeugten Tatsachen (§ 418 ZPO). Da es sich hier nicht um die Abgabe einer Erklärung handelt, scheidet § 415 ZPO aus. § 418 ZPO findet aber ebenfalls keine Anwendung. Denn eine Tatsache ist von dem Urkundsbeamten nur dann beurkundet, wenn er sie zum Zwecke des Beweises für und gegen jedermann in der Urkunde festgestellt hat. Dies trifft auf einen Vermerk über die „Sprachkunde“ aber nicht zu. Denn er bezeugt keine von dem Notar wahrgenommene Tatsache, wie etwa das Erscheinen einer bestimmten Person, sondern bringt nur seinen subjektiven Eindruck über die sprachliche Fertigkeit des Erschienenen zum Ausdruck. Deshalb hat die Rechtsprechung bereits in vergleichbaren Fällen

(vgl. OGHZ 2 [1949] 45, 54 zur Testierfähigkeit; BayObLG DNotZ 1975, 555 zur Geschäftsfähigkeit) verneint, dass ein derartiger Vermerk vollen Beweis erbringt. Bewiesen wird hierdurch nur die Überzeugung des Notars und damit lediglich ein Indiz für die Sprachkunde. Auch der Bundesgerichtshof (GA 1964, 9, 10) hat daher eine Strafbarkeit gemäß § 348 StGB hinsichtlich eines Vermerks über die Geschäftsfähigkeit des Erklärenden verneint, da der Beurkundung insoweit keine öffentliche Beweiskraft zukommt.

Demgemäß wird auch von der Literatur zutreffend festgehalten, dass die Beweiskraft der sogenannten Zeugniskunden (§ 418 ZPO) sich weder auf Vermerke, die eine rechtliche Beurteilung enthalten, erstreckt, noch auf solche, von denen nicht gewährleistet ist, dass die Urkundsperson sie zuverlässig festgestellt hat (vgl. u.a. *Thomas/Putzo*, ZPO 22. Aufl. § 418 Rdnr. 3; *Zöller/Geimer*, ZPO 22. Aufl. § 418 Rdnr. 3; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO 21. Aufl. § 418 Rdnr. 2; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO 59. Aufl. § 418 Rdnr. 4). Im vorliegenden Fall kann nichts anderes gelten. Dies ergibt sich insbesondere auch aus folgenden Überlegungen:

Es ist bereits zweifelhaft (vgl. hierzu u.a. *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG 3. Aufl. § 16 Rdnr. 7 m.w.N.), was unter Sprachkundigkeit zu verstehen ist. Diese ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Beteiligte die Sprache so wenig versteht, dass er dem Vorlesen der Niederschrift nicht folgen kann. Nach weitergehender Meinung ist aber auch derjenige der Sprache nicht hinreichend kundig, der nicht hinreichend sprechkundig ist (vgl. u.a. *Erman/Schmidt*, BGB 9. Aufl. § 16 BeurkG Rdnr. 1).

Letzteres ist für einen Notar durch ein Gespräch leichter festzustellen. Hingegen ist es wesentlich schwieriger, sich von der passiven Sprachkunde eine Überzeugung zu verschaffen. Auch dies belegt, dass eine zuverlässige Beurteilung nicht ohne weiteres möglich ist und deshalb dem Vermerk über die Sprachkunde keine Beweiskraft zukommen kann, zumal das Element „hinreichend“ kundig ohnehin zusätzlich eine Wertung enthält.

Hinzu kommt, dass die Beurkundung der Sprachkunde eines Beteiligten nicht zwingend vorgeschrieben ist. Nach § 16 Abs. 1 Beurkundungsgesetz *soll* in der Niederschrift festgestellt werden, dass ein Beteiligter der deutschen Sprache *nicht* hinreichend kundig ist, wenn er dies angibt oder es nach Überzeugung des Notars der Fall ist. Dass ein Beteiligter der deutschen Sprache dagegen hinreichend mächtig ist, fällt als Normalfall noch nicht einmal unter die Sollvorschrift (vgl. u.a. *Huhn/von Schuckmann* a.a.O. § 16 Rdnr. 21; *Keidel/Winkler*, BeurkG 14. Aufl. § 16 Rdnr. 29; ebenso bei der Geschäftsfähigkeit: *Keidel/Winkler* a.a.O. BeurkG § 11 Rdnr. 3 und 12; *Erman/Schmidt* a.a.O. § 11 BeurkG Rdnr. 2). Da es sich bei § 16 Abs. 1 Beurkundungsgesetz lediglich um eine Sollvorschrift handelt, die zudem für die Feststellung der Sprachkunde nicht gilt, berührt eine unrichtige Angabe über die Sprachkunde die Wirksamkeit der Urkunde nicht (vgl. u.a. *Huhn/von Schuckmann* a.a.O. § 16 Rdnr. 3).

Auch die Berücksichtigung der Verkehrsanschauung legt keine andere Beurteilung nahe. Denn der Vermerk über die Sprachkunde ist für die Beweiskraft der Urkunde und für den Nachweis der sich aus ihr ergebenden Rechte und Pflichten regelmäßig ohne Bedeutung. Ob die Angabe des Beteiligten zu seiner Sprachkunde richtig war, ob sich der Notar zu Recht überzeugt oder ob er sich geirrt hat oder getäuscht wurde, beeinflusst – wie erwähnt – die Wirksamkeit der Beurkundung nicht (vgl. u.a. *Keidel/Winkler* a.a.O. § 16 Rdnr. 10). Nur wenn die Sprachkunde in der Niederschrift festgestellt ist,

sich also aus der Niederschrift selbst ergibt, greifen die Mussvorschriften des § 16 Abs. 2 und 3 BeurkG ein. Fehlt dagegen eine Feststellung, obwohl ein Beteiligter Sprachkunde behauptet oder der Notar davon überzeugt ist, und verfährt der Notar mit ihm wie mit einem Sprachkundigen, so ist die Beurkundung trotzdem wirksam (vgl. u.a. *Soergel/Harder*, BGB 12. Aufl. § 16 BeurkG Rdnr. 4; *Keidel/Winkler* a.a.O. § 16 Rdnr. 11 und Rdnr. 31).

Aus alldem ergibt sich, dass der Tatrichter ohne Rechtsfehler den Angeklagten in den Fällen 2 und 3 vom Vorwurf der Falschbeurkundung freigesprochen hat.

Kostenrecht

12. KostO § 20 Abs. 2 (*Geschäftswert bei Ankaufsrecht zur Absicherung der Einheimischenbindung*)

§ 20 Abs. 2 KostO ist bei einem Ankaufsrecht in Form eines Vertragsangebots entsprechend anzuwenden, wenn dessen Ausübung von Bedingungen abhängt, deren Eintritt eher fern liegt und von den Parteien nicht erhofft wird (Fortführung von BayObLGZ 1975, 450).

BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 3Z BR 333/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte ist Miteigentümerin eines nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilten Grundstücks in der Gemarkung S. Die Gemeinde S. beabsichtigte, einen unbebauten, ca. 960 Quadratmeter großen Teil dieses Grundstücks in den Bereich eines noch aufzustellenden Bebauungsplans einzubeziehen. Dabei sollte durch die Einräumung eines Ankaufsrechts gegenüber der Gemeinde sichergestellt werden, dass bei einer etwaigen Veräußerung das Baugrundstück nur Einheimische als Erwerber zum Zuge kämen.

Der beteiligte Notar beurkundete am 27.7.1998 ein an die Gemeinde S. gerichtetes Angebot der Beteiligten zum Abschluss eines Kaufvertrages über die genannte Teilfläche. Nach Teil A Abschnitt 1 der Urkunde ist die Beteiligte ab dem Beurkundungstag unwiderruflich 15 Jahre lang an das Angebot gebunden. Sie ist gegenüber der Gemeinde verpflichtet, unverzüglich gemeinsam mit der weiteren Miteigentümerin entweder eine Realteilung durch vollständige Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft oder zumindest eine teilweise Auseinandersetzung des gemeinschaftlichen Grundbesitzes durchzuführen, so dass sie die Teilfläche zu Alleineigentum erhält. Nach Abschnitt II trägt die Beteiligte sämtliche Kosten. In Abschnitt IV bewilligt sie die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Nach Abschnitt V darf die Gemeinde das Angebot nur annehmen, wenn die Beteiligte den Baugrund innerhalb der Angebotsfrist an jemand anderen als Angehörige, ortsansässige oder in der Gemeinde S. hauptberuflich Tätige veräußert. In Teil B der Urkunde wurde der Inhalt des Kaufvertrages festgelegt. Nach Abschnitt IV dieses Teils wurde als Kaufpreis die Hälfte des im Zeitpunkt der Annahme gegebenen Verkehrswertes des Grundstücks abzüglich etwaiger Erschließungskosten zuzüglich des vollen Verkehrswertes etwaiger bis dahin errichteter Gebäude vereinbart. Die Urkunde ist von der Beteiligten und dem Bürgermeister der Gemeinde S. unterschrieben.

Der beteiligte Notar übersandte der Beteiligten unter dem 27.7.1998 eine Kostenrechnung über 1.763,20 DM. Für die Beurkundung des Antrags zum Abschluss eines Vertrags setzte er 1.110 DM an. Das entspricht dem Eineinhalbfachen der vollen Gebühr aus einem Geschäftswert von 410.000 DM. Dabei ging der Notar für den Grundstückswert von dem Mittelwert für Wohnbauflächen anhand der Bodenrichtwertliste des Gutachterausschusses beim Landratsamt (500 DM/qm) aus, wobei er einen Sicherheitsabschlag von 25 % machte. Dazu rechnete er 10 % der geschätzten künftigen Baukosten von 500.000 DM, also 50.000 DM. Weiterhin berechnete der Notar für die Beurkundung der vertraglichen Inhalte 380 DM, das ist das

Doppelte der vollen Gebühr aus einem Teilwert von 15 % des Geschäftswerts des Angebots. Dazu kamen die üblichen Schreibgebühren, sonstigen Auslagen und die gesetzliche Mehrwertsteuer.

Die Beteiligte bezahlte diese Rechnung nicht mit der Begründung, ihre Miteigentümerin habe die erwartete Mitwirkung verweigert, die Gemeinde habe daher das Grundstück aus dem Bebauungsplan herausgenommen, sie sei, nachdem das ganze Vorhaben gescheitert sei, zu nichts verpflichtet. Der beteiligte Notar ließ der Beteiligten die vollstreckbare Ausfertigung der Kostenrechnung im April 2000 zustellen. Daraufhin erhob die Beteiligte, nunmehr anwaltschaftlich vertreten, Beschwerde, mit der sie geltend machte, das Grundstück sei Grünland mit einem Quadratmeterpreis von 12 DM. Später erklärte sie ergänzend die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch; der Notar hätte bei der Beurkundung auf die Möglichkeit einer Gebührenermäßigung wegen der Beteiligung einer Gemeinde hinweisen müssen. Außerdem machte sie geltend, beim Geschäftswert hätten die künftigen Erschließungskosten abgezogen werden müssen.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 15.9.2000 die Kostenrechnung auf 597,40 DM herabgesetzt und die weitere Beschwerde zugelassen. Es ging dabei in Übereinstimmung mit dem Notar von den Baulandpreisen aus, legte jedoch einen Quadratmeterpreis von 400 DM zugrunde, weil das Grundstück noch nicht erschlossen und baureif sei. Hiervon machte es einen Abschlag von 25 % wegen der Bindung durch das Einheimischenmodell und aus dem danach errechneten Quadratmeterpreis von 300 DM einen weiteren Sicherheitsabschlag von 25 %, so dass ein Quadratmeterpreis von 225 DM blieb. Den Ansatz für den Gebäudewert erkannte es nicht an, da die Bebauung ungewiss sei. Des Weiteren wandte das Landgericht § 20 Abs. 2 KostO an, wonach der Geschäftswert zu halbieren ist. Das Kaufangebot diene nämlich nur zur Absicherung der Bedingungen des Einheimischenmodells. Ein Erwerb durch die Gemeinde sei gar nicht beabsichtigt. Damit entspreche das Kaufangebot in seiner rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung den Wiederkaufsrechten im Sinne des § 20 Abs. 2 KostO. Schließlich kürzte das Landgericht den Ansatz bezüglich des vertraglichen Teils. Es dürfe nicht das Doppelte der vollen Gebühr, sondern lediglich die Hälfte der vollen Gebühr aus 15 % des Neuberechneten Geschäftswerts, 108.000 DM, angesetzt werden, weil das Angebot der Beteiligten an die Gemeinde, dass diese die Rechte aus dem Kaufangebot abtreten dürfe, Inhalt des Kaufangebots und damit von der Gebühr für das Kaufangebot abgedeckt sei. Nur für die insoweit beurkundete Annahme durch die Gemeinde dürfe eine halbe Gebühr erhoben werden.

Gegen den Beschluss des Landgerichts wendet sich der beteiligte Notar mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

(...)

In der Sache ist das Rechtsmittel nur teilweise begründet (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, 5 550 ZPO).

1. Das Landgericht hat den Gegenstand seiner Prüfung zu weit ausgedehnt. Der Entscheidungsgegenstand eines Verfahrens nach § 156 KostO wird durch die Beanstandungen des Beschwerdeführers bestimmt (st. Rechtsprechung des Senats, vgl. BayObLGZ 1969, 292/295; 1971, 9; 1987, 341/343; Jur-Büro 1989, Mit der Beschwerde wurde gerügt, dass zu Unrecht Baulandpreise statt Grünlandpreise herangezogen und die Erschließungskosten nicht abgezogen worden seien. Daneben wurde die Aufrechnung mit einem vermeintlichen Schadensersatzanspruch erklärt. Beanstandet waren mithin der Geschäftswert, nicht aber die Gebühren als solche und das übrige Rechenwerk. Das Landgericht hätte sich auf die Überprüfung des vom Notar zugrunde gelegten Geschäftswerts und der Aufrechnung beschränken müssen.

2. Bei der Bestimmung des Geschäftswerts legt das Landgericht zutreffend nicht den in dem Vertragsangebot ausgewiesenen Kaufpreis, sondern den Verkehrswert des Grundstücks zum Zeitpunkt der Beurkundung zugrunde (§ 18 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 KostO, § 20 Abs. 1 Satz 2 KostO, § 19 Abs. 1 KostO). Das Gesetz regelt nicht näher, nach welcher

Bewertungsmethode der Verkehrswert festzustellen ist. § 19 Abs. 1 Satz 2 KostO erläutert lediglich, dass er durch den im gewöhnlichen Geschäftsverkehr bei der Veräußerung zu erzielenden Preis bestimmt wird. Im vorliegenden Falle darf nicht außer Acht gelassen werden, dass das Grundstück alsbald durch die Aufstellung eines Bebauungsplans durch die Gemeinde Bauland werden sollte. Die beurkundeten Erklärungen sind nur vor diesem Hintergrund verständlich. Auch zeigt der Lageplan, welcher der Urkunde beigeheftet ist, das Planungsgebiet in der bei kommunalen Leitplanungen üblichen Kennzeichnung. Das Landgericht ist daher zutreffend der Ansicht der Beteiligten entgegengetreten, es seien die Grünlandpreise maßgeblich, und ist von Baulandpreisen ausgegangen (vgl. auch *Korintenberg/Bengel* KostO 14. Aufl. § 20 Rdnr. 44).

