

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Notare

Dr. Hermann Amann,
Berchtesgaden

Dr. Johann Frank, Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Dr. Dieter Mayer, München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,
Passau

Schriftleiter:

Notarassessor

Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M.

Neu unter
www.notare.bayern.de

- Favoriten zum Beitrag
Wälzholz

Nützliche Internetadressen als
download unter
„Notare Bayern“
(Angebote für Fachanwender)

ISSN 0941-4193

Aus dem Inhalt

Seite

Abhandlungen

Vollrath, Qualität und Qualitätssicherung im Notariat 1

Gottwald, Die Besteuerung privater Grundstücksveräußerungsgeschäfte nach § 23 EStG 8

Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“

Frank, Grundlagen zum Immobilienerwerb in Frankreich 39

Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“

Sorge, Die Neutralität des Verhandlungsleiters 50

Walz, Vertraulichkeit in der Mediation 53

Rechtsprechung

Anwendbarkeit der MaBV bei nichtigem Ratenzahlungsplan (BGH) 62

mit Anmerkung *Basty* 64

Aufklärungspflicht bei Altlastenverdacht (BGH) 67

Formzwang bei einseitiger Abhängigkeit (BGH) 69

Vormerkungsfähigkeit der Erbbauzinserhöhung (OLG Zweibrücken) 77

mit Anmerkung *von Oefe* 78

Ankündigung vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung (Schleswig-Holsteinisches OLG) 80

mit Anmerkung *Reiß* 81

Testamentsvollstreckung durch Steuerberater (OLG Düsseldorf) 88

mit Anmerkung *Schaub* 90

Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes auf Erwerbermodelle (BGH) 91

Zur Verfassungsmäßigkeit der Wertgebühr in Grundbuchangelegenheiten (BayObLG) 95

Teilveräußerung eines Mitunternehmeranteils (BFH) 104

Kapitalerhöhungskosten als verdeckte Gewinnausschüttung (BFH) 107

Inhaltsübersicht

	Seite
Abhandlungen	
<i>Vollrath</i> , Qualität und Qualitätssicherung im Notariat	1
<i>Gottwald</i> , Die Besteuerung privater Grundstücksveräußerungsgeschäfte nach § 23 EStG	8
Kurze Beiträge	
<i>Spiegelberger</i> , Mitunternehmeranteil und Sonderbetriebsvermögen	18
<i>Odersky</i> , Geänderte Anrechnung des Kindergeldes auf den Kindesunterhalt	22
<i>Schneeweiß</i> , Verbotene Rechtsberatung als Fallstrick für die notarielle Beurkundungspraxis?	24
<i>Triller</i> , Bewertung von Veräußerungsbeschränkungen, Vorkaufs- und Wiederkaufsrechten mit Anmerkung der <i>Prüfungsabteilung der Notarkasse</i>	29 31
<i>Wälzholz</i> , Nützliche Internetadressen für die notarielle Praxis	32
Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“	
<i>Frank</i> , Grundlagen zum Immobilienerwerb in Frankreich	39
Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“	
<i>Sorge</i> , Die Neutralität des Verhandlungsleiters	50
<i>Walz</i> , Vertraulichkeit in der Mediation	53
Buchbesprechungen	
Balser/Bokelmann/Piorreck, Die GmbH (<i>Grötsch</i>)	56
Böhm, Konfliktbeilegung in personalistischen Gesellschaften (<i>Schneider</i>)	56
Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Naturschutzrecht in Bayern (<i>Grziwotz</i>)	58
Hagen/Brambring, Der Grundstückskauf (<i>Grziwotz</i>)	58
Juris, CD-ROM, Bundesrecht (<i>Weichselbaumer</i>)	59
Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen (<i>Müller</i>)	59
Schwarzmann/Walz, Das Bayerische Schlichtungsgesetz (<i>Krafka</i>)	60
Rechtsprechung	
Bürgerliches Recht	
<i>Allgemeines</i>	
1. Anwendbarkeit der MaBV bei nichtigem Ratenzahlungsplan (BGH, Urteil vom 22.12.2000 – VII ZR 310/99 –) mit Anmerkung <i>Basty</i>	62 64
2. Aufklärungspflicht bei Altlastenverdacht (BGH, Urteil vom 20.10.2000 – V ZR 285/99 –)	67

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
3. Gewährleistung wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaft (BGH, Urteil vom 20.10.2000 – V ZR 207/99 –)	68
4. Formzwang bei einseitiger Abhängigkeit (BGH, Urteil vom 11.10.2000 – VIII ZR 321/99 –)	69
5. Bestimmung der Unentgeltlichkeit bei gemischter Grundstücksschenkung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.9.2000 – 9 U 45/00 –)	70
<i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
6. Zur Anfechtung von WEG-Beschlüssen (BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 2Z BR 103/00 –) (nur Leitsatz)	72
7. Zum Stimmrecht in der Eigentümerversammlung (BayObLG, Beschluss vom 17.11.2000 – 2Z BR 107/00 –)	72
8. Grundbuchberichtigung bei Tod eines BGB-Gesellschafters (BayObLG, Beschluss vom 2.11.2000 – 2Z BR 111/00 –) (nur Leitsatz)	73
9. Haftung für Sonderumlage bei Veräußerung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.11.2000 – 9 U 88/00 –) (nur Leitsatz)	73
10. Empfangszuständigkeit für Eintragungsnachricht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.11.2000 – 3 Wx 360/00 –)	73
11. Grundstücksvereinigung bei unterschiedlicher Belastung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.1.2000 – 3 Wx 438/99 –)	74
12. Erforderlichkeit der Vorlage eines Erbscheins trotz Vorliegens eines öffentlichen Testaments (OLG Hamm, Beschluss vom 21.9.2000 – 15 W 272/00 –)	75
13. Vormerkungsfähigkeit der Erbbauzinserhöhung (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 9.12.1999 – 3 W 252/99 –) mit Anmerkung von <i>Oefe</i>	77 78
14. Keine Rangbestimmung durch den Notar (KG, Beschluss vom 27.6.2000 – 1 W 606/00 –)	79
<i>Familienrecht</i>	
15. Ankündigung vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung (Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 13.7.2000 – 2 W 107/00) mit Anmerkung <i>Reiß</i>	80 81
16. Berechnung des Zugewinns bei Erwerb eines Grundstückes mit Rückfallklausel (OLG München, Beschluss vom 13.4.2000 – 12 UF 765/00 –)	85
<i>Erbrecht</i>	
17. Anrechnung Pflichtteil auf Nachvermächtnis (BGH, Urteil vom 18.10.2000 – IV ZR 99/99 –)	85
18. Anordnung des Nacherbfalls bei Lebensgemeinschaft mit Dritten (BayObLG, Beschluss vom 2.11.2000 – 1Z BR 86/00 –)	86
19. Testamentsvollstreckung durch Steuerberater (OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.5.2000 – 20 U 41/00 –) mit Anmerkung <i>Schaub</i>	88 90