Die Frage, auf welche Unterlagen bei der Wertermittlung zurückzugreifen ist, regelt § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO in der Weise, dass einige Anhaltspunkte für die Feststellung des Wertes von Grundbesitz aufgezählt, aber auch andere Anhaltspunkte zugelassen werden („oder aus sonstigen ausreichenden Anhaltspunkten“). Das Gericht hat seine Überzeugung vom zutreffenden Geschäftswert aus allen Anhaltspunkten zu bilden, die ihm ohne Beweisaufnahme zugänglich sind. In vielen Fällen stellt die Verwendung der Bodenrichtwerte eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei Grundstücken dar. Diese vereinfachte Sachwertmethode ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt (BayObLGZ 2000 189/191 m.w.N.; *Korintenberg/Bengel* § 19 Rdnr. 52). Das Landgericht hat demgemäß zutreffend in Übereinstimmung mit dem weiteren Beteiligten die Bodenrichtwertliste des Gutachterausschusses für Grundstückswerte im Bereich des Landkreises (...) (Stand: 31.12.1996) und dort die Werte für Wohnbauflächen in der Gemeinde S., nämlich 400 DM bis 600 DM/qm, zum Ausgangspunkt genommen.

Das Landgericht war befugt, eine eigene Schätzung des Wertes anstelle der des beteiligten Notars vorzunehmen (*Korintenberg/Bengel* § 156 Rdnr. 65). Seine weiteren Gedankenschritte sind nachvollziehbar und von seinen nicht nachprüfaren Sachverhaltsfeststellungen getragen, daher rechtlich nicht zu beanstanden. Dass der unterste Richtwert (400 DM/qm) herangezogen wird, wird damit begründet, dass das Grundstück noch nicht erschlossen ist. Ein Abschlag von 25 % wegen der Bindungen des gewählten Einheimischenmodells ist gerechtfertigt (*Korintenberg/Bengel* § 20 Rdnr. 44). Ein Sicherheitsabschlag von abermals 25 % ist wegen der Schwankungsbreiten bei der Ermittlung des Boden-Richtwertes zulässig (vgl. BayObLGZ 1972, 297).

Soweit das Landgericht den vom Notar angesetzten Gebäudewert nicht berücksichtigt hat, hält dies der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die mögliche Bebauung ist durch Schätzung auf der Grundlage der zu erwartenden Baukosten wertmäßig zu erfassen (*Korintenberg/Bengel* § 20 Rdnr. 44). Dies gilt jedenfalls dann, wenn, wie hier, die Regelung über den Kaufpreis den Wert etwaiger Gebäude berücksichtigt (vgl. Teil B Abschnitt IV Buchst. b der Urkunde; BayObLGZ 1975, 450/457). Die Annahme eines Gebäudewerts von 500.000 DM durch den beteiligten Notar ist im Hinblick auf die Grundstücksgröße von 960 qm und die aus dem Lageplan ersichtliche angrenzende Bebauung auch ohne Kenntnis der Festlegungen des geplanten Bebauungsplans nachvollziehbar. Weitere Erhebungen hierzu sind daher nicht erforderlich (*Keidel/Kayser* FGG 14. Aufl. § 12 Rdnr. 182). Die bestehende Ungewißheit hinsichtlich der künftigen Bebauung wurde vom beteiligten Notar in nicht zu beanstandender Weise durch Ansatz eines Bruchteils der geschätzten Baukosten von 10 % Rechnung getragen (*Korintenberg/Bengel* § 20 Rdnr. 44).

3. Das Landgericht hat zu Recht § 20 Abs. 2 KostO herangezogen.

Diese Vorschrift ist beim Ankaufsrecht, das in der Kostenordnung nicht ausdrücklich erwähnt wird, jedenfalls dann entsprechend anzuwenden, wenn das Ankaufsrecht in seiner konkreten Ausgestaltung mit den in der Vorschrift genannten Rechten vergleichbar ist (st. Rspr. des *Senats*, BayObLGZ 1975, 450 und 1992, 171/174; JurBüro 1997, 378 und 1998, 489; BayObLGZ 2000, 4/7). Das ist der Fall, wenn es nach der konkreten Fallgestaltung völlig ungewiss ist, ob das Ankaufsrecht jemals ausgeübt werden wird (OLG Düsseldorf MDR 1996, 318; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 20 Rdnr. 24b). So liegt es insbesondere dann, wenn das Ankaufsrecht, wie hier, dem mit ihm verfolgten Zweck nicht nur im Fall seiner Ausübung gerecht wird, sondern auch dann, wenn der Belastete es zur Vermeidung der Ausübung unterlässt, den Eintritt der hierfür gesetzten Bedingung herbeizuführen. Hier war Ziel des Ankaufsrechts nicht der Grundstückserwerb durch die Gemeinde, sondern die Absicherung gegen die Veräußerung des Grundstücks an ortsfremde Personen. Die Vertragsparteien gingen also davon aus, dass die Voraussetzungen für die Ausübung eher nicht eintreten würden. Diese Gemeinsamkeit mit dem Vorkaufs- und auch Wiederkaufsrecht erfordert eine kostenrechtliche Gleichbehandlung mit diesen Rechten (so auch *Korintenberg/Bengel* § 20 Rdnr. 44; *Hartmann* Kostengesetze 30. Aufl. § 20 KostO Rdnr. 38).

4. Für die Gebührenrechnung ist somit ein Geschäftswert maßgeblich, der sich aus dem vom Landgericht zutreffend errechneten Grundstückswert von 216.000 DM und dem vom Notar zutreffend angesetzten Gebäudewert von 10 % aus 500.000 DM = 50.000 DM ergibt, wobei die Summe von 266.000 DM wegen § 20 Abs. 2 KostO (oben 3.) zu halbieren ist. Die ¹⁵/₁₀-Gebühr aus 133.000 DM beträgt 480 DM. Dazu kommt die in der Rechnung gesondert ausgewiesene ²⁰/₁₀-Gebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO aus 15 % von 133.000 DM = 19.950 DM, das sind 200 DM. Insoweit war das Landgericht zu Änderungen nicht befugt (s.o. 1.). Im Übrigen wäre die Annahme einer ⁵/₁₀-Gebühr gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 2 KostO unzutreffend, da bezüglich der vertraglichen Inhalte der Urkunde bereits die Voraussetzung der anderweitigen Beurkundung fehlt; Angebot und Annahme sind in ein und derselben Urkunde enthalten. Mit den Schreibgebühren und sonstigen Auslagen sowie der Umsatzsteuer ergibt sich ein Rechnungsgesamtbetrag von 823,60 DM.

5. Die Aufrechnung der Beteiligten ist wirkungslos, weil kein Gegenanspruch besteht. Ein Schadensersatzanspruch der Beteiligten gegen den Notar infolge unterlassenen Hinweises auf die Möglichkeiten der Gebührenermäßigung gegenüber Gemeinden ist nicht gegeben. Die Ermäßigung des § 144 KostO greift schon deshalb nicht ein, weil Abs. 1 Satz 3 dieser Vorschrift die Darlegung verlangt, dass die Weiterveräußerung an nichtbegünstigte Dritte nicht beabsichtigt ist. Nach dem Willen der Urkundsparteien sollte aber, falls es überhaupt zu einer Veräußerung des Grundstücks kommen sollte, die Veräußerung an einen Einheimischen im Sinne der urkundlichen Festlegungen, also an einen nichtbegünstigten Dritten im Sinne von § 144 Abs. 1 Satz 3 KostO, erfolgen.

6. Dass das Landgericht von einer Anordnung gemäß § 13a Abs. 1 Satz 1 FGG abgesehen hat, ist nicht zu beanstanden, da die Beteiligte mit ihrem Haupteinwand, das Grundstück sei als Grünland mit 12 DM/qm zu bewerten, und mit ihrem Aufrechnungseinwand nicht durchgedrungen ist, andererseits eine erhebliche Herabsetzung der Kostenrechnung aus anderen Gründen erfolgte. (...)

Anmerkung:

Mit vorstehendem Beschluss vom 6.12.2000 wurde die Frage der Bewertung eines in die Form eines Vertragsangebotes gekleideten Ankaufsrechts geklärt, wonach sicher gestellt werden soll, dass bei Grundstücksverkäufen das betroffene Grundstück und die etwa darauf errichteten Gebäude in der Hand der einheimischen Bürger verbleiben. Das Grundstück hat im Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht die Qualität von Bauland, jedoch beabsichtigt die Gemeinde dessen baldige Einbeziehung in den Bereich eines noch aufzustellenden Bebauungsplanes. Im Falle der Annahme des Vertragsangebotes hat die Gemeinde die Hälfte des im Zeitpunkt der Annahme gegebenen Verkehrswertes des Grundstücks abzügl. etwaiger Erschließungskosten und zzgl. des vollen Verkehrswertes etwaiger bis dahin errichteter Gebäude zu zahlen.

In einem eigenen Abschnitt der Urkunde verpflichtet sich die Gemeinde gegenüber dem Eigentümer, das Angebot nur dann anzunehmen, wenn der Verkäufer den Baugrund innerhalb der Angebotsfrist an jemand anderen als Angehörige, Ortsansässige oder in der Gemeinde hauptberuflich Tätige veräußert.

Nach BayObLG ist bei der Wertbestimmung des Ankaufsrechts vom Baulandwert auszugehen, da sich die abgegebenen Erklärungen auf das Grundstück nach Einbeziehung in den alsbald aufzustellenden Bebauungsplan beziehen. Eine etwaige Bebauung ist dabei zu berücksichtigen.

Folgendes Bewertungsschema wurde vom BayObLG anerkannt:

- Bodenrichtwert für Bauland nach Gutachterausschuss, wegen fehlender Erschließung unterster Richtwert
- $\% 25$ Abschlag wegen der Bindungen des Einheimischen-Modells
- $\% 25$ Sicherheitsabschlag wegen der Schwankungsbreiten bei der Ermittlung des Bodenrichtwertes (BayObLG MittBayNot 1972, 311)
- + mögliche Bebauung, Wertschätzung nach § 30 Abs. 1 KostO, 10 % der geschätzten Baukosten.

Von diesem so ermittelten Wert ist gem. § 20 Abs. 2 KostO die Hälfte als Geschäftswert für das Ankaufsrecht maßgeblich.

Da das Ankaufsrecht in der Form eines Vertragsangebotes niedergelegt wurde, ist eine ¹⁵/₁₀ Gebühr nach § 37 KostO zu erheben.

Für die vertraglichen Vereinbarungen mit der Gemeinde über die Einschränkung der Annahmemöglichkeit ist gem. § 30 Abs. 1 KostO aus einem Teilwert des vorstehenden Angebotswertes – nach BayObLG 15 % – eine ²⁰/₁₀ Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO zu erheben. § 44 Abs. 1 Satz 2, 2. Satzteil KostO ist zu beachten.

Eine Ermäßigung nach § 144 Abs. 1 KostO kommt nicht in Betracht, da im Regelfall nach Ausübung des Ankaufsrechts eine Weiterveräußerung an nichtbegünstigte Dritte – Einheimische – beabsichtigt ist.

Wird das Ankaufsrecht nicht in der Form eines Vertragsangebotes, sondern als Vertrag zwischen Eigentümer und Gemeinde beurkundet, gilt vorstehendes Bewertungsschema in gleicher Weise. Anstelle der ¹⁵/₁₀ Gebühr ist dann aber eine ²⁰/₁₀ Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO aus dem Wert des Ankaufsrechts zu erheben. Die Verpflichtung der Gemeinde,

das Ankaufsrecht nur unter bestimmten Bedingungen auszuüben, ist dann Teil der vertraglichen Abmachungen und nicht gesondert zu bewerten.

Notarkasse, Prüfungsabteilung

13. KostO § 19 Abs. 2 (*Geschäftswert eines Grundstückskaufvertrages mit Einheimischenbindung*)

1. **Haben die Parteien eines notariell beurkundeten Vertrags ausdrücklich den Verkehrswert des vertragsgegenständlichen Grundstücks mit einem Geldbetrag pro Quadratmeter angegeben, können diese Angaben für die Bestimmung des Verkehrswertes herangezogen werden, wenn nicht Anhaltspunkte für ihre Unzuverlässigkeit oder Unrichtigkeit vorliegen.**
2. **Befindet sich eine eindeutige Angabe des Verkehrswertes an auffälliger Stelle des Vertragstextes, muss den Beteiligten nicht bewusst sein, dass diese Angabe für die Notargebühren Bedeutung hat. Auch bedarf es dann keines dementsprechenden Hinweises des Notars.**

BayObLG, Beschluss vom 27.7.2001 – 3Z BR 101/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten kauften am 23.7.1999 von ihrer Heimatgemeinde im Rahmen eines Einheimischenmodells ein 822 m² großes Baugrundstück. In Ziff. V des von dem weiteren Beteiligten beurkundeten Vertrages heißt es:

Der volle Kaufpreis (Verkehrswert des Vertragsgrundstücks ohne Erschließungskosten) beträgt 650,- DM pro Quadratmeter.

Hierauf gewährt der Verkäufer dem Käufer einen auflösend bedingten Preisnachlass als Subvention von 534,- DM pro Quadratmeter, so dass der Käufer vorerst nur den Betrag von 116,- DM pro Quadratmeter zahlen muss.

Der Preisnachlass soll entfallen, wenn die Beteiligten gegen bestimmte vertragliche Verpflichtungen verstoßen, die der Sicherung des Einheimischenmodells dienen.

Der weitere Beteiligte erstellte für seine Tätigkeit am 23.7.1999 eine Kostenrechnung, die er nach der Stellungnahme der Notarkasse vom 28.3.2000 am 30.3.2000 berichtigte und den Beteiligten mitteilte. Hierzu legte er für die Bewertung den in der Urkunde genannten vollen Kaufpreis von 534.300 DM zugrunde. Hiergegen legten die Beteiligten Beschwerde ein, da sie der Meinung sind, es sei der ermäßigte Kaufpreis (95.352 DM) maßgebend. Das Landgericht hat die berichtigte Kostenrechnung aufgehoben und den weiteren Beteiligten angewiesen, ausgehend von einem Geschäftswert von 406.088,20 DM den Beteiligten eine neue Kostenrechnung zu erteilen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die weitere Beschwerde des beteiligten Notars.

Aus den Gründen:

(...)

2. Das Rechtsmittel ist begründet.

Gegenstand der Erstbeschwerde wie der weiteren Beschwerde ist der Geschäftswert der Vertragsbeurkundung vom 23.7.1999 (vgl. BayObLGZ 1987, 186/190; *Korintenberg/Bengel* KostO 14. Aufl. § 156 Rdnr. 58).

a) Das Landgericht hat ausgeführt, für den Geschäftswert seien der Kaufpreis und weitere von den Beteiligten übernommene Leistungen von insgesamt 406.088,20 DM maß-

geblich, da der Verkehrswert des Grundstücks 279.480 DM betrage und somit niedriger sei.

b) Dies hält der rechtlichen Prüfung nicht stand (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO).

aa) Der Geschäftswert für die Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages richtet sich zwar grundsätzlich nach dem Kaufpreis, zu dem der Wert weiterer vom Erwerber übernommener oder ihm sonst infolge der Veräußerung obliegender Leistungen hinzuzurechnen ist (§ 20 Abs. 1 Satz 1, § 141 KostO). Ist allerdings der Kaufpreis niedriger als der nach § 19 KostO festzustellende (Verkehrs-)Wert des Grundstücks, so ist nach § 20 Abs. 1 Satz 2 KostO der Verkehrswert heranzuziehen. Nach dem Gesetzeswortlaut ist demnach jeweils ein Vergleich zwischen dem Kaufpreis und dem Wert des Grundstücks nach § 19 KostO anzustellen und der höhere Wert als Geschäftswert zugrunde zu legen. Da jedoch der Kaufpreis im Allgemeinen dem Wert der gekauften Sache gleichkommen wird, soll für den Normalfall die Bestimmung des Geschäftswerts dadurch vereinfacht werden, dass der Wert der verkauften Sache nicht eigens festgestellt werden muss. Um diesem Vereinfachungszweck des § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO Rechnung zu tragen, ist der Wert der Sache nur dann festzustellen, wenn deutlich zutage tritt, dass in dem nach § 18 Abs. 1 KostO maßgebenden Zeitpunkt der Kaufpreis nicht annähernd so hoch ist wie der sich bei Anwendung des § 19 KostO ergebende Wert der Sache (BayObLGZ 1974, 422/425; BayObLG JurBüro 1995, 432/433 m.w.N.). Das ist hier der Fall.

bb) Die Höhe des Kaufpreises hat das Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellt. Die Beteiligten hatten zunächst nur den ermäßigten Kaufpreis von 116 DM je Quadratmeter zu bezahlen. In die Bewertung sind jedoch die zusätzlichen Leistungen der Käufer einzubeziehen. Diese hat das Landgericht zutreffend dargestellt. Das gilt insbesondere für den Umstand, dass die auflösende Bedingung für den Preisnachlass eintreten und der volle Kaufpreis gemäß Ziff. V Abs. 1 des Vertrages zu zahlen sein könnte (vgl. dazu BayObLGZ 1964, 294/297; *Korintenberg/Bengel* § 20 Rdnr. 8). Mit dem Landgericht kann daher von einem Kaufpreis in Höhe von 406.088,20 DM ausgegangen werden.

cc) Hingegen ist die Bewertung des Grundstücks, die das Landgericht vorgenommen hat, nicht frei von Rechtsfehlern.

Der Wert von Grundbesitz bestimmt sich nach § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO. Nach dieser Vorschrift sind alle ausreichenden Anhaltspunkte für einen den Einheitswert übersteigenden Wert heranzuziehen, um dem Verkehrswert als dem gemeinen Wert im Sinn von § 19 Abs. 1 Satz 1 KostO möglichst nahe zu kommen. Der Verkehrswert lässt sich nicht mathematisch exakt errechnen, vielmehr nur schätzen; der Wert ist also Ermessenswert (*Korintenberg/Bengel* KostO 14. Aufl. Rdnr. 9, *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. Rdnr. 2b, je zu § 19; *Göttlich/Mümmeler* KostO 141. Aufl. Stichwort „Grundbesitzwert“ S. 484).

Die diesbezügliche Bewertung des Landgerichts ist zwar nur beschränkt nachprüfbar (BayObLG Rpfleger 1970, 181/182). Das Landgericht hat aber für seine Bewertung ausschließlich die tabellarischen Bodenrichtwerte herangezogen und dabei die Angaben der Beteiligten unberücksichtigt gelassen. Damit hat es einen wesentlichen Gesichtspunkt außer Acht gelassen. Darin liegt ein Rechtsfehler.

Gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 KostO kommt den Angaben der Beteiligten bei der Bestimmung des Verkehrswerts besondere Bedeutung zu (vgl. BayObLG Rpfleger 1970,

181/182). Beteiligte im Sinne dieser Vorschrift sind diejenigen des gebührenpflichtigen Geschäfts (*Korintenberg/Bengel* § 19 Rdnr. 20), hier also die Parteien des beurkundeten Vertrages. Die hervorgehobene Bedeutung ihrer Einschätzung beruht unter anderem auf der Überlegung, dass sie in aller Regel das konkret zu bewertende Grundstück kennen und deshalb mit den für die Bewertung relevanten Umständen am besten vertraut sind, während sich allgemeine Anhaltspunkte wie etwa die Bodenrichtwerte stets auf eine größere Gruppe von Grundstücken beziehen und deshalb der konkreten Situation, z. B. einer besonderen Lage, nicht stets gerecht werden müssen. Zum anderen bemisst sich der Verkehrswert gerade danach, welche Gegenleistung bei einer Veräußerung für das Grundstück erzielt werden kann. Die Vertragsparteien, beide mit den örtlichen Verhältnissen vertraut, haben hier im Vertrag ausdrücklich erklärt, der Verkehrswert des Vertragsgrundstücks betrage 650 DM pro Quadratmeter. Dies ist eine hinreichend bezifferte Angabe (*Korintenberg/Bengel* § 19 Rdnr. 21), da sich bei einer Grundstücksgröße von 822 m² unschwer der Wert von 534.300 DM errechnen lässt. Unter diesen Umständen dürfte das Landgericht nicht ohne nähere Begründung, warum dieser Angabe keine Bedeutung beizumessen sei, von den Bodenrichtwerten ausgehen.

c) Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf diesem Rechtsfehler. Da sich die für die Bewertung maßgeblichen Umstände aus den Akten ergeben, kann der Senat selbst in der Sache entscheiden. Er hält es für angemessen, bei der Bewertung aus den bereits genannten Gründen von den ausdrücklichen Angaben zum Verkehrswert im Vertrag auszugehen. Eindeutige Hinweise darauf, dass die Angaben unzuverlässig oder unrichtig wären (vgl. *Rohs/Wedewer* KostO 2. Aufl. § 19 Rdnr. 24), was zu einem Rückgriff auf andere ausreichende Anhaltspunkte zwänge, liegen nicht vor. Insbesondere steht der im Vertrag genannte Wert angesichts der Schwankungen, die bei Bodenpreisen je nach Lage des Grundstücks zu verzeichnen sind, nicht außer Verhältnis zu den sonstigen Anhaltspunkten für die Wertbestimmung, insbesondere den Bodenrichtwerten.

Wegen des eindeutigen und ausdrücklichen Wortlauts des Vertrages kommt es nicht darauf an, ob den Beteiligten bewusst war, dass ihre Angaben für den Wert Bedeutung haben (*Korintenberg/Bengel* § 19 Rdnr. 23). Diese Frage stellt sich nur bei der Verwertung mittelbarer Angaben, die Rückschlüsse auf den Wert zulassen. Jedenfalls wenn wie hier die Wertangabe eindeutig ist und an auffälliger Stelle im Vertragstext steht, kommt es nicht mehr darauf an, ob den Beteiligten deren Bedeutung für die Wertfestsetzung auch bewusst war, ob der weitere Beteiligte bei der Beurkundung einen dementsprechenden Hinweis gegeben hat (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1973, 329/331), oder ob sonstige Umstände vorlagen, aus denen hervorging, dass die Beteiligten mit einer Heranziehung der Wertangabe zur Bestimmung der Notarkosten zumindest rechnen mussten.

d) Der Verkehrswert des Grundstücks beträgt danach 534.300 DM. Er ist höher als der Kaufpreis. Der weitere Beteiligte hat ihn zutreffend seiner Kostenrechnung zugrunde gelegt. Daher war die Entscheidung des Landgerichts aufzuheben und die Erstbeschwerde zurückzuweisen.

Anmerkung:

1. Der vorstehende Beschluss des BayObLG vom 27.7.2001 befasst sich mit dem in bestimmten Regionen Bayerns häufig vorkommenden Fall des Verkaufs eines Bauplatzgrundstücks an einen bauwilligen einheimischen Käufer, der neben der

Verpflichtung zur Zahlung des (ermäßigten) Kaufpreises u.a. eine Bauverpflichtung, eine Residenzpflicht und eine Veräußerungsbeschränkung eingegangen ist. Die Beteiligten stellen dabei in der Urkunde den Verkehrswert des Grundstücks ohne Erschließung der Höhe nach fest; die verkaufende Gemeinde gewährt dem Käufer einen auflösend bedingten Preisnachlass als Subvention.

Neben dem allgemein gültigen Bewertungsgrundsatz des § 20 Abs. 1 KostO – Wertbestimmung nach den Käuferleistungen, sofern diese nicht niedriger sind als der Wert der Sache (§ 19 KostO) – ist dem Beschluss des BayObLG insbesondere zu entnehmen:

Ein Preisnachlass auf den Verkehrswert des Grundstücks ist bei der Wertbestimmung nicht zu berücksichtigen. Vielmehr ist der von den Beteiligten in der Urkunde festgestellte Verkehrswert ein hinreichender Anhaltspunkt für die Wertbestimmung nach § 20 Abs. 1, § 19 KostO.

Der Wert ist auch nicht nach den tabellarischen Bodenrichtwerten des Gutachterausschusses zu bestimmen. Eine solche Wertbestimmung ist zwar möglich und zulässig, hat aber hinter den ausdrücklichen Angaben der Beteiligten zum Verkehrswert zurückzustehen, sofern nicht eindeutige Hinweise darauf vorhanden sind, dass die Angaben unzuverlässig oder unrichtig sind. Es kommt auch nicht darauf an, ob den Beteiligten bewusst war, dass ihre Angaben für den Gebührentwert Bedeutung haben.

Ein Wertabschlag, etwa in Höhe des gewährten Preisnachlasses, wegen der dem Käufer auferlegten Bindungen im Rahmen des Einheimischen-Modells ist nicht vorzunehmen (anders beim sog. „München-Modell“, wo sich die Verpflichtung des Käufers, Mietwohnungen im öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau zu errichten, auf den Verkehrswert des Grundstücks wertmindernd auswirkt, vgl. BayObLG MittBayNot 1999, 494 m. Anm. *Tiedtke*).

Die bisherige Rechtsauffassung zur Bewertung von Grundstückskaufverträgen im Einheimischen-Modell (LG Traunstein MittBayNot 1999, 54 m. Anm. *Tiedtke*; *Korintenberg* § 20 Rdnr. 46; PfälzOLG Zweibrücken JurBüro 1998, 202) wurde damit im Ergebnis vom BayObLG bestätigt.

2. Die Frage eines Wertabschlages stellt sich auch bei einer ganz oder teilweise unentgeltlichen Überlassung eines Grundstücks, das mit den Bindungen nach dem Einheimischen-Modell behaftet ist. Die Prüfungsabteilung ist der Auffassung, dass auch hier der Geschäftswert in Höhe des Verkehrswertes des Grundstücks nach § 19 Abs. 2 KostO zu bestimmen ist. Die anlässlich des Kaufes vom Übergeber der Gemeinde gegenüber eingegangenen Beschränkungen, zu deren Erfüllung sich der Übernehmer im Überlassungsvertrag zu verpflichten hat, sind privatrechtlicher Natur und mindern den Wert des Grundstücks nicht unmittelbar. Das BayObLG hat mit Beschluss vom 9.2.1995 MittBayNot 1995, 159, entschieden, dass ein durch Auflassungsvormerkung gesichertes Wiederkaufsrecht kostenrechtlich eine Verbindlichkeit ist, die auf dem zu bewertenden Grundstück lastet und bei der Ermittlung des Geschäftswertes nicht abgezogen werden darf (§ 18 Abs. 3 KostO). Dieser Entscheidung folgend, ist bei Zugrundelegung des Bodenrichtwertes nach § 193 Abs. 3 BauGB im Regelfall der geringste, in der Bodenrichtwerttabelle ausgewiesene Wert anzusetzen und hiervon der übliche Sicherheitsabschlag von 25 % vorzunehmen (BayObLG MittBayNot 1972, 311). Eine vorhandene Bebauung ist bei der Wertbestimmung ebenfalls zu berücksichtigen.

Notarkasse, Prüfungsabteilung

14. KostO § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 (*Bewertung der Bebauung durch Erwerber bei Überlassung*)

1. **Eine für Rechnung des Erwerbers vorgenommene Bebauung kann bei der Ermittlung des Werts auch dann außer Betracht bleiben, wenn im Zeitpunkt der Bebauung noch keine schuldrechtliche Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks auf den Erwerber bestand, und wenn zwischen Bebauung und späterem Erwerb eine längere Zeitspanne liegt.**
2. **Je größer die Zeitspanne zwischen Bebauung und Erwerb ist, desto überzeugender müssen die Tatsachen sein, aus denen die Veräußerungs- und die Erwerbsabsicht im Zeitpunkt der Bebauung hergeleitet wird.**

BayObLG, Beschluss vom 10.1.2001 – 3Z BR 354/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Der beteiligte Notar beurkundete am 20.6.2000 die Überlassung mehrerer Grundstücke von der Mutter der Beteiligten zu 2 auf die Beteiligte zu 2. Der Beteiligte zu 1, der Ehemann der Beteiligten zu 2, wurde bei der Beurkundung zugezogen, um dem Eigentumserwerb seiner mit ihm in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau zu deren Vorbehaltsgut vorsorglich zuzustimmen.

In der Kostenrechnung, die der Notar den Beteiligten am 5.7.2000 übersandte, wurde ein Geschäftswert von 588.019 DM angenommen. Darin ist der Wert eines Gebäudes mit 417.749 DM enthalten, das von den Beteiligten 1981 auf einem der gegenständlichen Grundstücke auf eigene Kosten errichtet worden war.

Mit Schreiben vom 11.7.2000 beehrten die Beteiligten die Kürzung des Geschäftswerts um den Wert des Gebäudes.

Das Landgericht, hat am 25.10.2000 der Beschwerde der Beteiligten stattgegeben. Die weitere Beschwerde wurde zugelassen.

Mit seiner auf Weisung des Präsidenten des Landgerichts eingelegten weiteren Beschwerde vom 8.11.2000 begehrt der beteiligte Notar die Aufhebung des Beschlusses des Landgerichts und die Zurückweisung der Beschwerde.

Aus den Gründen:

1. Die vom Landgericht zugelassene weitere Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO). Die Weisung an den Notar zur Einlegung des Rechtsmittels (§ 156 Abs. 5 Satz 1 KostO) enthält zwar keine Angaben dazu, mit welchem Ziel die Entscheidung des Gerichts der weiteren Beschwerde herbeigeführt werden soll (vgl. zu diesem Zulässigkeitserfordernis BayObLG FGPrax 1997, 197). Dieses Ziel ergibt sich aber aus dem der Weisung beigelegten Schreiben der Notarkasse vom 3.11.2000. Dies genügt.