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht	
20. Gegenstand der Sacheinlage bei vorzeitiger Überlassung an GmbH (BGH, Urteil vom 18.9.2000 – II ZR 365/98 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	91
21. Eintragung der Übertragung von Kommanditanteilen (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14.6.2000 – 3 W 92/00 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	91
Beurkundungs- und Notarrecht	
22. Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes auf Erwerbermodelle (BGH, Urteil vom 28.9.2000 – IX ZR 279/99 –)	91
Kostenrecht	
23. Zur Verfassungsmäßigkeit der Wertgebühr in Grundbuchangelegenheiten (BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 3Z BR 280/00 –)	95
24. Geschäftswert bei Übernahme Bauverpflichtung und Vereinbarung Vorkaufsrecht (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 24.2.2000 – 3 W 290/99 –)	97
Öffentliches Recht	
25 Zulässigkeit einer Fremdenverkehrsdienstbarkeit (OLG München, Urteil vom 2.11.2000 – 1 U 2072/00 –)	98
Steuerrecht	
26. Teilveräußerung eines Mitunternehmeranteils I (BFH, Urteil vom 24.8.2000 – IV 51/98 –)	104
27. Teilveräußerung eines Mitunternehmeranteils II (BFH, Urteil vom 12.4.2000 – XI R 35/99 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	107
28. Kapitalerhöhungskosten als verdeckte Gewinnausschüttung (BFH, Urteil vom 19.1.2000 – I R 24/99 –)	107
Hinweise für die Praxis	
Einkommensteuer: Zuwendungsbetätigungen für Stiftungen – Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen (Bundesministerium der Finanzen, Schreiben vom 8.12.2000 – IV C 4 – S 2223 – 934/00 –)	109
Standesnachrichten	110
Sonstiges	III
Veranstaltungen	III
Neuerscheinungen	IV

ABHANDLUNGEN

Qualität und Qualitätssicherung im Notariat

Notar a.D. Dr. Hans-Joachim Vollrath, Grünwald

Überarbeitete Fassung des Vortrags auf dem Bayerisch-Pfälzischen Notartag am 21. Oktober 2000 in Tegernsee

Zusammenfassende Thesen

1. Die Qualität der notariellen Dienstleistung erschöpft sich nicht in der Qualität der Gestaltungen. Sie umfasst vielmehr die subjektiv empfundene und objektiv messbare *Befriedigungswirkung* der notariellen Urkunde, die *organisatorische Qualität* und damit die Servicebereitschaft der Kanzleien sowie den Beitrag des Notariats zu einer Verbesserung der Prozesse der vorsorgenden Rechtspflege insgesamt.
2. Der Nutzen der gemeinsamen Dienstleistung des Notariats und der staatlichen Träger freiwilliger Gerichtsbarkeit ist messbar. Das vorliegende Zahlenmaterial ist aber unzureichend. Um die für eine Steuerung dieses Bereichs justizieller Daseinsvorsorge notwendigen Informationen zu gewinnen und ihn zugleich „europafest“ zu machen, müssen die Justizministerien der Länder differenziert untersuchen, welchen Nutzen Notariat und staatliche Träger vorsorgender Rechtspflege konkret stiften.
3. In einem veränderten informationstechnischen Umfeld ist der Wissensvorsprung der Notare in den ihnen anvertrauten Gebieten nicht unangefochten. Nach dem Vorbild des Deutschen Notarinstituts muss das Notariat verstärkt versuchen, kollektiv Integrationsvorteile zu erzielen und dennoch die Unabhängigkeit der einzelnen Berufsträger zu wahren.
4. Die aufsichtliche Geschäftsprüfung gewährleistet ebenso wie die Anwendung der Normenreihe ISO 9000 ff. nur eine grobe Fehlerkontrolle. Sie erfasst Kernaspekte der Qualität notarieller Leistung nicht. Um diese zu steuern, fehlen dem einzelnen Notar gegenwärtig entscheidende Informationen über die Fernwirkung seiner Urkunden. Abhilfe können Meldepflichten der Gerichte über Streitigkeiten aus notariellen Urkunden sowie institutionalisierte Gesprächskreise zwischen Notaren und den staatlichen Trägern vorsorgender Rechtspflege schaffen. Der Nutzen der ISO 9000 ff. Normen erschöpft sich in der Überprüfung des überkommenen Systems aufsichtlicher Anforderungen in den Verordnungen und Verwaltungsanweisungen der Justiz.
5. Aufgabenübertragungen an das Notariat müssen an seiner Verzahnung mit den staatlichen Trägern vorsorgender Rechtspflege ansetzen. Das Notariat stellt die dem Rechtssuchenden zugewandte „Benutzeroberfläche“ der freiwilligen Gerichtsbarkeit dar. Das Bundesjustizministerium missversteht diese funktionale Verschränkung, wenn es sich der „qualifizierten Beglaubigung“ und dem Angebot der Notare verweigert, flächendeckend und bürgernah Grundbucheinsicht über das automatisierte Abrufverfahren zu gewähren.

A. Notariat und Qualität

Die Frage nach der Qualität unserer Dienstleistung, ihren Voraussetzungen und ihrer Steuerung, kann helfen, den berufsrechtlichen und berufspolitischen Rahmen für die Berufsträger selbst, für die Berufsorganisationen und auch für die Aufsichtsbehörden und Justizverwaltungen abzustecken und möglichen Handlungsbedarf für die Zukunft zu formulieren. Möglich ist das allerdings nur innerhalb des ordnungspolitischen Rahmens für das Notariat. Die Begrenzungen dieses Rahmens lassen sich in vier Schritten darstellen:

Wählen wir als Ausgangspunkt den *Versorgungsauftrag* der Notare. Den hat der Gesetzgeber in § 4 BNotO ausdrücklich niedergelegt. Es werden nur so viele Notare bestellt, wie es den Erfordernissen einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege entspricht. Vorsorgende Rechtspflege, das ist ein in Kontinentaleuropa, besonders in Deutschland, historisch gewachsenes und volkswirtschaftlich bedeutendes Stück Daseinsvorsorge, welches die Notare gemeinsam mit den staatlichen Trägern der freiwilligen Gerichtsbarkeit leisten.