2. Die angegriffene Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO) stand. Das Landgericht hat die Kostenrechnung des beteiligten Notars vom 5.7.2000 zu Recht abgeändert. Die weitere Beschwerde ist daher zurückzuweisen.

a) Gegenstand der weiteren Beschwerde ist lediglich die Frage, ob § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO anwendbar und damit der Gebäudewert bei der Bildung des Geschäftswerts nicht zu berücksichtigen ist. Weder die Beschwerde der Beteiligten noch die weitere Beschwerde des Notars enthält darüber hinausgehende Beanstandungen (vgl. BayObLGZ 1969, 20/22).

b) Die Vorschrift des § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO ist, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, nicht nur auf Kaufverträge anwendbar. Sie enthält vielmehr einen allge-

meinen Bewertungsgrundsatz, der auch bei einer unentgeltlichen Grundstücksüberlassung, wie sie hier vorliegt, herangezogen werden kann (BayObLGZ 1969, 20/24; vgl. auch BayObLG JurBüro 1992, 339/340). Danach soll in Fällen, in denen der Erwerber eines zunächst unbebauten Grundstücks dieses in der Zeit zwischen der Beurkundung der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Übertragung und der späteren Eintragung in das Grundbuch, oder sogar schon vor der Beurkundung der schuldrechtlichen Verpflichtung, auf seine Rechnung bebaut oder bebauen lässt, bei der Ermittlung des Grundstückswertes diese Bebauung außer Betracht bleiben, um eine unbillige Gebührenerhöhung zu vermeiden (BayObLG a.a.O.). Die Anwendung dieses Bewertungsgrundsatzes setzt daher stets voraus, dass bereits bei Errichtung des Gebäudes die spätere Veräußerung des Grundstücks an den Erwerber feststeht, die Bebauung also eine vorweggenommene Eigentumsnutzung des Erwerbers darstellt (vgl. BayObLG JurBüro 1992, 339 m.w.N.). Hierfür ist zwar nicht zu verlangen, dass zu diesem Zeitpunkt bereits ein formgültiger, zur Übereignung verpflichtender schuldrechtlicher Vertrag vorliegt. Jedoch kann bei Fehlen einer solchen schuldrechtlichen Verpflichtung von einer feststehenden Veräußerung nur gesprochen werden, wenn eindeutige objektive Anhaltspunkte gegeben sind, die bezogen auf den Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes den sicheren Schluss zulassen zum einen auf die feste Absicht des Veräußerers, das Eigentum an dem Grundstück rechtsgeschäftlich auf den Erwerber zu übertragen (Veräußerungsabsicht), zum anderen auf die feste Absicht des Erwerbers, auf diese Weise das Eigentum zu erlangen (Erwerbsabsicht). Dabei kommt der Veräußerungsabsicht besondere Bedeutung zu, wenn es sich bei dem künftigen Erwerbsvorgang, wie hier, um ein unentgeltliches Rechtsgeschäft handelt.

Liegt zwischen der Errichtung des Gebäudes und der Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auf den Erwerber eine längere Zeitspanne, schließt dies die Anwendung des in § 20 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO zum Ausdruck kommenden Grundsatzes an sich nicht aus. Die Vorschrift mag als typische Gestaltung den Fall im Auge haben, dass die Bebauung unmittelbar vor oder nach Abschluss des Kaufvertrages begonnen wird und das dingliche Übertragungsgeschäft geraume Zeit nachfolgt (vgl. *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 20 Rdnr. 21). Gleichwohl sind ihre Einschränkungen, die die Zeitspanne zwischen Gebäudeerrichtung und der Übertragung des Grundstücks betreffen, nicht zu entnehmen. Auch in der Rechtsprechung finden sich solche Einschränkungen nicht (vgl. KG DNotZ 1940, 131; OLG Neustadt a.d. Weinstraße Rpfleger 1962, 286; OLG Hamm DNotZ 1971, 441 und 1972, 115 sowie Rpfleger 1961, 259; OLG Stuttgart Rpfleger 1964, 131 und BWNNotZ 1956, 239; LG Coburg JurBüro 1977, 710/711; LG Hagen JurBüro 1988, 888). Handelt es sich jedoch um eine längere Zeitspanne, ohne dass bereits eine bindende Verpflichtung zur Übertragung vorliegt, sind an den Nachweis der feststehenden Veräußerungsabsicht hohe Anforderungen zu stellen. Je länger die Zeitspanne ist, desto gewichtiger und überzeugender müssen die Anhaltspunkte sein, aus denen die Veräußerungs- und Erwerbsabsicht im Zeitpunkt der Bebauung hergeleitet werden soll.

c) Das Landgericht hat eine solche Übertragungsabsicht für den Zeitpunkt der Bebauung festgestellt. Es sei 1981 bei Errichtung des Gebäudes zwischen den Beteiligten und den Eltern der Beteiligten zu 2 abgesprochen gewesen, dass die Beteiligten das Grundstück einmal erhalten sollten; es habe damals Einigkeit bestanden, dass die Eltern den betroffenen Grundstücksteil nach Abschluss des laufenden Flurbereinigerungsverfahrens der Beteiligten zu 2 übereignen würden.

Diese Beweiswürdigung ist rechtlich nicht zu beanstanden, da objektive Gesichtspunkte die sichere Übertragungsabsicht hinreichend untermauern. Die Beteiligten haben die Baukosten für das Gebäude getragen. Hierfür haben die Eltern der Beteiligten zu 2 das Grundstück mit einer Hypothek belastet, für die Rückführung des zu Grunde liegenden Darlehens haben die Beteiligten die persönliche Haftung übernommen. Das Gebäude ist den Beteiligten steuerlich zugeschrieben. In der Hypothekenbestellungsurkunde ist ausdrücklich ausgeführt, dass das Grundstück mit dem darauf stehenden Wohnhausneubau nach Abschluss der laufenden Flurbereinigung an die Beteiligten überlassen und übereignet werde. Unter diesen Umständen durfte das Landgericht die Überzeugung gewinnen, im Zeitpunkt der Bebauung des Grundstücks habe sowohl die Erwerbsabsicht der Beteiligten wie auch die Veräußerungsabsicht der Eltern der Beteiligten zu 2 vorgelegen, auch wenn das Grundstück nicht unmittelbar nach Abschluss der Flurbereinigung, sondern erst später auf die Beteiligten übertragen wurde.

(...)

15. GG Art. 103 Abs. 1 KostO §§ 18 Abs. 1, 3, 30 Abs. 1, 156 (*Bestimmung des Geschäftswerts bei Veräußerung einer Kommanditbeteiligung*)

1. **Im Notarkostenbeschwerdeverfahren hat das Landgericht alle als Kostenschuldner in Betracht kommenden Personen am Beschwerdeverfahren zu beteiligen.**
2. **Die Stellungnahme der vorgesetzten Dienstbehörde des Notars gemäß § 156 Abs. 1 Satz 2 KostO ist allen Beteiligten mitzuteilen.**
3. **Wird der Anteil eines Kommanditisten am Gesellschaftsvermögen veräußert, ist bei der Bestimmung des Geschäftswerts vom Aktivvermögen der Gesellschaft auszugehen; hiervon dürfen die Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft nicht abgezogen werden.**

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 13.9.2001 – 3 W 96/01 –, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

Zum Sachverhalt:

Für die Beurkundung der Veräußerung einer Kommanditbeteiligung stellte der Beteiligte zu 2) der Beteiligten zu 1) Gebühren nebst Auslagen und Umsatzsteuer in Höhe von insgesamt 3 187,68 DM in Rechnung. Der veräußerte Kapitalanteil belief sich auf einen Nominalbetrag von 80000,- DM. Dies entsprach 4 % der gesamten Kommanditeinlagen (2 Mio. DM). Die Vertrags- und die Entwurfsgebühr erhob der Beteiligte zu 2) aus einem Geschäftswert von 628 612,- DM. Diesem Wert legte er das Aktivvermögen der Kommanditgesellschaft ohne Abzug der Verbindlichkeiten zugrunde (15 715 304,- DM). Der angesetzte Geschäftswert betrug 4 % dieser Bilanzsumme.

Mit ihrer Erstbeschwerde wandte sich die Beteiligte zu 1) gegen die Höhe des Geschäftswertes. Sie vertrat die Auffassung, bei der Ermittlung des Wertes hätten die Verbindlichkeiten von 10 502 716,03 DM abgezogen werden müssen. Der der Kostenrechnung zugrunde gelegte Geschäftswert entspreche nicht dem tatsächlichen Wert des Geschäfts. Bei der Ermittlung des Wertes seien kaufmännische und wirtschaftliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt worden.

Der Beteiligte zu 2) verwies demgegenüber auf das Schuldenabzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO.

Unter Zurückweisung der weiter gehenden Beschwerde änderte das Landgericht die Kostenrechnung und setzte die Gebühren und Aus-

lagen auf 1 621,68 DM fest; die weitere Beschwerde ließ es zu. Für die Berechnung des Geschäftswerts sei auf eine Gesamtbewertung des Kommanditanteils, also auf dessen Wert unter Abzug der Verbindlichkeiten abzustellen. Es handle sich bei diesen Verbindlichkeiten nicht um Belastungen, die auf dem übertragenen Anteil lasten, sondern dieser bestimme sich seinem Inhalt nach aus dem Saldo von Aktivvermögen und Verbindlichkeiten. Das Landgericht ging sodann „von dem im Kaufpreis“ – hier: 275 000,- DM – „zum Ausdruck gekommenen Wert des Gegenstandes“ aus und setzte die Kostenrechnung entsprechend herab. Gegen diese landgerichtliche Entscheidung wendet sich der Beteiligte zu 2) mit seiner weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist infolge ihrer Zulassung durch das Landgericht statthaft (§ 156 Abs. 2 Satz 2 KostO). Sie ist form- und fristgerecht eingelegt (§ 156 Abs. 4 Satz 1, Abs. 2. Satz 1 KostO) und auch im Übrigen verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden.

In der Sache führt das Rechtsmittel zum Erfolg. Der angefochtene Beschluss beruht auf einer Verletzung des Gesetzes, soweit das Landgericht der Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) stattgegeben hat (§§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, 550 ZPO).

1. Bereits das Verfahren des Landgerichts ist nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Allerdings hat sich das Landgericht mit Recht darauf beschränkt, die Kostenberechnung (nur) insoweit zu überprüfen, als diese, mit der Beschwerde beanstandet worden ist. Denn der Gegenstand der Entscheidung in einem Verfahren nach § 156 KostO wird durch die Beanstandung des (Erst-)Beschwerdeführers bestimmt (Senat, FGPrax 2000, 43; BayObLGZ 1985, 72, 77; 1987, 186, 190; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* nachfolgend *Korintenberg* –, KostO 14. Aufl., § 156 Rdnr. 58). Die Erstbeschwerde hat lediglich gerügt, dass der Berechnung des Geschäftswerts ausschließlich das Aktivvermögen der von der Änderung der Kapitalanteile betroffenen Kommanditgesellschaft, der F. V. GmbH & Co., zugrunde gelegt worden ist; allerdings hat sie damit – neben der Höhe der Vertragsgebühr – sinngemäß auch die Höhe der Entwurfsgebühr beanstandet.

b) Das Landgericht hat entgegen § 156 Abs. 1 Satz 2 KostO – einer Mussvorschrift (OLG Oldenburg JurBüro 1997, 376, 377; *Korintenberg* a.a.O. § 156 Rdnr. 51; *Rohs/Wedewer*, KostO § 156 Rdnr. 33) – die Beteiligte zu 3), die Verkäuferin des Kommanditanteils, am Erstbeschwerdeverfahren nicht beteiligt und damit gegen den Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verstoßen. Insoweit bedarf es hier nicht der Entscheidung, ob das Rechtsbeschwerdegericht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs auch dann berücksichtigen darf, wenn der davon betroffene Beteiligte keine weitere Beschwerde eingelegt hat (bejahend für den auch hier gegebenen Fall der Nichtbeteiligung des Veräußerers einer Kommanditbeteiligung im Erstbeschwerdeverfahren BayObLG JurBüro 1990, 896, 897; vgl. aber OLG Celle NJW 1965, 921; OLG Hamm, OLGZ 1973, 161, 162; *Keidel/Kayser*, FG 14. Aufl., § 12 Rdnr. 153). Denn jedenfalls ist das Übergehen der Beteiligten zu 3) vom Gericht der weiteren Beschwerde unter dem Gesichtspunkt der Amtsaufklärungspflicht (§ 12 FGG) zu beachten (vgl. OLG Celle und Hamm, jew. a.a.O.).

Entscheidungen im Notarkostenbeschwerdeverfahren nach § 156 KostO über Grund und Höhe der Kosten wirken ebenso wie solche im Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren über den Kostenansatz gemäß § 14 KostO nach herrschender Meinung ihrer Natur nach für und gegen alle Kostenschuldner. Die Entscheidung darüber, ob ein Geschäft gebührenpflichtig ist und wie hoch die Gebühren sind, kann für alle Kostenschuldner nur einheitlich getroffen werden. Daraus folgt auch, dass alle als Kostenschuldner in Betracht kommenden Personen am Beschwerdeverfahren zu beteiligen sind (vgl. hierzu BayObLG a.a.O. sowie JurBüro 1980, 1378, 1379; *Rohs/Wedewer* a.a.O. § 156 Rdnr. 35 a, § 14 Rdnr. 17; *Korintenberg* a.a.O. § 156 Rdnr. 52, 95).

Im gegebenen Fall war die Beteiligte zu 3) – nach der Genehmigung der notariell beurkundeten Erklärung, die zwei Vertreter ohne Vertretungsmacht für sie abgegeben hatten (vgl. KG OLGR 1996, 71; OLG Düsseldorf KostRspr. § 2 KostO Nr. 75; OLG Köln JurBüro 1976,

1681 f.) ebenso wie die Beteiligte zu 1) Kostenschuldnerin nach den §§ 2 Nr. 1, 141 KostO; denn bei der beurkundeten Veräußerung einer Kommanditbeteiligung handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, das Willenserklärungen mehrerer erfordert und für das eine einheitliche Gebühr vorgesehen ist (vgl. § 36 Abs. 2 KostO und BayObLG JurBüro 1990, 896, 897; *Korintenberg* a.a.O. § 2 Rdnr. 36). Die Übernahme der Beurkundungskosten durch die Beteiligte zu 1) in Nr. 7 der notariellen Urkunde vom 25.5.2000 hat nicht zur Folge gehabt, dass der sonst Verpflichtete von seiner Zahlungspflicht befreit wird (BayObLGZ 1973, 298, 301; *Rohs/Wedewer* a.a.O. § 3 Rdnr. 14). Insofern kommt es auf die Streitfrage, ob der Auftrag zur Beurkundung eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts von einem Vertragspartner allein erteilt werden kann (so KG DNotZ 1975, 755 = KostRspr. § 2 KostO Nr. 25 mit abl. Anm. *Lappe*; *Korintenberg* a.a.O. § 2 Rdnr. 36), nicht an; denn um die Beurkundung des Veräußerungsvertrages haben hier beide Vertragsparteien nachgesucht.