Dieser Versorgungsauftrag – auch wenn er auf eine im Kern hoheitliche Dienstleistung lautet – steht aber nicht isoliert da. Gleichviel, ob der Staat die vorsorgende Rechtspflege in unmittelbarer Trägerschaft betreibt oder sie – das ist der Normalfall im europäischen Notariat – freiberuflich verfasst: Er kann nicht völlig frei agieren. Überträgt er Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege auf selbständige Amtsträger, muss er zunächst deren Berufsfreiheit beachten. Das ist das große Thema des ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts. Auf ihrem Vortrag am Deutschen Anwaltstag hat die Richterin des Bundesverfassungsgerichts *Jaeger* dies deutlich herausgearbeitet.¹ Die große Sorge des Bundesverfassungsgerichts ist, dass die Kammern und die sonstigen Rechtsanwender, wie Aufsichtsbehörden, – gewissermaßen unter dem Deckmantel der Qualitätssicherung und des Versorgungsauftrags – Freiräume des Gesetzgebers regulatorisch auffüllen, anstatt sie dem einzelnen Berufsangehörigen zu überlassen. Die Urteile des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts kritisieren daher überwiegend den Normanwender, selten aber den Gesetzgeber selbst. Unsere Auseinandersetzung mit den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts versäumt es oft, darauf hinzu-

¹ Anwaltsblatt 2000, 475 ff. und pointiert auch in ZNotP 2001, 1 ff.

weisen, dass zwischen den Regelungen des Berufsrechts und den Beurkundungszwecken ein enger Zusammenhang besteht. Übersieht man diesen Zusammenhang, kann freilich jedes Berufsrecht als zünftisches Recht erscheinen.

Eine ähnliche Sorge, wenn auch nicht durch die Berufsfreiheit des Einzelnen motiviert, sondern durch die die Ordnung des *Binnenmarktes*, treibt die Europäische Kommission um. So empfindet die EU-Kommission die Regulierungen der freien Berufe als Hindernisse auf dem Weg zu einem freien Dienstleistungsmarkt.² Stein des Anstoßes ist zunächst, dass der Marktauftritt der freien Berufe *einen* unternehmerischen Handlungsparameter, nämlich die Preisgestaltung, völlig ausblendet. Wichtiger noch hat die Kommission mit Schreiben an die Bundesregierung vom 8. November 2000 kritisiert, dass Deutschland den Zugang zum Notarberuf von der deutschen Staatsangehörigkeit abhängig macht. Zur Begründung dieser Kritik führt die Kommission aus, dass *keine* der den Notaren übertragenen Aufgaben sich als unmittelbare Ausübung öffentlicher Gewalt darstelle. Daher könne sich Deutschland nicht auf Art. 45 des Vertrages berufen, der Tätigkeiten öffentlicher Gewalt von den Anforderungen der Niederlassungsfreiheit ausnehme. Weitergehend lässt die Kommission erkennen, dass nach ihrer Auffassung *nichtstreitige Gerichtsbarkeit* niemals hoheitliche Gewalt darstellen könne. Träfe diese Argumentation zu, müssten wohl auch staatliche Register-, Nachlass- und Vormundschaftsgerichte sowie die Grundbuchämter befürchten, in den Blick der Kommission zu geraten. Nahezu zeitgleich, allerdings ohne einen ausdrücklichen Bezug zur Rechtspflege herzustellen, hat die Kommission ihre überarbeitete Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge“ veröffentlicht.³ Den Mitgliedstaaten wird dort weitgehende Gestaltungsfreiheit bei der Entscheidung zuerkannt, was als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu gelten hat.⁴ Aufgabe des Staates ist es, sicherzustellen, dass die einer Leistung der Daseinsvorsorge zugewiesenen Aufgaben einem hohen Qualitätsstandard gerecht werden.⁵ Die Mittel, die die Mitgliedstaaten wählen, um dieses Ziel zu erreichen, müssen aber mit den Erfordernissen des Binnenmarktes vereinbar sein. Unvereinbar sind Versorgungsauftrag und zu seinem Schutz gegebene Schranken also nicht. Nicht nur die Kommission, auch der Europäische Gerichtshof befasst sich mit dem Thema: Mehrere nationale Gerichte haben die Frage vorgelegt, ob die Regelungen einzelner Berufskammern vor dem Wettbewerbsrecht des EU-Vertrags Bestand haben. Dass die Dienstleistung der Notare ihrerseits ein Stück Marktordnung darstellt und für das Funktionieren eines auf Verträgen basierenden Wirtschaftsverkehrs nötig ist, droht in der Sicht der europäischen Institutionen häufig unterzugehen.

Schließlich ist der Versorgungsauftrag noch mit dem Erfordernis der *gesellschaftlichen Nützlichkeit* in Einklang zu bringen.⁶ Der Gesetzgeber formuliert den Versorgungsauftrag der Notare nämlich nicht funktional und abstrakt. Er weist den Notaren vielmehr konkret umschriebene Dienstleistungen zu. Diese Dienstleistungen *können* ihr volkswirtschaftliches Ziel erreichen, nämlich Streit zu vermeiden, sie *müssen* das aber nicht. Zudem gibt es auch Rechtsordnungen ohne Notar. Das

² KOM (2000) 888 vom 29.12.2000, S. 9, 11, 13, 15 und die Rede des Kommissars Monti in Stockholm, vgl. FAZ vom 12.9.2000.

³ KOM (2000) 580 vom 20.9.2000.

⁴ A.a.O. Tz. 22.

⁵ A.a.O. Tz. 13.

⁶ Vgl. Hellge, Europäische Perspektiven für nationale Notariate, ÖNotZ 2000, S. 1 ff. (7).

stellen wir bei einem Vergleich mit dem Bereich des *common law* und den skandinavischen Ländern fest. Fraglich ist, ob das besser ist. Unsere Dienstleistungen stehen aber in einem Wettbewerb der Rechtssysteme. Auch der Markt bringt ständig Dienstleistungen hervor, die die Einzigartigkeit unserer Dienstleistungen in Frage stellen, weil sie ihnen funktional ähnlich sind. In unserer Nachbarschaft ist an Banken, Versicherungen und Vermögensberater zu denken, die sich durch Rechtsrat profilieren wollen. In unserer ureigensten Domäne hat die Deutsche Post AG mit dem PostIdent Verfahren ein funktionales Äquivalent zu einem Teil unserer Beglaubigungsdienstleistungen erfinden wollen. Verlage bauen Formulardatenbanken auf und bieten Vertragsmuster – gewissermaßen zum Zwecke der Selbstmedikation – für den Rechtssuchenden an. Der Wettbewerb verschont selbst die staatliche Rechtspflege nicht. Neben den allseits aus dem Boden schießenden Schiedsgerichten darf ich das Drängen der Industrie- und Handelskammern in Erinnerung rufen, staatliche Registerdienstleistungen aus dem justiziellen Bereich herauszubrechen. Dieser Wettbewerb – und die aus seinen Ergebnissen gewonnenen Erkenntnisse über die Bedürfnisse des Einzelnen, der Wirtschaft und der Gesellschaft – zwingt den Gesetzgeber, auch den Versorgungsauftrag an die Notare regelmäßig zu überprüfen. Und zwar darauf hin, ob er noch aktuell formuliert ist und ob die Rahmenbedingungen für den Leistungsträger noch stimmen. Je entwickelter ein Markt für funktional ähnliche Dienstleistungen ist, desto weniger wird der Staat bereit sein, den Versorgungsauftrag an die Notare institutionell abzustützen.

B. Was ist Qualität im Notariat?

1. Erscheinungsformen der Qualität im Notariat

Was macht Qualität aus? Die Qualität unserer Dienstleistung lässt sich als Qualität des „Produkts“ Urkunde beschreiben. Sie lässt sich aber auch als Qualität des „Produzenten“ Notar beschreiben. Immer sind vier Aspekte zu unterscheiden.

a) Gestaltungsqualität

Zunächst geht es um die *Qualität unserer Gestaltungen*. Die zeigt sich schon dann, wenn wir Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten nachgehen. Eine Gestaltung ist nämlich nur dann gut, wenn sie dem fehlerfrei gebildeten Willen des Beteiligten zur Geltung verhilft. Dann ist sie nämlich „richtig“ in dem schönen Sinne, den der Gesellschaftsrechtssenat des Bundesgerichtshofs im „Supermarkt“-Beschluss⁷ verwendet hat. Hierfür bedarf der Berufsträger gewisser *Übersetzerqualitäten*. Er muss den bisweilen laienhaft vorgebrachten Willen des Verbrauchers oder des Unternehmers erfassen. Fehlvorstellungen muss er ausschließen, typische Willensänderungen bei veränderten Umständen voraussehen. Auch subjektive Fehlvorstellungen sollten wir ausschließen können, um einem überraschenden Wegfall des Vertrags durch Anfechtung vorzubeugen. Den Willen *eines* Beteiligten muss der Notar meistens noch mit dem Willen der anderen Vertragsbeteiligten austarieren. Schließlich muss er den gefundenen gemeinsamen Willen in die Sprache des Rechts übersetzen. Kommt mehr als nur eine Möglichkeit in Betracht, muss die für den jeweiligen Kontext passende gefunden und ausgewählt werden. Zu guter Letzt bürgt der Notar dafür, dass die Lösung den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Seine Unterschrift dokumentiert also nicht nur das Entstehen der Urkunde, sie stellt sich auch als Gütesiegel dar

⁷ BGHZ 105, 324 (338).

für die Übereinstimmung eines Vertrags z.B. mit den Anforderungen des AGBG oder der MaBV.

Diese Rolle des Notars als „Vertrags-TÜV“ sieht auch und gerade das Europäische Recht. Die I., II., III. und VI. gesellschaftsrechtliche Richtlinie ordnen die öffentliche Beurkundung bestimmter gesellschaftsrechtlicher Vorgänge bei Kapitalgesellschaften (Gründung, Satzungsänderung, Verschmelzung, Spaltung) an, wenn der Staat die Rechtmäßigkeit dieser Vorgänge nicht vorbeugend kontrolliert, d. h. sich wie bei uns etwa nach § 9 c Abs. 2 GmbHG aus der Kontrolle der Rechtmäßigkeit zurückzieht. Exemplarisch hierfür steht Art. 16 der III. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie⁸ (Auszug):

(1) Falls die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats für Verschmelzungen eine vorbeugende gerichtliche oder Verwaltungskontrolle der Rechtmäßigkeit nicht vorsehen ..., sind die Niederschriften der Hauptversammlungen ... und gegebenenfalls der nach diesen Hauptversammlungen geschlossenen Verschmelzungsverträge öffentlich zu beurkunden. ...

(2) Der Notar ... hat das Vorliegen und die Rechtmäßigkeit der Rechtshandlungen und Förmlichkeiten sowie das Vorliegen und die Rechtmäßigkeit des Verschmelzungsplans zu prüfen und zu bestätigen.

Will der Notar diesen Aufgaben gerecht werden, so muss er das in der Ausbildung erworbene Wissen gewissermaßen umkehren: Nicht der einzelne problematische Fall steht im Mittelpunkt, sondern vielmehr das Wissen um die in einer konkreten privaten oder beruflichen Situation künftig möglichen problematischen Fälle und die Vorsorge für diese Fälle. Diese Fähigkeit wird durch juristisches Wissen einerseits, gesunden Menschenverstand, Erfahrung, Phantasie, assoziatives Denken und Entscheidungsfreude andererseits bestimmt.

b) Befriedigungsqualität

Objektive Gestaltungsqualität ist nicht notwendiger Weise gleichbedeutend mit dem, was die Beteiligten bei oder nach der Beurkundung empfinden. Wie wollen sie die objektive Gestaltungsqualität auch beurteilen. Dennoch wären die Beteiligten kaum um eine Antwort verlegen, wenn ein Meinungsforscher ihnen beim Verlassen der Kanzlei die Frage stellen würde: „Hat der Notar seine Sache gut gemacht?“ Das, was Verbraucher und Unternehmer in dieser Situation an unserer Dienstleistung wahrnehmen, ist *Befriedigungsqualität*. Was das ist, wird an der Anekdote deutlich, in der ein Landwirt sein Anwesen auf den ältesten Sprössling übertragen hatte. Nach dem Termin beim Notar kommentierte er: „*Genau* verstanden habe ich es zwar nicht, aber *schön* hat er’s gesagt.“ Schließen Sie bitte nicht vorschnell darauf, der Notar habe in diesem Fall Verständnisdefizite sehenden Auges in Kauf genommen. Für Notare gilt *cum grano salis* Ähnliches wie für Installateure: Die Beteiligten wollen eine Lösung ihres Problems, bei mehreren möglichen Lösungen eine Hilfe zur Auswahl, *und* sie wollen wirtschaftliche Lösungen. Was sie nicht wollen, ist eine detaillierte Erklärung jedes einzelnen Schraubchens, jeder Muffe oder Rohrkrümmung. Stimmen muss es also – und *schön* muss er es gesagt haben.