Nach Lage des Falles kann der Senat jedoch ausnahmsweise ausschließen, dass die Entscheidung des Landgerichts auf der Verletzung des Gesetzes beruht. Das Beruhen ist in der hier gegebenen Fallgestaltung zu prüfen (BayObLG JurBüro 1990, 896, 897; OLG Celle und Oldenburg, jew. a.a.O.; wohl auch KG DNotZ 1936, 901, 902; vgl. aber BayObLG NJW-RR 1990, 660, 661; 1991, 849, 850 zum Verfahren nach §§ 43 ff. WEG; *Keidel/Kahl* a.a.O. § 27 Rdnr. 40; s. auch BVerfG NJW-RR 2001, 860). Der für die Entscheidung der streitigen Rechtsfrage erhebliche Sachverhalt ergibt sich aus der notariellen Urkunde, der Bilanz der Kommanditgesellschaft und der beanstandeten Kostenrechnung; hierzu haben die am Erstbeschwerdeverfahren Beteiligten umfassend Stellung genommen. Es ist darüber hinaus nicht ersichtlich, dass die im Innenverhältnis zur Beteiligten zu 1) von der Kostentragung freigestellte Beteiligte zu 3) noch weitere erhebliche Gesichtspunkte hätte vortragen können.

Solches hat auch ihre vom Senat veranlasste Anhörung nicht ergeben (vgl. *Keidel/Kayser* a.a.O. § 12 Rdnr. 152).

c) Das Landgericht hat den übrigen Verfahrensbeteiligten die gemäß § 156 Abs. 1 Satz 2 KostO eingeholte Stellungnahme des Beteiligten zu 4) nicht zur Kenntnis gegeben. Dies ist rechtsfehlerhaft. Die eine sachliche Äußerung enthaltende Stellungnahme der Dienstaufsichtsbehörde muss zur Wahrung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) nach nunmehr wohl einhelliger Ansicht, der der Senat folgt, allen Beteiligten bekannt gegeben werden (BVerfGE 20, 276, 279; OLG Köln bei *Alff* Rpfleger 1963, 361, 363; OLG Stuttgart Justiz 1965, 276 LS; KG OLGZ 1966, 90, 95 ff.; *Zimmermann* JZ 1972, 256; *E. Schneider*, Die Notarkosten-Beschwerde S. 53 f.; DNotZ 1965, 84 ff.; MDR 1967, 729, 730; *Korintenberg* a.a.O. § 156 Rdnr. 53; *Rohs/Wedewer* a.a.O. § 156 Rdnr. 36; a.A. OLG Hamm Rpfleger 1952, 498). Der Verfahrensmangel kann hier im Verfahren der weiteren Beschwerde nicht geheilt werden. Denn insoweit ist nur das versäumte Gehör zu Rechtsfragen nachholbar, nicht hingegen das Gehör im Bereich des Tatsächlichen (BayObLGZ 1958, 74, 75 f.; 1980, 23, 25; KG a.a.O. S. 98; *Jansen*, FG 2. Aufl. § 12 Rdnr. 104; *Keidel/Kayser* a.a.O. § 12 Rdnr. 151). Das Landgericht hat jedoch die tatsächliche Annahme des Beteiligten zu 4), der Kaufpreis von 275 000,- DM stelle ein realistisches Bild des tatsächlichen Wertes des Kommanditanteils dar, übernommen; hierauf hatte sich die Beteiligte zu 1) in ihrer Erstbeschwerde nicht ausdrücklich berufen.

Einer Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht bedarf es jedoch nicht; der Senat schließt nämlich auch insoweit aus, dass die Entscheidung des Landgerichts auf dem genannten Verfahrensmangel beruht. Im Blick auf die hier gegebene Sachlage (vgl. oben Buchst. b) a. E.) kann nicht angenommen werden, dass die vom Landgericht am Erstbeschwerdeverfahren Beteiligten sowie die Beteiligte zu 3) im Falle einer Übermittlung der Stellungnahme des Beteiligten zu 4) weiter gehende entscheidungserhebliche Ausführungen gemacht hätten. Das gilt insbesondere für die Erstbeschwerdeführerin: Die Beteiligte zu 1) ist nämlich der weiteren Beschwerde des Beteiligten zu 2) entgegengetreten und hat sich zur Begründung ausdrücklich auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses berufen. Daraus folgt, dass sie mit der Berechnung des Geschäftswertes nach dem Kaufpreis einverstanden ist. Der Senat ist davon überzeugt, dass die Beteiligte zu 1) auch gegenüber dem Landgericht nichts anderes vorgetragen hätte. In einem Fall wie dem hier gegebenen kann das Rechtsbeschwerdegericht das Beruhen der angefochtenen Entscheidung auf dem Verfahrensverstoß verneinen (vgl. *Keidel/Kayser* a.a.O. § 12 Rdnr. 152 m.w.N.).

2. Der Beschluss des Landgerichts ist aber deshalb im Umfang der Anfechtung aufzuheben, weil er insoweit in der Sache keinen Bestand behalten kann. Da es keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen mehr bedarf, ist der Senat imstande, in der Sache abschließend zu entscheiden (vgl. *Rohs/Wedewer* a.a.O. § 156 Rdnr. 72; *Korintenberg* a.a.O. § 156 Rdnr. 90). Dies führt dazu, dass die Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) auch insoweit zurückzuweisen ist, als das Landgericht ihr stattgegeben hat, und es somit bei der Kostenrechnung vom 6.7.2000 verbleibt.

a) Die Entscheidung hängt davon ab, wie der Wert eines – hier teilweise veräußerten – Anteils an einer Kommanditgesellschaft zu bestimmen ist; denn die Gebühren werden gemäß § 18 Abs. 1 KostO nach dem Wert berechnet, den der Gegenstand des Geschäfts zurzeit der Fälligkeit hat (Geschäftswert). Vereinzelt wird vertreten, dass für die (anteilige) Wertbestimmung die Gesellschaftsverbindlichkeiten vom Aktivvermögen der Gesellschaft abzuziehen sind (*Lappe* KostRspr. § 30 KostO Nr. 77 [Anm. zu BayObLG JurBüro 1990, 896]; wohl auch *Mümmeler* JurBüro 1990, 1580; s. ferner *Göttlich/Mümmeler*, KostO 14. Aufl. S. 611 [die Zitate des BayObLG zur Wertermittlung „aus Verkäufen“ betreffen GmbH-Anteile]). Nach ganz überwiegender Auffassung ist hingegen (allein) auf den Anteil am Aktivvermögen der Gesellschaft abzustellen; Gesellschaftsverbindlichkeiten sind dabei außer Betracht zu lassen (BayObLGZ 1954 171, 177 f.; 1956, 225, 227; BayObLG MittBayNot 1983, 31, 33; JurBüro 1990, 896, 897; OLG Braunschweig bei *Lindemann* Rpfleger 1964, 65, 67; OLG Celle DNotZ 1969, 631, 632; LG Würzburg JurBüro 1976, 502; LG München I MittBayNot 1998, 277 f. [Satz 1 des Leitsatzes der Schriftleitung steht im Widerspruch zu den Gründen des Beschlusses]; LG Kleve JurBüro 2001, 37 f.; *Ackermann* JVB 1966, 53, 55; *Korintenberg* a.a.O. § 18 Rdnrn. 11, 27, § 39 Rdnr. 13; *Rohs/Wedewer* a.a.O. § 18 Rdnr. 9, § 27 Rdnr. 15, § 30 Rdnr. 20; *Bauer/Klinger/Tiedtke*, Streifzug durch die Kostenordnung 4. Aufl. Rdnr. 490; zur Amtsermittlungspflicht vgl. BayObLG JurBüro 1990, 896, 898).

Das Landgericht ist unter Berufung auf die Verkehrsanschauung von der Mindermeinung ausgegangen, hat sodann aber nicht den (geringeren) Saldo, sondern den (höheren) Kaufpreis der veräußerten Kommanditbeteiligung zugrunde gelegt und die auf den Saldo gestützte weiter gehende Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) insoweit zurückgewiesen. Der Senat folgt jedoch der überzeugend begründeten herrschenden Meinung und bestimmt den Geschäftswert nach dem – den Kaufpreis übersteigenden (§ 39 Abs. 2 KostO) – anteiligen Wert des Aktivvermögens der Kommanditgesellschaft ohne Schuldenabzug: Der Wert des Anteils eines Kommanditisten an der Gesellschaft ist gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen, da er sich nicht aus den Vorschriften der Kostenordnung ergibt und auch sonst nicht feststeht, insbesondere nicht dem Nominalwert des Kommanditanteils entspricht. Auszugehen ist dabei zunächst vom Wert des Gesellschaftsvermögens insgesamt, aus dem sich dann der Wert des Kommanditanteils ergibt. Bei der Wertbestimmung ist nur das Aktivvermögen der Gesellschaft in Rechnung zu setzen; die Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind außer Betracht zu lassen. Das Vermögen der Kommanditgesellschaft ist Gesamthandsvermögen der Gesellschafter. Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft lasten auf diesem Gesamthandsvermögen. Da jeder Gesellschafter unmittelbaren Anteil am Gesamthandsvermögen hat, lasten die Gesellschaftsverbindlichkeiten unmittelbar auch auf seinem Anteil. § 18 Abs. 3 KostO aber schreibt vor, dass Verbindlichkeiten, die auf dem Gegenstand des Geschäfts (hier dem Anteil des Kommandi-

tisten am Gesamthandsvermögen) lasten, bei der Ermittlung des Geschäftswerts nicht abgezogen werden dürfen. Bei der Bestimmung des Geschäftswerts kann somit der Kaufpreis für den Kommanditanteil nicht von vornherein als der entscheidende Anhaltspunkt angesehen werden, weil in ihm die Gesellschaftsverbindlichkeiten wertmindernd berücksichtigt sein können. Es ist vielmehr der Wert des Aktivvermögens der Kommanditgesellschaft im Zeitpunkt des Kaufs des Kommanditanteils entscheidend (vgl. BayObLG JurBüro 1990, 896, 897 f.; *Bäuer/Klinger/Tiedtke* a.a.O. Rdnr. 491; *Rohs/Wedewer* a.a.O.; *Korintenberg* a.a.O. § 18 Rdnr. 11, jew. auch zu im gegebenen Fall nicht erheblichen Einschränkungen).

Der Beteiligten zu 1) ist zwar einzuräumen, dass hiernach der kostenrechtliche Wert und der Wert des bürgerlichen Rechtsverkehrs oft weit auseinanderliegen können. Die Regelung des § 18 Abs. 3 KostO lässt aber eine Auslegung, nach der sie nicht gelten soll, wenn es sich bei dem Gegenstand des Geschäfts um das Vermögen einer Personengesellschaft handelt, nicht zu. In § 18 Abs. 3 Halbs. 2 KostO ist ausdrücklich klar gestellt, dass das Verbot des Abzugs von Verbindlichkeiten auch dann gilt, wenn Gegenstand des Geschäfts ein Nachlass oder – wie hier – eine sonstige Vermögensmasse ist. Wenn das Gesetz eine vom Schuldenabzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO abweichende Wertbestimmung anstrebt, normiert es ausdrücklich ein Schuldenabzugsgebot (wie z. B. in §§ 39 Abs. 3 Satz 1 und 2, 46 Abs. 4, 49 Abs. 2, 107 Abs. 2 Satz 1, 112 Abs. 2 Satz 1 KostO).

Die Bestimmung des § 18 Abs. 3 KostO verstößt nicht gegen das Gebot einer verfassungsmäßigen Kostenerhebung, insbesondere – entgegen dem Vorbringen der Beteiligten zu 1) in ihrer Erstbeschwerde – nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG (BayObLG FGPrax 1997, 114; 1999, 158, 159; *Korintenberg* a.a.O.; vgl. auch BVerfG Rpfleger 1997, 320 zu § 107 Abs. 2 Satz 3 KostO). Die Regelung enthält vielmehr einen von jeher geltenden allgemeinen Grundsatz des Kosten- und Steuerrechts (vgl. die Nachweise bei BayObLG FGPrax 1997, 114) und kann nicht als willkürlich angesehen werden. Für diese Regelung lassen sich vielmehr sachliche Gründe anführen. So ermöglicht sie z. B. eine Gebührenberechnung auch für Geschäfte, deren Gegenstand überschuldet ist. Sie ist ferner geeignet, das Kostenrecht übersichtlich und seine Handhabung möglichst einfach zu gestalten. Die hierzu getroffene Regelung des § 18 Abs. 3 KostO hält sich im Rahmen des dem Gebührengesetzgeber eingeräumten weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums (vgl. BVerfGE 50, 217, 226 f.). Der Geschäftswert dient als Grundlage für die Gebührenberechnung. Als Gebührenwert muss er dem Wert des bürgerlichen Rechtsverkehrs nicht entsprechen (BayObLG JurBüro 1980, 1060, 1061; *Korintenberg* a.a.O. vor § 18 Rdnr. 3). Gegen die Anwendung des § 18 Abs. 3 KostO kann deshalb nicht mit Erfolg eingewendet werden, sie führe zu einer für den Rechtsverkehr nicht vertretbaren Bewertung des Vermögens. Für die Beurteilung der Angemessenheit der Kostenerhebung kommt es nicht allein auf den Geschäftswert, sondern auf die Gebühr, also auf das Zusammenwirken von Wert, Gebührensatz und Tabelle an.

b) Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich, dass die Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) auch insoweit unbegründet ist, als das Landgericht ihr stattgegeben hat. Der Beteiligte zu 2) hat nämlich den Geschäftswert für die veräußerte Kommanditbeteiligung – soweit der Senat dies zu überprüfen hat (vgl. Ziff. II. 1 a) – rechtsfehlerfrei nach dem anteiligen Wert des Aktivvermögens der Kommanditgesellschaft ohne Schuldenabzug bestimmt und seiner Kostenrechnung (...) zugrunde gelegt. Die hiergegen gerichtete

Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) ist daher unbegründet; sie hätte vom Landgericht in vollem Umfang und nicht nur teilweise zurückgewiesen werden müssen.

Hinsichtlich der Nebenentscheidungen ist auszuführen: (*wird ausgeführt*).