Vermitteln wir den Beteiligten das Gefühl der Sicherheit bei der Beurkundung, stärken wir sie zugleich für die Phase der Vertragsabwicklung und des Leistungsaustausches. Das merkt jeder Notar, wenn ihn die Beteiligten um Rat bitten, wie sie sich bei unvorhergesehenen Entwicklungen oder gar

Störungen der Vertragsabwicklung verhalten sollen. Wer dieses Vertrauen gewinnen will, braucht mehr als nur juristisches Wissen und mehr als gesunden Menschenverstand, Erfahrung, Phantasie, assoziatives Denken oder Entscheidungsfreude. Er braucht *didaktische Fähigkeiten, Moderations- und Mediationsqualitäten*, damit er den Auftrag des Gesetzgebers, den dieser mit dem Beurkundungserfordernis verbunden hat, erfüllen kann: Akzeptanz für den hoheitlich vorgegebenen Beurkundungszwang zu gewinnen.

c) Organisationsqualität

Einer weiteren Ausprägung unserer Dienstleistungsqualität kommt besondere Bedeutung zu: der *Organisationsqualität*. Juristische Ingenuität und didaktische Höchstleistung kommen kaum zur Geltung, wenn sie im Chaos wirken müssen. Auf den Berufsträger selber gemünzt, fordert dieses Qualitätsmerkmal *Führungseigenschaften* und Unternehmergeist: Anders als etwa der Richter muss der Notar sich sein organisatorisches Umfeld selbst schaffen. Organisieren heißt zweierlei: Einmal, sich der entscheidenden Arbeitsabläufe bewusst zu werden, zum Zweiten, diese Prozesse dem verfügbaren Personal so zuzuweisen, dass sie nicht nur stabil ablaufen, auch bei Ausfällen und Personalwechsel noch, sondern auch jeder Mitarbeiter sich gut eingesetzt fühlt und die Personalkosten nicht außer Kontrolle geraten. Organisation, das heißt aber auch Nervenstärke und Stressresistenz. Unsere unbeschränkte Haftung verlangt besonders in saisonalen Stoßzeiten sowie dann, wenn sich das Nachfrageverhalten nach unseren Leistungen – wie gegenwärtig festzustellen – vom Immobilienbereich in andere Bereiche verschiebt, ein stabiles Nervenkostüm.

d) Prozessqualität

Mit den drei Dimensionen Gestaltung, Befriedung und Organisation ist die Qualität unserer Dienstleistung aber immer noch nicht ausreichend erfasst. Den letzten Bereich möchte ich mit dem Begriff der *Prozessqualität* beschreiben. Damit meine ich nicht die bürointernen Arbeitsabläufe des Notars. Der Notar selbst ist mit seiner Dienstleistung seinerseits Bestandteil größerer Prozesse. Der Notar ist Partner des Grundbuchamtes und des Handelsregisters, um nur die beiden wichtigsten Institutionen zu nennen. Seine Rollen als Übersetzer des Rechts aus Sicht der Wirtschaft oder des Verbrauchers einerseits, als justizentlastender „Filter“ vor den Gerichten andererseits, verlangen von ihm mehr als nur das Streben nach der Qualität *seiner* Dienstleistung. Sie verlangen – richtig verstanden – von ihm ein ständiges Streben nach Effektivierung dieser Prozesse, nach einer kontinuierlichen Verbesserung der Leistungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Lassen Sie mich Ihnen ein praktisches Beispiel für diesen Bereich geben: Notar und Rechtspfleger leisten heute die gleiche Arbeit oft parallel. Beide überlegen sich, welche Eintragungen und Anträge zum Vollzug eines Grundstückskaufs erforderlich sind und welche Eintragungsvoraussetzungen erfüllt und nachgewiesen sein müssen. Das Ergebnis seiner Überlegungen verpackt der Notar so geschickt in die Urkunde, dass der Rechtspfleger sie aus dieser Urkunde wieder „auswickeln“ muss. Dieses Verpacken durch den Notar und das Auspacken durch den Rechtspfleger wären nicht nötig, wenn der Notar das für den Rechtspfleger Wesentliche im Klartext präsentieren würde. Würde der Notar die Urkunde aber nur auf die Bedürfnisse des Rechtspflegers zuschneiden und alle „eintragungsrelevanten“ Passagen an einer Stelle zusammenfassen, wäre die Urkunde für die Beteiligten unverständlich. In Rosenheim und in Aschaffenburg haben daher findige

⁸ 78/855/EWG vom 9.10.1978, ABIEG. L295/36.

Notare und Rechtspfleger einen Weg entdeckt, die entscheidenden Passagen in der Textdatei der Urkunde zu markieren und *automatisiert* zusätzlich zur Urkunde einen Extrakt für den Rechtspfleger zu erzeugen. Gegenwärtig arbeiten Justiz und Notare an einem gemeinsamen Verständnis dessen, was nicht eintragungsrelevant ist (§ 24a GBVerfügung). Am Ende dieser Arbeit mag in einigen Jahren die elektronische Übermittlung der eintragungsrelevanten Passagen stehen, so dass der Rechtspfleger die Eintragungsverfügung gewissermaßen per Knopfdruck aus der Urkunde des Notars erzeugen kann und sich auf seine Kernfunktion – die Kontrolle – konzentrieren kann. Sich diesem Projekt zu stellen, heißt, Prozessqualitäten zu beweisen.