Steuerrecht

16. GG Art. 3 Abs. 1, Art. 100 Abs. 1 Satz 1, ErbStG i.d.F. des JStG 1997 § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Sätze 1 und 2, § 10 Abs. 6, § 11, § 12, § 13 Abs. 3 Satz 2, § 13a, § 19 Abs. 1, § 19a BewG i.d.F. des JStG 1997 § 9, § 10, § 11 Abs. 1 und 2, §§ 12 bis 16, § 97, § 109, §§ 140 ff., § 145 Abs. 3, § 146 Abs. 2 ff. EStG § 15 Abs. 3 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Nr. 1, § 32c KStG § 23, BGB §§ 873, 1922 (*Verfassungswidrigkeit der erbschaftsteuerlichen Privilegierung von Grundbesitz, Betriebsvermögen und land- und forstwirtschaftlichem Vermögen*)

Das BMF wird aufgefordert, dem Verfahren beizutreten. Im Streitfall geht es u.a. um die Frage, ob die Vorschrift des § 19 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 10 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ErbStG, § 12 ErbStG i.d.F. des JStG 1997 in Verbindung mit den in dieser Vorschrift in Bezug genommenen Vorschriften des BewG i.d.F. des JStG 1997 sowie §§ 13a, 19a ErbStG i.d.F. des JStG 1997 wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) insofern verfassungswidrig ist, als

- § 19 Abs. 1 ErbStG die Anwendung eines einheitlichen Steuertarifs auf alle Erwerbsvorgänge vorsieht, obwohl Betriebsvermögen, (bebauter) Grundbesitz, land- und forstwirtschaftliches Vermögen und nicht notierte Anteile an Kapitalgesellschaften nur mit einem (z.T. geringen) Teil ihrer Verkehrswerte in die Bemessungsgrundlage eingehen und übriges Vermögen mit dem gemeinen Wert (§ 9 BewG) oder diesem vergleichbaren Werten (vgl. §§ 10 bis 16 BewG) anzusetzen ist,
- das Gesetz den ungekürzten Abzug der mit dem unterbewerteten Vermögen zusammenhängenden Schulden zulässt,
- die in der Unterbewertung liegende Privilegierung keinem Nachversteuerungsvorbehalt unterliegt,
- die der Begünstigung von „Betriebsvermögen“ dienenden §§ 13a und 19a ErbStG es zulassen, auch „Privat“-Vermögen durch einfache Rechtsformwahl (gewerblich geprägte Personengesellschaft; Kapitalgesellschaft) in den Begünstigungsbereich dieser Vorschriften zu bringen.

BFH, Beschluss vom 24.10.2001 – II R 61/99 –, mitgeteilt von Notarassessor Dr. Eckhard Wälzholz, Rosenheim

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist Alleinerbin der im Juli 1997 verstorbenen Erblasserin (E). E hatte 1994 eine Eigentumswohnung gekauft. Der Kaufpreis war bis Ende 1996 vollständig gezahlt. Die Auflassung wurde im Juni 1997 erklärt, im August 1997 wurde die Rechtsänderung im Grundbuch eingetragen. Zum Nachlass der E gehörten auch ein Bankguthaben sowie ein Steuererstattungsanspruch.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) setzte gegen die Klägerin wegen des Erwerbs durch Erbanfall (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, § 1922 BGB) Erbschaftsteuer fest. Dabei sah das FA nicht die Eigentumswohnung, sondern den auf Verschaffung des

Wohnungseigentums gerichteten Anspruch als Bestandteil des Nachlasses an. Diesen Anspruch setzte es mit dem Kaufpreis als gemeinen Wert an. Die im Nachlass befindlichen Forderungen erfasste das FA mit dem Nominalwert. Den Einspruch, mit dem die Klägerin beantragte, als Wert der Eigentumswohnung nicht den Kaufpreis, sondern den vom Lage-Finanzamt durch Bescheid vom Mai 1998 festgestellten Grundstückswert (Bedarfwert gemäß § 138 Abs. 5 BewG) in Höhe von rund 40 % des Kaufpreises der Besteuerung zugrunde zu legen, weil das Wohnungseigentum noch vor dem Tod der E an diese aufgelassen worden sei, wies das FA als unbegründet zurück.

Das FG, dessen Urteil in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2000, 1019 veröffentlicht ist, setzte die Erbschaftsteuer antragsgemäß herab, weil Gegenstand des Erwerbs der Klägerin das der E zustehende Anwartschaftsrecht auf die Wohnung sei, das mit dem Bedarfwert zu bewerten sei.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung der § 3 Abs. 1 Nr. 1, §§ 10, 12 ErbStG i.V.m. den §§ 873, 1922 BGB und den §§ 9, 138 ff. BewG.

Das FA beantragt, das Urteil des FG Baden-Württemberg vom 10.5.1999 – 9 K 317/98 – aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

(...)

In dem Revisionsverfahren ist in erbschaftsteuerrechtlicher Hinsicht darüber zu entscheiden, was hinsichtlich der von E vor ihrem Tode angeschafften Eigentumswohnung als Gegenstand des Erwerbs der Klägerin durch Erbanfall anzusehen und wie dieser zu bewerten ist. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die Vorschriften des ErbStG und BewG, insbesondere die Tarifvorschrift des § 19 Abs. 1 ErbStG i.d.F. des Jahressteuergesetzes 1997 (JStG 1997) vom 20.12.1996 (BGBl I 1996, 2049), einer am Gleichheitssatz des Art. 3 GG orientierten verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten.

1. Der Erwerb durch Erbanfall (§ 1922 BGB) gilt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG als Erwerb von Todes wegen. Die Steuer entsteht bei Erwerben von Todes wegen mit dem Tod des Erblassers (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Dieser Zeitpunkt ist nach § 11 ErbStG zugleich für die Wertermittlung maßgeblich. Aus diesen Regelungen ergibt sich, dass es für die Frage, was bei einem Erwerb durch Erbanfall als Bereicherung des Erwerbers und damit als steuerpflichtiger Erwerb gilt (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG) und wie dieser Erwerb zu bewerten ist, darauf ankommt, was zum Vermögen des Erblassers gehörte; denn der Erbe wird mit dem Erbanfall Inhaber des Vermögens des Erblassers mit demselben rechtlichen Inhalt und demselben Entwicklungsstand, wie er beim Erbfall gegeben war (vgl. Urteile des BFH vom 28.6.1995 – II R 89/92 –, BFHE 178, 214, BStBl II 1995, 786, und vom 10.7.1996 – II R 32/94 –, BFH/NV 1997, 28).

E war im Zeitpunkt ihres Todes noch nicht Eigentümerin der Wohnung, sondern Inhaberin eines auf Übereignung der Wohnung gerichteten kaufvertraglichen Verschaffungsanspruchs. Derartige auf Übereignung von Grundbesitz gerichtete Sachleistungsansprüche sind gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 9 Abs. 1 BewG mit dem gemeinen Wert zu bewerten und nicht nach § 12 Abs. 3 ErbStG mit den für den Grundbesitz geltenden Steuerwerten gemäß §§ 138 ff. BewG (vgl. BFH-Urteile vom 6.12.1989 – II R 103/86 –, BFHE 159, 542, BStBl II 1990, 434, und vom 15.10.1997 – II R 68/95 –, BFHE 183, 248, BStBl II 1997, 820; s. auch R 92 Abs. 1 ErbStR).

2. a) Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der anzuwendenden Rechtsnormen stellt sich im Streitfall die Frage, ob die Vorschrift des § 19 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 10 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ErbStG, § 12 ErbStG i.V.m. den in dieser Vorschrift in Bezug genommenen Vorschriften des BewG i.d.F. des JStG 1997 sowie §§ 13a, 19a ErbStG i.d.F. des JStG 1997

wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) insofern verfassungswidrig ist, als § 19 Abs. 1 ErbStG die Anwendung eines einheitlichen Steuertarifs auf alle Erwerbsvorgänge vorsieht, obwohl Betriebsvermögen, (bebauter) Grundbesitz, land- und forstwirtschaftliches Vermögen und nicht notierte Anteile an Kapitalgesellschaften infolge unvollständiger Erfassung, einer unter den Verkehrswerten liegenden Bewertung und besonderer Vergünstigungen (Freibeträge und Bewertungsabschläge) in die nach den o.g. Vorschriften zu ermittelnde Bemessungsgrundlage nur mit einem (z.T. geringen) Teil ihrer Verkehrswerte eingehen und das übrige Vermögen mit dem Verkehrswert (§ 9 BewG) oder diesem vergleichbaren Werten (vgl. §§ 10 bis 16 BewG) anzusetzen ist.

aa) Nichtnotierte Anteile an Kapitalgesellschaften sind nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BewG mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Dieser kann jedoch für den Bereich der Erbschaftsteuer als Folge der Anordnung des Gesetzgebers, bei der Ermittlung des Vermögenswerts nicht (mehr) die tatsächlichen Werte (Teilwerte) der einzelnen zum Betriebsvermögen gehörenden Wirtschaftsgüter, sondern Steuerbilanzwerte bzw. ertragsteuerliche Werte anzusetzen (§ 12 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 5 Satz 2 ErbStG und die dortige Verweisung insbesondere auf § 109 BewG), nicht erreicht werden. Die Übernahme der Steuerbilanzwerte führte zu einem Absinken des Bewertungsniveaus um etwa ein Drittel (vgl. hierzu: *Hübner*, DStR 1993, 1656 f.; *Christoffel*, GmbHR 1993, 205 f.; *Moench* in *Moench/Glier/Knobel/Viskorf*, Bewertungsgesetz/Vermögenssteuergesetz, Kommentar, 3. Aufl. 1995, § 11 BewG Rdnr. 36; *Moench*, Erbschaft- und Schenkungsteuer, Kommentar, 31. Aktualisierung Dezember 2000, § 12 Rdnr. 27 f.). *Moench* (a.a.O., § 13a Rdnr. 5) geht deshalb von einer durchschnittlichen Erfassungsquote von nur rd. 65 v.H. des Verkehrswerts aus. Demgegenüber werden börsennotierte Anteile mit dem Kurswert (§ 11 Abs. 1 BewG) bzw. Anteile, deren Wert aus stichtagsnahen Verkäufen abgeleitet werden kann, mit dem abgeleiteten Wert, der dem Verkehrswertniveau entspricht, bewertet (§ 11 Abs. 2 Satz 2 BewG).

bb) Grundbesitz ist nach § 12 Abs. 3 ErbStG i.d.F. des JStG 1997 mit dem Grundbesitzwert anzusetzen, der nach dem Vierten Abschnitt des Zweiten Teils des Bewertungsgesetzes auf den Zeitpunkt der Entstehung der Steuer festgestellt wird. Während unbebaute Grundstücke mit 80 v.H. der aus tatsächlichen Verkaufspreisen abgeleiteten Bodenrichtwerten angesetzt werden (§ 145 Abs. 3 BewG i.d.F. des JStG 1997), erreichen nach einer Kaufpreisuntersuchung der Finanzverwaltung aus dem Jahre 1998 die auf der Grundlage des Ertragswertverfahrens nach § 146 Abs. 2 ff. BewG i.d.F. des JStG 1997 ermittelten Werte für bebaute Grundstücke im Durchschnitt nur etwa die Hälfte des Verkehrswertniveaus (vgl. *Moench*, a.a.O., § 12 Rdnr. 7a; hierzu auch *Thiel*, DB 1997, 64, 66; *Wolf*, DStR 1997, 349, 351). Die Einzelergebnisse der Untersuchung zeigen eine erhebliche Streubreite von teilweise weniger als 20 v.H. bis 120 v.H. und mehr des Verkehrswerts (vgl. die Aufstellung bei *Moench*, a.a.O., § 12 Rdnr. 7a).

Der Grund hierfür liegt hauptsächlich in der Anwendung des einheitlichen Vervielfältigers (12,5 v.H.) auf alle Bewertungsfälle, der den tatsächlichen unterschiedlichen Verhältnissen (Nutzung, Ausstattung und Lage) nicht gerecht wird (vgl. hierzu: *Grotlüschen* in *Simon/Cors/Troll*, Handbuch der Grundstückswertermittlung, 4. Aufl. 1997, J.4.2.4 Rdnr. 25; *Weinmann*, ZEV 1997, 41, 47). Das niedrige Bewertungsniveau führt in Gebieten mit hohen Grundstückspreisen häufig (teilweise flächendeckend) dazu, dass der Wertansatz für die Gebäude in der Mindestbewertung nach § 146 Abs. 6

BewG untergeht, weil der nach dem vorgeschriebenen Ertragswertverfahren ermittelte Wert nicht einmal 80 v.H. des Bodenrichtwerts, d.h. des Werts für das unbebaute Grundstück erreicht (vgl. hierzu *Wolf*, DStR 1997, 349, 350; *Sproß*, Die Innenstädte – steuerlich unbebaute Grundstücke, DStZ 1997, 525, 528; *Knobel* in *Viskorf/Glier/Knobel*, a.a.O., vor § 138 ff. ErbStG Rdnr. 28). *Seer* (StuW 1997, 283, 290) fasst seine Kritik an dem Bewertungsverfahren wie folgt zusammen: „Mit einer sach- und realitätsgerechten Typisierung der Grundstückswerte hat dies schlichtweg nichts mehr zu tun. Es handelt sich vielmehr um einen gleichheitswidrigen Akt legislativer Willkür“ (vgl. hierzu auch *Bareis*, DB 1996, 1153, 1157 f.).

cc) Die Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens wurde durch die §§ 140 ff. BewG i.d.F. des Art. 1 Nr. 36 des JStG 1997 neu geregelt. Die schon im zeitlichen Anwendungsbereich der Einheitswerte auf den 1.1.1964 bestehende extreme Unterbewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens (durchschnittliche Werterfassung rd. 5 v.H. des Verkehrswerts; vgl. hierzu *Moench*, a.a.O., § 13a Rdnr. 30) besteht auch nach der gesetzlichen Neuregelung des Bewertungsverfahrens unverändert fort. Dieses erreicht im Durchschnitt nur rd. 10 v.H. der Verkehrswerte (*Moench*, a.a.O.).

Zusätzlich hat der Gesetzgeber durch das JStG 1997 rückwirkend auf den 1.1.1996 beim Erwerb von Betrieben der Land- und Forstwirtschaft weitere Vergünstigungen neu eingeführt, nämlich einen Freibetrag von 500 000 DM (§ 13a Abs. 1 ErbStG i.d.F. des Art. 2 Nr. 5 des JStG 1997), einen Bewertungsabschlag von 40 v.H. (§ 13a Abs. 2 ErbStG i.d.F. des Art. 2 Nr. 5 des JStG 1997) und eine Tarifbegrenzung (§ 19a ErbStG i.d.F. des Art. 2 Nr. 11 des JStG 1997).

Die Vergünstigungen bewirken in ihrer Kumulation, dass der Erwerb von land- und forstwirtschaftlichem Vermögen im Allgemeinen keine Steuer mehr auslöst (vgl. *Moench*, a.a.O.) und der Anteil am Steueraufkommen aus dem Erwerb land- und forstwirtschaftlichen Vermögens von zuvor 0,4 v.H. nach der Neuregelung gegen null geht (vgl. *Moench*, a.a.O., Einführung Rdnr. 31; § 13a Rdnr. 30).

dd) Die Bewertung des Betriebsvermögens für erbschaftsteuerrechtliche Zwecke war bis zum 31.12.1992 geprägt vom Ansatz der Einzelwirtschaftsgüter mit ihrem jeweiligen Teilwert (§ 10 BewG) bzw. dem Ansatz der Betriebsgrundstücke mit den Einheitswerten auf den 1.1.1964. Immaterielle Wirtschaftsgüter wie auch Ertragsaussichten blieben (mit wenigen Ausnahmen) unberücksichtigt. Dieses vorsichtige Bewertungsverfahren führte im Durchschnitt zu einer Erfassung der reinen Sachwerte des Betriebsvermögens in Höhe von etwa $\frac{2}{3}$ ihres Verkehrswerts (vgl. *Meincke*, DStR 1996, 1305, 1309; *Moench*, a.a.O., § 13a Rdnr. 5).

Das Steueränderungsgesetz 1992 (StÄndG 1992) vom 25. Februar 1992 (BGBl I 1992, 297, BStBl I 1992, 146) ordnete ab 1.1.1993 die weitgehende Übernahme der Steuerbilanzwerte bei der Bewertung des Betriebsvermögens auch für erbschaft- und schenkungsteuerrechtliche Zwecke an (§ 12 Abs. 5 ErbStG i.V.m. § 95 ff., § 109 Abs. 1 und 2 BewG). Diese Maßnahme des Gesetzgebers führte zu einem durchschnittlich um ein weiteres Drittel niedrigeren Wertansatz für Betriebsvermögen (vgl. *Meincke*, DStR 1996, 1305, 1309; *Moench*, a.a.O., § 13a Rdnr. 5; *Hübner*, DStR 1993, 1656, 1657; *Christoffel*, GmbHR 1993, 205, 206). Ab dem 1.1.1996 beträgt das Wertniveau für Betriebsvermögen wegen der erhöhten Grundbesitzwerte für Betriebsgrundstücke durchschnittlich ca. 58 v.H. des Werts der zum Betriebsvermögen gehörenden Sachwerte (vgl. *Moench*, a.a.O., § 13a Rdnr. 5).

Mit Wirkung ab 1.1.1994 führte der Gesetzgeber für den Erwerb von Betriebsvermögen zusätzlich noch einen Freibetrag von 500 000 DM ein (vgl. § 13 Abs. 2a ErbStG i.d.F. des Art. 13 Nr. 2 des Standortsicherungsgesetzes – StandOG – vom 13.9.1993, BGBl I 1993, 1569, BStBl I 1993, 774).

Mit dem JStG 1997 wurde rückwirkend auf den 1. Januar 1996 (vgl. § 37 Abs. 1 ErbStG i.d.F. des Art. 2 Nr. 14 des JStG 1997) die Begünstigungsregelung für Betriebsvermögen in § 13a ErbStG neu gefasst und um einen Bewertungsabschlag von 40 v.H. erweitert (vgl. Art. 2 Nr. 5 JStG 1997).

In ihrer Kumulation führen die Vergünstigungen (Unterbewertung, Freibetrag und Bewertungsabschlag) dazu, dass der Erwerb von Betriebsvermögen bis zu einem Wert von 2,6 bis 3 Mio. DM nunmehr völlig steuerfrei sein kann. In den verbleibenden Fällen der Steuerpflicht wird von der Steuer nur noch ein geringer Bruchteil des Verkehrswerts des übergehenden Betriebsvermögens erfasst (vgl. das instruktive Berechnungsbeispiel von *Meincke*, DStR 1996 1305, 1309). Nach einer Schätzung des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) werden aus der Besteuerung des Erwerbs von Betriebsvermögen voraussichtlich nur noch 5 v.H. des Aufkommens an Erbschaftsteuer fließen (vgl. *Moench*, a.a.O., § 13a Rdnr. 6 unter Hinweis auf das Handelsblatt vom 9.12.1996). Diese weitgehende Begünstigung von Betriebsvermögen wird in der Literatur als verfassungsrechtlich bedenkliche Überprivilegierung bezeichnet (vgl. *Seer*, DStJG Bd. 22, S. 191, 210 ff., 216; *ders.* in *StuW* 1997, 283, 298; *ders.* in *GmbHR* 1999, 64, 69; *Bareis/Elser*, DStR 1997, 557, 561; *Thiel*, DB 1997, 64, 68, „verfassungsrechtlich angreifbar“; kritisch auch *Meincke*, DStR 1996, 1305, 1309 f.; *ders.*, Erbschaftsteuergesetz, Kommentar, 12. Aufl., § 13a Rdnr. 3; *Moench*, a.a.O., § 13a Rdnr. 6, 6a; *Felix*, ZEV 1996, 410, 418; *Krüger/Siegmund/Köhler*, DStR 1997, 637, 638; *Spitzbart*, Das Betriebsvermögen im Erbschaftsteuerrecht, 2000, S. 217 ff.; *Birk*, Steuerrecht, 4. Aufl. 2001, Rdnr. 1233; *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 16. Aufl. 1998, § 13 Rdnr. 151 f.; *Birk/Richter*, FR 2001, Heft 15, S. 764, 765 f.)

b) Darüber hinaus ist in die verfassungsrechtliche Prüfung einzubeziehen, dass die erbschaftsteuerrechtlichen Auswirkungen der Unterbewertung der (nichtnotierten) Anteile an Kapitalgesellschaften, der wirtschaftlichen Einheiten des Grundvermögens und des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens noch dadurch verstärkt werden, dass das Gesetz den ungekürzten Abzug der mit dem unterbewerteten Vermögen zusammenhängenden Schulden zulässt. Die Voraussetzungen für eine Schuldenskappung in Höhe des nicht der Steuer unterliegenden Teils des Erwerbs nach § 10 Abs. 6 ErbStG liegen nicht vor. Denn es handelt sich insoweit nicht um „teilweise befreite Vermögensgegenstände“ i.S. dieser Vorschrift. Vielmehr geht das Gesetz davon aus, dass mit dem weit unter dem Verkehrswert liegenden Steuerwert der Vermögensgegenstand wertmäßig in vollem Umfang erfasst ist. Da die Schulden selbst zum Nennwert abzuziehen sind (§ 12 Abs. 1 ErbStG i.V.m. § 12 Abs. 1 Satz 1 BewG), kann es zu einem negativen Wert des übergehenden Vermögens kommen. Der sich auf diese Weise ergebende Schuldenüberhang ermöglicht es dem Steuerpflichtigen, im Wege der Verrechnung weiteres, eigentlich in vollem Umfang der Steuer unterliegendes Vermögen ohne Steuerbelastung zu erwerben (vgl. hierzu: *Moench*, a.a.O., § 13a Rdnr. 162). Diese Möglichkeit ist vom Gesetzgeber offensichtlich bewusst vorgesehen, wie die Regelungen in § 13 Abs. 3 Satz 2 und § 13a Abs. 6 ErbStG zeigen, die dem Steuerpflichtigen die sich aus der Gegenrechnung von Schulden ergebenden Vorteile dadurch sichern sollen, dass die Kappung des Schuldenabzugs nach § 10 Abs. 6 Sätze 3 und 5 ErbStG auf Antrag des Steuerpflichtigen entfal-

len kann (vgl. hierzu Hübner in *Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck*, a.a.O., 2001, § 13a ErbStG Rdnr. 106 ff.).

c) Im Zusammenhang mit der Unterbewertung der (nicht-notierten) Anteile an Kapitalgesellschaften, der wirtschaftlichen Einheiten des Grundvermögens (der bebauten Grundstücke) und des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens könnte verfassungsrechtlich zusätzlich auch die Frage von Bedeutung sein, ob es zur sachgerechten, am möglichen Begünstigungsgrund orientierten Beschränkung der in der Unterbewertung liegenden (versteckten) Begünstigung und zur Vermeidung eines Begünstigungsüberhangs – wie nach § 13a Abs. 5 ErbStG – eines Nachversteuerungsvorbehalts bedarf. Nach derzeitiger Rechtslage wird die in der Unterbewertung liegende Privilegierung ohne Rücksicht darauf gewährt, ob der Erwerber nach dem Erwerb sich einem möglichen Begünstigungszweck entsprechend verhält, z.B. den land- und forstwirtschaftlichen Betrieb fortführt, oder diesen unmittelbar nach dem Erwerb veräußert und damit den vollen Verkehrswert realisiert. Es ist jedenfalls nicht konsequent, wenn der Gesetzgeber die Vergünstigungen nach § 13a ErbStG unter einen Nachversteuerungsvorbehalt stellt, bei der nicht offen als solche ausgewiesenen, zudem im Entlastungserfolg häufig viel gravierenderen Privilegierung durch Unterbewertung (beim land- und forstwirtschaftlichen Vermögen 90 v.H. Entlastung) dies nicht für erforderlich hält.

d) Schließlich wird zu untersuchen sein, ob die §§ 13a und 19a ErbStG einen verfassungswidrigen Begünstigungsüberhang aufweisen, indem diese Vorschriften es zulassen, regelmäßig mit dem gemeinen Wert anzusetzendes (Privat-)Vermögen durch einfache Rechtsformwahl in den Begünstigungsbereich dieser Vorschriften zu verschaffen.

Die Gewährung der Vergünstigungen nach §§ 13a und 19a ErbStG hängt ausschließlich davon ab, ob es sich um Betriebsvermögen i.S. des § 13a Abs. 4 bzw. § 19a Abs. 2 ErbStG handelt. Über die Verweisung in § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG auf die Fiktion des § 15 Abs. 3 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) gilt die Vergünstigung nach § 13a ErbStG auch für den Übergang von Vermögen sogenannter „gewerblich geprägter Personengesellschaften“. Dasselbe gilt für Anteile an Kapitalgesellschaften, soweit diese die übrigen Voraussetzungen (Sitz oder Geschäftsleitung im Inland, Beteiligung zu mehr als einem Viertel; vgl. § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG) erfüllen. Für die Gewährung der weitreichenden Steuervergünstigungen kommt es nicht darauf an, ob die Kapitalgesellschaft oder die gewerblich geprägte Personenge-

sellschaft tatsächlich eine gewerbliche Tätigkeit ausübt oder sich lediglich auf die Verwaltung von Vermögen, welches gemeinhin als Privatvermögen angesprochen wird (z.B. Bargeld, Wertpapiere, Ein- und Zweifamilienhäuser, Mietwohngrundstücke), beschränkt (vgl. § 13a Abs. 4 Nrn. 1 und 3, § 12 Abs. 5 ErbStG i.V.m. § 97 BewG). Das Gesetz knüpft hinsichtlich der Steuerbegünstigung insoweit ausschließlich an die Rechtsform an, in der Vermögen gehalten wird.

Auf die im Gesetz angelegte und vom Gesetzgeber in Kauf genommene Möglichkeit, Vermögen gleich welcher Art unter Inanspruchnahme der eigentlich nur für „Betriebsvermögen“ gedachten Steuervergünstigungen nach §§ 13a und 19a ErbStG zu übertragen, wird in der Fachliteratur umfänglich hingewiesen (z.B. *Crezelius*, DB 1997, 1584 f.; *Felix*, NJW 1997, 1040; *Flick*, DB 1997, 844; *Moench*, a.a.O., § 13a Rdnr. 17: „Allgemeingut der Beratungspraxis“; *Kowallik*, DStR 1999, 1834 „gängige erbschaftsteuerrechtliche Gestaltung“; *Bareis*, DStR 1997, 557 f.: „negativer Bewertungseffekt durch die neuen Grundbesitzwerte wird kompensiert“; u.v.a.). Die früheren Nachteile, die bei der Einbringung von Grundbesitz oder anderem Privatvermögen in eine gewerblich geprägte Personengesellschaft bzw. in eine vermögensverwaltende GmbH im Bereich der Ertrag- und Besitzsteuern in Kauf genommen werden mussten (vgl. hierzu die Untersuchungen von *Ottersbach/Hansen* in DStR 1997, 1269 ff. und von *Weßling* in DStR 1997, 1381 ff. sowie die Ausführungen bei *Seer*, GmbHR 1999, 64, 71 f.), sind durch den Wegfall der Gewerbekapitalsteuer, durch die pauschalierte Anrechnung der Gewerbesteuer auf die tarifliche Einkommensteuer (ab 2001) und durch die erweiterte Steuerverstrickung auch im Privatvermögen gehaltener Grundstücke (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG) zwischenzeitlich entfallen (vgl. *Moench*, a.a.O., § 13a Rdnr. 18). Schließlich stellen die Tarifbegrenzung bei gewerblichen Einkünften nach § 32c EStG (bis Veranlagungszeitraum 2000) sowie die niedrigen Körperschaftsteuersätze (vgl. § 23 des Körperschaftsteuergesetzes) einen zusätzlichen Anreiz dar, Vermögen zu Lebzeiten oder vor einer beabsichtigten Schenkung in den Bereich des ertragsteuerrechtlichen und damit auch erbschaftsteuerrechtlichen Betriebsvermögens zu überführen.

3. Sollte die Prüfung der unter 2. angesprochenen Verfassungsfragen einen Verstoß gegen Art. 3 GG ergeben, müsste der Senat nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG das Verfahren aussetzen und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Erbschaft- und Schenkungsteuer:

Vorläufige Steuerfestsetzung im Hinblick auf anhängige Musterverfahren (§ 165 Abs. 1 AO); Verfassungsmäßigkeit des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes

(Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, Schreiben an die OFDen München und Nürnberg vom 12.12.2001 – 34/37 – S 3700 – 6 – 53850 –)

Im Hinblick auf das beim Bundesfinanzhof anhängige Revisionsverfahren II R 61/99¹, in dem der Bundesfinanzhof auch die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes aufgeworfen hat, sind ab sofort Fest-

setzungen der Erbschaftsteuer (Schenkungssteuer) im vollen Umfang für vorläufig zu erklären.

Die im BMF-Schreiben vom

10.4.1995 – IV A 4 – S 0338 – 13/95 – (BStBl I S. 264)
IV A 5 – S 0622 – 23/95

getroffenen Regelungen gelten entsprechend.

Dieser Erlass ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden des Bundes und der anderen Länder.

Der gleichlautende Erlass wird unter dem Datum 6.12.2001 im BStBl Teil I veröffentlicht.

¹ MittBayNot 2002, S. 63 (in diesem Heft).