Mindestens ebenso wichtig wie die partnerschaftliche Zusammenarbeit mit den staatlichen Trägern der vorsorgenden Rechtspflege ist, dass wir für die *Bedürfnisse der Recht-suchenden* offen sind. Die enge und ständig perfektionierte Zusammenarbeit mit der Justiz darf nicht darüber hinweg täuschen, dass wir im Verhältnis zu den Verbrauchern und Unternehmern nach Verbesserungen streben müssen. Deren Beratungsbedarf steigt ständig, neue technische Möglichkeiten wecken neue Bedürfnisse. Dieser Wandel erweist den Notar gerade kleinen und mittleren Unternehmen gegenüber als umfassenden Ratgeber und unentbehrlichen Begleiter bei der Unternehmensgründung, im Wachstum des Unternehmens und bei der Nachfolge in das Unternehmen, und zwar nicht nur für gesellschaftsrechtliche Fragestellungen, sondern auch und gerade, um für erbrechtliche und familienrechtliche „Störfälle“ Flankenschutz zu schaffen. Schließlich dient der Notar bei Grundstückstransaktionen mit fairen und klug gestalteten Verträgen sowie einem umfassenden Serviceangebot in der Leistungsabwicklung. Neuerdings greift der Notar auch bei Streitigkeiten vermittelnd und schlichtend als kompetente neutrale Instanz ein.

2. Qualität ist kein Selbstzweck

Der Schlüssel zum Verständnis unserer Dienste liegt im volkswirtschaftlichen Begriff der Transaktionskosten. Jawohl, wir verursachen Transaktionskosten, wir sind ein Kostenfaktor. Bei dieser Erkenntnis dürfen wir es jedoch nicht bewenden lassen, sondern müssen fragen: Welcher Nutzen steht diesen Transaktionskosten gegenüber? Die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Und weiter: Welche Alternativen gibt es, wie hoch fallen Transaktionskosten in Volkswirtschaften aus, die ohne den Notar auskommen müssen? Die Antwort ist nicht schwer: Das US-amerikanische Rechtssystem kennt kein Grundbuch mit öffentlichem Glauben und auch keinen Notar, dessen Dienstleistung die wirtschaftliche Führung des Grundbuchs ermöglichen hilft. Sie finden aber in den USA ein schwächeres, wenn auch funktional ähnliches, Äquivalent zu unserem Grundbuch. Eine spezielle Versicherung, die sog. „title insurance“, tritt dann ein, wenn sich etwa herausstellt, dass der Verkäufer in Wahrheit gar nicht wirksam über das Eigentum verfügen konnte. Die funktionale Ähnlichkeit – hier Gutgläubenschutz, dort Versicherungsleistung – ermöglicht uns einen direkten Kostenvergleich: Während Sie in Deutschland die Gerichts- und die Notargebühren für einen Grundstückskauf nach der Faustformel „jeweils 3 Promille + DM 220,-“ ermitteln können, diese also 2 % des Grundstückswertes praktisch nie überschreiten, müssen Sie an vergleichbaren Transaktionskosten in den USA stattliche 7% einplanen.⁹ Damit kann sich die freiwillige Gerichtsbarkeit in Deutschland doch gut sehen

⁹ Vgl. Schmidt-Räntsch Der Bodenverkehr in den USA, in „Das moderne Notariat, Strukturen und Aufgaben“, hrsg. von der Bundesnotarkammer, 1993, S. 105–108.

lassen. Obendrein müssen Sie noch berücksichtigen, dass die Versicherungslösung gegenüber unserem Grundbuch funktional zwar ähnlich sein mag, unterm Strich aber weit hinter dessen Leistungsfähigkeit zurückbleibt: Darauf, dass eine Transaktion Bestand hat, kann der Rechtsverkehr nur bei uns vertrauen. Auch im europäischen Vergleich stehen wir gut da. Sie alle kennen den Transaktionskostenvergleich, den die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG im Auftrag des Bayerischen Notarvereins durchgeführt hat.¹⁰ So handelt es sich bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit um einen *Standortvorteil* für Deutschland.

Beachten Sie bitte die funktionale Parallele unserer gemeinsamen Dienstleistung zum Versicherungswesen. Notarielle Tätigkeit ist – in weiten Bereichen gemeinsam mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Störfallvermeidung und -vorsorge. Die Gebühr für unsere Tätigkeit lässt sich also auch als Versicherungsprämie, die Verhaltensmaßregeln, die im Beurkundungszwang und im Inhalt der Verträge liegen, als gesetzlich vorgeformte Versicherungsbedingungen und Auflagen begreifen. Auch bei der Berechnung der Gegenleistung stimmt die Parallele: Je wertvoller ein Objekt ist, welches Sie versichern lassen, desto höher steigt die Versicherungsprämie. Der Gedanke der Wertgebühr ist also auch unter diesem Gesichtspunkt sehr zeitgemäß.

Wer solchermaßen Leistung und Gegenleistung miteinander in Beziehung setzen will, muss weiter fragen:

3. Ist Qualität messbar?

Ja. Zwar ist sie nicht immer quantifizierbar. Ob wir unsere Aufgabe gut oder weniger gut lösen, das lässt sich aber meistens recht ordentlich ermitteln.

Beginnen wir bei der *Gestaltungsqualität*. Spätestens der Haftungsfall zeigt, dass bei der Gestaltungsqualität etwas nicht gestimmt hat. Weit vorher und auch ohne dass es zum Haftungsfall kommt, können Grundbuchämter und Registergerichte einiges über die Qualität der notariellen Dienstleistung sagen: Wer seine Hausaufgaben nicht gemacht hat, bekommt eine Zwischenverfügung und muss Eintragungsvoraussetzungen nachweisen oder gar erst noch herbeiführen. Unsere Gerichte haben ein gutes Gespür dafür, welcher Notar des Bezirks welche Urkunden vorlegt. Systematisch wird das allerdings nicht erfasst.

Zwischen den Messpunkten „Freiwilliges Gericht“ und „Haftungssenat“ finden wir die Spruchkörper der Zivilgerichte, die über Streitigkeiten aus den von uns beurkundeten Verträgen befinden müssen. So mancher Zivilrichter kann sich ein Urteil über die Qualität unserer Urkunden bilden. Auch darüber erfahren wir oft zu wenig. Oder zu spät.