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Herrn Notar a. D. Dr. Germar Hüttinger, München, wurde der Titel Ehrenpräsident der Notarkasse A.d.ö.R. in München verliehen

Herrn Notar a. D. Dr. Wolfgang Ring, Landshut, wurde der Titel Ehrenpräsident der Notarkasse A.d.ö.R. in München verliehen

2. Verstorben:

Notar a. D. Eduard Johann Hiesinger, Augsburg, verstorben am 5.12. 2001

Notar a. D. Dr. Peter Lichtenberger, München, verstorben am 20.12.2001

Notariatsbeamter i. R. Max Stephan, München, verstorben am 18.1.2002

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.4.2002 :

Notar Günter Volland, Nürnberg

Mit Wirkung vom 1.7.2002:

Notar Dr. Klaus Gerlach, Füssen

Mit Wirkung vom 1.8.2002:

Notar Dr. Helmut Keidel, München

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.2.2002:

Wassertrüdingen	dem Notar Dr. Hilmar Keller (bisher in Trostberg)
-----------------	---

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.11.2001:

Notarassessor Dr. Markus A. Pappmehl, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jacob) [*Berichtigung zu Heft 6/2001*]

Mit Wirkung vom 1.2.2002:

Frank Eckert, Schweinfurt (Notarstelle Dr. Weiß)

Ulrich Feierlein, Bad Neustadt a.d. Saale (Notarstelle Dr. Wübben)

Thomas Hagmaier, Burglengenfeld (Notarstelle Kolb)

Thomas Kristic, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen Dr. Aumüller/Dr. Reiner)

Michael Schilling, Coburg (Notarstellen Dannecker/Dr. Heil)

Jürgen Schlögel, Kelheim (Notarstelle Lebert)

Frank Seifert, Fürstfeldbruck (Notarstellen Dr. Spinar/Schüßler)

Manuel Straßer, Landshut (Notarstelle Häusler)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Sebastian Bleifuß, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott), wurde mit Wirkung vom 6.12.2001 promoviert

Notarassessor Bernhard Seeger, Sonthofen (Notarstellen Strobach/Dr. Obermaier), wurde mit Wirkung vom 28.12.2001 promoviert

Notarassessor Hannes Weishäupl, München (Notarstellen Dr. Bender/Dr. Brachvogel), ab 21.1.2002 in München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöllner)

Notarassessor Dr. Wolfgang Löbl, München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöllner), ab 22.1.2002 in München (Notarstelle Dr. Schaub)

Notarassessorin Dr. Monika Triller, Landesnotarkammer Bayern/Notarkasse A.d.ö.R., ab 25.2.2002 in München (Notarstellen Dr. Keidel/Dr. Korte)

Notarassessor Thomas Braun, Burglengenfeld (Notarstelle Kolb), ab 1.3.2002 in Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl)

Notarassessor Holger Freitag, Kelheim (Notarstelle Lebert), ab 1.4.2002 in Hof (Notarstelle Dr. Krauß)

Notarassessor Dr. Jörn Heinemann, Bad Neustadt a.d. Saale (Notarstelle Dr. Wübben), ab 1.4.2002 in Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue)

Inspektorin i. N. Heike Büttner, Augsburg (Notarstellen Dr. Wust/Engelhardt), ab 1.1.2002 in Schwabmünchen (Notarstelle Dr. Pauker)

Oberinspektorin i. N. Petra Achhammer, Markt Erlbach (Notarstelle Weinmann), 3.4.2002 in Amberg (Notarstellen Herbolzheimer/Dr. Hoffmann)

Amtsrat i. N. Robert Eiser, Fürth (Notarstelle Angermaier), ab 1.5.2002 in Herzogenaurach (Notarstelle Dr. Scholzen)

Amtmann i. N. Wolfgang Lennert, Nürnberg (Notarstellen Wacker/Dr. Wahl), ab 1.5.2002 in Fürth (Notarstelle Angermaier)

7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2002:

Zum Notariatsoberrat i. N. (VerGr I b BAT):

Roland Hickertseder, Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

Zum Oberamstrat i. N. (VerGr II a BAT):

Günter Feneis, Amberg (Notarstelle Herbolzheimer/Hoffmann)

Werner Hartung, Augsburg (Notarstelle Dr. Richter)

Johann Hoffmann, Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Sommerhäuser)

Josef Holzer, Tegernsee (Notarstelle Dr. Senft)

Johann Riepl, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer)

Hans-Günter Wegmann, Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler)

Hans-Jochen Winkler, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)

Zum Amtsrat i. N. (VerGr. III BAT):

Gerhard Ehnes, Staffelstein (Notarstelle Richter)
 Robert Eiser, Fürth (Notarstelle Angermaier)
 Martin Gump, Nördlingen (Notarstelle Sulzbach)
 Friedrich Krauß, Mallersdorf-Pfaffenberg (Notarstelle Lindner)
 Walter Mader, Deggendorf (Notarstellen Dr. Kurz/Riegel)
 Robert Preißer, Bad Griesbach (Notarstelle Dr. Forthauer)
 Friedrich Schmid, Obergünzburg (Notarstelle Hofmann)
 Josef Stiegler, Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfußer/
 Dr. Brückner)
 Peter Wermter, Grünstadt (Notarstelle Munzinger)

Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (VerGr. IV a BAT):

Thomas Bauer, Rosenheim (Notarstellen Richter/Karl)
 Hermann Bloß, Altdorf (Notarstellen Kirchner/Dr. Thiele)
 Dirk Claassen, Walsfischbach-Burgalben (Notarstelle Lechner)
 Peter Geis, Münnenstadt (Notarstelle Reiß)
 Dagmar Klages, Neumarkt-St. Veit (Notarstelle Becker)
 Robert Köttner, Rosenheim (Notarstellen Lederer/Ellert)
 Armin Peisendörfer, Würzburg (Notarstellen Dr. Sell/
 Öchsner)
 Christine Schiller, Höchstadt a.d. Aisch (Notarstelle Lisch)
 Michael Weis, Gemünden (Notarstelle Dr. Hohmann)

Zum Oberinspektor i. N./ zur Oberinspektorin i. N. (VerGr. IV b BAT):

Georg Betz, Bamberg (Notarstelle Weidner/Wolf)
 Peter Brendel, Landau i.d. Pfalz (Notarstelle Dr. Richter)
 Anke Chormann, Bad Dürkheim (Notarstellen Unkrich/
 Holland)

Pamela Deher, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Bord/Dr. Munzig)

Doreen Edelmann, München (Notarstellen Frhr. v. Oefele/
 Dr. Götte)

Ralf Gottschlich, Würzburg (Notarstellen Friederich/
 Dr. Limmer)

Monika Hackl, Augsburg (Notarstelle Weichselbaumer)

Sabine Huber, Regensburg (Notarstelle Dr. Merznicht)

Marcus Knoll, München (Notarstellen Höfling/Dr. Mayer)

Bernadett Ludwig, Haag i. OB (Notarstelle Schreiber)

Oliver Mann, Bad Dürkheim (Notarstellen Unkrich/
 Holland)

Andreas Neder, Erlangen (Notarstellen Dr. Giehl/Dr.
 Odersky)

Helmut Reinold, Mühldorf a. Inn (Notarstellen Dr. Döhner/
 Buchmaier)

Christine Schmitt, Wörth a. Rh. (Notarstelle Schneider)

Elvira Senftleben, Pegnitz (Notarstelle Heinrich)

Petra Wettstein, Neustadt a.d. Weinstraße (Notarstellen
 Fuchs/Eisenburger)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Inspektorin i. N. Claudia Baurecht, München (Notarstelle
 v. Heynitz), zuletzt Sonderurlaub, Kündigung zum
 31.12.2001

Amtmann i. N. Horst Henneberger, Bad Neustadt a.d.
 Saale (Notarstelle Dr. Wübben), ab 30.11.2001 im Ruhe-
 stand

Amtsrat i. N. Heinrich Niebler, Hersbruck (Notarstellen
 Dr. Vollhardt/Dr. Lenz), ab 1.2.2002 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Otto Ditterich, Schweinfurt (Notarstellen
 Schineis/Dr. Schmidt), ab 1. 2. 2002 im Ruhestand

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Lorenz Bülow, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46,- € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.

Einzelheft 12,- € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.

Sonstiges

Veranstaltungen des DAI 1/2002

1. Intensivkurs Erbrecht – Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Tod und vorbereitende Erbfolgebmaßnahmen
(*Basty/Frenz/Nieder*)
7.–9. März in Potsdam (**ausgebucht**)
2. Notarforum: Aktuelle Fragen zur Notarhaftung – Aktuelle Rechtsprechungübersicht, Gefahrenquelle Verwahrungstätigkeit, Verhaltensregeln bei drohendem Haftungsfall
(*Zugehör/Ganther/Hertel/Schlee*)
16. März 2002 in Berlin
3. Praktikertagung: Das Anderkonto in der notariellen Praxis
(*Hertel*)
22. März 2002 in Wiesbaden
23. März 2002 in Rendsburg
4. Intensivkurs Internationales Privatrecht
(*Schotten/Wandel/Riering*)
11.–13. April 2002 in Berlin
5. Vermögensnachfolge – Privatvermögen
(*Spiegelberger*)
19. April 2002 in Hildesheim
6. Steuerrecht für Notare II – Erbschaftsteuer, Grunderwerbsteuer, Eigenheimzulage
(*Kiefer/Köhler/Rauh/Schuck*)
25.–26. April 2002 in Lübeck
7. Gestaltung und Sicherung der typischen Übernehmerpflichten beim Überlassungsvertrag – Aktuelle Fragen nach der Schuldrechtsmodernisierung
(*Amann/Wegmann*)
26. April 2002 in Münster
8. Kostenrecht für Notare
(*Lappe/Schmidt/Tiedtke*)
3.–4. Mai 2002 in Mainz
9. Ausgewählte Fragen des Erbrechts
(*Kornexl*)
11. Mai 2002 in Kassel

Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 02 34/9 70 64-0, Telefax 02 34/70 35 07, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notarkammer Pfalz ab 21.1.2002, Bahnhofstraße 36, 67227 Frankenthal/Pfalz, Telefon: 0 62 33/32 61 12, Fax: 0 62 33/32 61 13, E-Mail: Notarkammer.Pfalz@t-online.de, Homepage: www.notare.rlp.de

Neu-Ulm, Notarstellen Prof. Dr. Kanzleiter/Dr. Winkler, Augsburgsburger Straße 10, 89231 Neu-Ulm

Weilheim, Notarstelle Dr. Bracker, zusätzliche Telefonnummer: 08 81/92 54 75-0, E-Mail: notar.bracker@t-online.de

Aichach, Notarstellen Huwendiek/Dr. Lorenz-Czarnetzki, Stadtplatz 28/II, 86551 Aichach, Telefon: 0 82 51/87 43-0

Hinweis der Schriftleitung

Die Einbanddecken für den Jahrgang 2001 sind ab April 2002 beziehbar. Jede Einbanddecke kostet € 8,50 zuzüglich Versandkosten und MwSt.

Bestellungen sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

Bitte verwenden Sie die anhängende Bestellkarte

Mediengruppe UNIVERSAL
Grafische Betriebe Manz und Mühlthaler GmbH
Kirschstraße 16, 80999 München
Fax 0 89/55 55 51

1. BGH: Formularmäßige Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht auch außerhalb des Anwendungsbereichs der MaBV unwirksam

(§§ 1, 9 AGBG, §§ 641, 320 BGB)

[§§ 305 Abs. 1, 307 Abs. 1 und 2, 641, 320 BGB n.F., Anm. der Schriftleitung]

1. Vertragsbedingungen sind bereits dann für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert, wenn ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist.
2. Eine in einem notariellen Vertrag enthaltene Allgemeine Geschäftsbedingung, mit der sich der Erwerber eines noch zu errichtenden Hauses der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwirft, und der Unternehmer berechtigt ist, sich ohne weitere Nachweise eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilen zu lassen, verstößt gegen § 9 AGBG.

(Urteil vom 27.9.2001 – VII ZR 388/99 –)

2. BGH: Formularmäßiger Ausschluss der Wandelung in Bauträgerverträgen

(§ 11 Nr. 10b AGBG, § 634 Abs. 1 BGB a.F.)

[§§ 309 Nr. b)bb), 634 ff. BGB n.F., Anm. der Schriftleitung]

Der formularmäßige Ausschluss der Wandelung in Bauträgerverträgen ist gemäß § 11 Nr. 10b AGBG unwirksam.

(Urteil vom 8.11.2001 – VII ZR 33/99 –)

3. BayObLG: Sicherung mehrerer Ansprüche durch Vormerkung

(§§ 193, 883 BGB)

1. Grundsätzlich genügt eine einzige Vormerkung, wenn es sich um einen Anspruch handelt; mehrere verschiedene Ansprüche können nicht durch eine einzige Vormerkung gesichert werden, vielmehr sind ebenso viele Vormerkungen erforderlich, wie Ansprüche gegeben sind.

2. Wird in einem Erbbaurechtsvertrag die Bestellung von 35 Erbbaurechten und die Bestellung von 35 Dienstbarkeiten vereinbart, so besteht jeweils ein Anspruch auf Bestellung der Erbbaurechte und ein Anspruch auf Bestellung der Dienstbarkeiten, der jeweils durch eine einzige Vormerkung zu sichern ist.

(Beschluss vom 17.10.2001 – 2Z BR 75/01 –)

4. BFH: Keine Rückwirkung der Genehmigung eines Grundstücksverkaufs im Hinblick auf die Spekulationsfrist

(§§ 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, 22 Nr. 2 EStG a.F., § 184 Abs. 1 BGB)

Wirkt bei einem notariellen Kaufvertrag über ein Grundstück innerhalb der [Anm. der Schriftleitung: damals] zweijährigen Spekulationsfrist auf der Käuferseite ein vollmachtloser Vertreter mit und genehmigt der Käufer das Rechtsgeschäft außerhalb der Spekulationsfrist, so ist das private Veräußerungsgeschäft nicht nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG steuerbar. Die Genehmigung wirkt steuerrechtlich nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück.

(Urteil vom 2.10.2001 – IX R 45/99 –)

5. LAG Thüringen: Strohmann-Betriebsleiter-Vertrag mit GmbH zwecks Eintragung in die Handwerksrolle ist nichtig

(§ 134 BGB)

1. Eine Vereinbarung, durch die sich ein Handwerksmeister (Konzessionsträger) einer GmbH für eine Tätigkeit als Betriebsleiter nach § 7 Abs. 4 Satz 1 HandwO zur Verfügung stellt, ist nach § 134 BGB nichtig, wenn diese nur den Zweck hatte, der GmbH die Eintragung in die Handwerksrolle und die Ausübung eines Handwerks zu ermöglichen, in Wirklichkeit aber eine den Erfordernissen der Handwerksordnung entsprechende Betriebsleitertätigkeit nicht beabsichtigt war.

2. (...)

(Urteil vom 9.3.2001 – 5 Sa 10/01 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F

Bestellschein für eine Einbanddecke der **MittBayNot** Jahrgang 2001

Ich bestelle

_____ Exemplare der Einbanddecke für die **MittBayNot**, Jahrgang 2001,
zum Preis von € 8,50 zuzügl. Versandkosten und USt.

Datum, Unterschrift

Bestellschein für ein Abonnement der **MittBayNot**

Ich bestelle die **MittBayNot** in jährlich sechs Heften zum Preis von
€ 46,- pro Jahr zuzüglich Versandkosten. Der Bezug beginnt **rückwirkend**
zum Beginn des heute laufenden Jahres, sodass die in diesem Jahr bereits
erschienenen Hefte nachgeliefert werden.

Der Bezugspreis einschließlich Versandkosten wird in einem Betrag am
1. Juli jedes Jahres in Rechnung gestellt. Das Abonnement ist kündbar bis
spätestens 15. November (Zugang schriftlich oder per Telefax bei der
Schriftleitung) zum Ende eines jeden Kalenderjahres.

Datum, Unterschrift

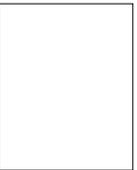
Absender:



Mediengruppe Universal
– Einbanddecken **MittBayNot** –
Kirschstraße 16

80999 München-Allach

Absender:



Landesnotarkammer Bayern
Schriftleitung der **MittBayNot**
Ottostraße 10/III

80333 München