Schließlich gewähren auch die Eingaben der Bevölkerung bei der Notarkammer und bei den Aufsichtsbehörden Einblicke in die Gestaltungsqualität der notariellen Dienstleistung. Mehr noch allerdings in die *Befriedigungsqualität*: Die Landesnotarkammer Bayern erhält jährlich zwischen 100 und 150 Eingaben zur Tätigkeit der Notare. Von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, haben die Notare die Rechtssuchenden korrekt betreut. Manchmal legen die Eingaben aber die Vermutung nahe, dass das Krisenmanagement der Kanzlei verbessert werden könnte. Dann hat der Notar sein Personal nicht genügend darauf vorbereitet, dass es auch eine Betreuungsphase *post contractum finitum* gibt. Die Beteiligten vertrauen dem

¹⁰ Transaction Charges in Europe, 1997, zu beziehen über den Bayerischen Notarverein.

Notar nämlich auch in der Abwicklungsphase. Bei Leistungsstörungen oder unvorhergesehenen Ereignissen wollen sie seinen Rat. Empfindet der Notar die Bitte um Rat als Kritik an seiner Leistung, reagiert er wahrscheinlich falsch. Also muss er sich und sein Personal auf diese Situationen vorbereiten.

Einen ganz neuen Messpunkt für die Befriedigungsqualität unserer Dienste hat das Bayerische Schlichtungsgesetz gebracht. Wenn der Gesetzgeber den Erfolg des Gesetzes überprüfen wird, wird er zwar als erstes die Eingänge bei den Amtsgerichten und die Abgänge ins Mahnverfahren betrachten. Auch der Erfolg der Schlichtungsstellen selbst wird jedoch aufschlussreich sein.

Auch an Mandantenbefragungen ist zu denken. Meiner Einschätzung nach wird der Notar die wesentlichen Erkenntnisse aber weniger aus den Antworten der Befragten ziehen, als vielmehr aus der Arbeit, die er sich bei der Abfassung der Fragebögen macht. Eine Frage zu formulieren, heißt oft, ihre Antwort bereits zu kennen.

Kommen wir nun zur dritten Frage: Ist *organisatorische Qualität* messbar? Auch dies ist zu bejahen. Zumindest ein Indiz gestattet den Rückschluss auf organisatorische Qualität. Das ist der Umfang des Geschäftsanfalls. Eine hohe Zahl von Beurkundungsvorgängen abzuwickeln, das bedarf guter organisatorischer Qualitäten. Insoweit könnte man also die Zweifelsregel aufstellen: Ein großer Notar ist ein guter Notar. Größe darf man natürlich nicht isoliert betrachten. Man muss sie vielmehr in Relation zu den Indikatoren für die anderen Qualitätsmerkmale setzen. Auch die Erledigungsgeschwindigkeit – wie schnell erhalte ich einen Termin?, erhalte ich rechtzeitig vorher einen Entwurf?, wie schnell wird der Leistungsaustausch unter Vermittlung des Notars abgewickelt? – hängen ganz wesentlich von der organisatorischen Qualität ab und lassen Rückschlüsse zu.

Abschließend noch die Frage: Ist unsere *Prozessqualität* messbar? Ein Indikator ist die Nachfrage nach notarieller Dienstleistung. Nicht immer ist sie vorgeschrieben. Diesen Bereich kann man als „Kürbereich“ der notariellen Tätigkeit bezeichnen. Ob es um Scheidungsvereinbarungen geht, um die Zahl notarieller Testamente, um umfassende Beratungsaufträge im Gesellschaftsrecht oder allgemeiner um Fälle, in denen der Rechtsverkehr eine vollstreckbare Urkunde möchte, ohne dass das Rechtsgeschäft materiell beurkundungspflichtig wäre: Niemand zwingt dort die Beteiligten dazu, den Notar aufzusuchen. Wenn sie seine Leistung dennoch nachfragen, versprechen sie sich davon einen Vorteil. Über den Umfang, in dem sie das tun, wissen wir zu wenig.

Es gibt also eine Fülle von Indikatoren, sowohl für die Qualität der Dienstleistung des Einzelnen als auch für die Qualität des Berufsstands insgesamt. Wir schöpfen gegenwärtig bei weitem aber nicht alle Messpunkte aus.

C. Wovon hängt Qualität ab?

Vier Faktoren sind es, die die Qualität unserer Tätigkeit beeinflussen: *Information* über die Wirkungen unserer Urkunden; die *Werkzeuge*, mit deren Hilfe wir unsere Leistung erbringen; die *Erfahrung* und schließlich die *Leistungsanreize*, die uns anspornen, unsere Tätigkeit zu entfalten. Diese vier Faktoren werde ich im Folgenden einzeln untersuchen.

1. Information

Sind wir über die Qualität der notariellen Dienstleistung ausreichend informiert? Woher wissen wir, dass unsere Urkunden Streit vermeiden? Niemand kennt die Zahl der Prozesse,

in denen aus einer notariellen Urkunde Streit entsteht. Eine solche Zahl würde Vergleiche innerhalb Bayerns, Vergleiche verschiedener Bundesländer und am Ende sogar europäische Vergleiche ermöglichen und könnte so konkreten Handlungsbedarf signalisieren. Leider kennen wir sie nicht. Analog zu einer Mitteilung in Zivilsachen wäre sie wohl unschwer zuverlässig zu ermitteln.

Zu dokumentieren wäre Qualität aber auch für einzelne Rechtsgebiete. Der Gesetzgeber hat im Umfang der Beurkundungspflichten selbst Wettbewerb vorgesehen. Nehmen Sie das Testament. Das können Sie als öffentliches Testament beim Notar errichten. Auch als privates Testament entfaltet es jedoch Wirkung. Wie das notarielle Testament im Vergleich abschneidet, können wir vermuten. Schwarz auf weiß ist es nicht dokumentiert. Warum ermitteln wir die Erfahrungen der Nachlassgerichte bei der Erbscheinserteilung nicht genauer und machen sie uns nutzbar? Warum erfasst die Justiz nicht, ob Nachlassstreitigkeiten bei privaten Testamenten wahrscheinlicher und komplizierter sind als bei notariellen Testamenten? Wer die notarielle Dienstleistung im Wettbewerb der europäischen Zivilrechtssysteme positionieren und erhalten will, muss das tun. Auch hier also eine konkrete Anregung. Eine Justizministerkonferenz möge beschließen, den volkswirtschaftlichen Beitrag der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu untersuchen und zu dokumentieren. Es geht darum, einen wesentlichen Bestandteil des deutschen Zivilrechtssystems europafest – vielleicht auch exportfest – zu machen und der bayerischen Justiz künftige Lasten zu ersparen.

Information bedeutet aber auch die Suche nach möglichen Reibungsverlusten. Einige unserer Bezirksgruppen – also die Gemeinschaft der Notare eines Landgerichtsbezirks – haben Gesprächsrunden mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit initiiert, mit dem Registergericht, mit dem Nachlassgericht. Mit den Vertretern der Zentralen Grundbuchspeicherstelle dort, wo das automatisierte Abrufverfahren noch seine Tücken aufweist und beim Anwender Frustration erzeugt. Oft auch mit dem Vormundschaftsgericht, z. B. wo es um Vorsorgevollmachten geht. Die Ergebnisse dieser Gesprächsrunden haben alle Beteiligten positiv überrascht. Ermutigen wir – d. h. sowohl der Bayerische Notarverein, als auch die bayerische Justiz – unsere Kollegen vor Ort, diese Kontakte zu pflegen. Jede Bezirksgruppe könnte es sich als Ziel setzen, einmal im Jahr mit je einem Vertreter des Grundbuchamtes, des Registers, des Vormundschaftsgerichts und des Nachlassgerichts darüber zu sprechen, was dort an den notariellen Urkunden auf Kritik stößt. Laden wir noch zu zwei weiteren Treffen Familienrichter des AG und des OLG sowie Entscheider aus den Berufungsinstanzen zum Bauträger- und zum Erbrecht ein und wir wissen, welcher Teil unserer Berufsausübung Freude, welcher Teil Kummer bereitet. Wenn das Bayerische Staatsministerium der Justiz diese Gespräche durch ein offizielles Schreiben an die Gerichte ermuntert, haben wir im Handumdrehen 22 hochkarätig besetzte Qualitätszirkel etabliert.

Kehren wir zurück zum einzelnen Notar: Wie kann *er* sich über die Qualität seiner Dienstleistung informieren? Das Bayerische Staatsministerium der Justiz wird künftig die Aussagekraft der Geschäftsprüfungen stärken. Die Geschäftsprüfung könnte damit eine standardisierte Auswertung wichtiger Aspekte notarieller Berufsausübung werden. Geschäftsprüfungen erfassen aber immer nur einen Teil der Aspekte, die unsere Qualität bestimmen. Welchen Teil können und sollen sie sinnvollerweise und rechtmäßigerweise erfassen? Unter den Stichworten ISO 9000 und Zertifizierung stellen sich an-

dere Berufsgruppen ähnliche Fragen. ISO 9000 – 9004 meint eine in den letzten Monaten aktualisierte Normenreihe der Internationalen Standardisierungs-Organisation.¹¹ Diese Normenreihe beschreibt in sehr abstrakter Form 20 Anforderungen an Qualitätssicherungssysteme. Die Normen wollen nicht etwa die Qualität des Produkts selbst messen. Sie unterstellen, dass die Produktqualität vernünftig definiert ist. Und dass sie messbar ist. Diese Aufgabe muss der Unternehmer also selbst erledigen. Die Normen wollen aber Maßstäbe für die Vorkehrungen des Unternehmers sein, die Qualität seines Produkts sicherzustellen.

Versucht man, die Anforderungen der ISO Normenreihe auf unsere einzelnen Kanzleien zu beziehen,¹² so überrascht das Ergebnis. Die meisten Anforderungen sind uns nämlich sehr vertraut. Wir erfüllen sie allein schon dadurch, dass Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung detaillierte Vorschriften zur formalen Gestaltung unserer Urkunden, zu ihrer Aufbewahrung und zur Dokumentation unserer Tätigkeit treffen. Wir empfinden diesen Teil der Anforderungen fast als banal, so selbstverständlich ist er uns. Der größte potenzielle Nutzen für unseren Beruf läge daher darin, die Vorschriften der Bundesnotarordnung, des Beurkundungsgesetzes und der Dienstordnung sowie eventuell der Berufsrichtlinien einmal darauf zu untersuchen, ob sie den Anforderungen der Normenreihe entsprechen. Das kann hilfreich sein, wenn die bayerischen Aufsichtsbehörden den genauen Inhalt der künftigen Geschäftsprüfungen festlegen.

Die Anforderungen der Normenreihe an den einzelnen Berufsträger reduzieren sich demgegenüber auf zwei wesentliche Aspekte. Erstens: Er muss für stabile und beherrschbare Abläufe in der Kanzlei sorgen und sie dokumentieren. Zweitens: Der Notar muss seine Mitarbeiter schulen und an der Weiterentwicklung dieser Abläufe beteiligen. Auch Fragen dazu könnten in eine verbesserte Geschäftsprüfung einfließen. Ob die Abläufe im Büro – also Aufnahme des Eingangs, Sachbearbeitung, Vertragsabwicklung und die Aufgabenabgrenzung zwischen Hilfspersonal, qualifiziertem Personal und dem Notar selbst – dokumentiert sind und wie die Verantwortungsbereiche des Notars und seiner Mitarbeiter abgegrenzt sind, das fällt unter die *persönliche Amtsausübung* (§ 67 Abs. 2 Nr. 4, § 25 BNotO).

Damit ergibt sich eine interessante Parallele: Sowohl die Geschäftsprüfung als auch die Anforderungen der Normenreihe ISO 9000 – 9004 befassen sich nur mit einem Teilbereich der notariellen Qualität, nämlich mit den *notwendigen* Voraussetzungen. Nicht jedoch mit den *hinreichenden*. Um diese zu verstehen, müssen wir vermehrt von den erwähnten Indikatoren für die Qualität Gebrauch machen.

2. Werkzeuge

Informiert sein allein reicht nicht aus. Auch unsere Werkzeuge müssen dem Stand der Technik entsprechen. Wir sind den hohen Ausbildungsstand der uns zugewiesenen Ange-

stellten der Notarkasse und das hohe Leistungsniveau des Deutschen Notarinstituts – unseres wissenschaftlichen *back office* – gewohnt. Immer stärker entpuppt sich neben der Ressource Mensch jedoch auch die elektronische Datenverarbeitung als machtvolles Werkzeug. Betrachten wir sie und ihre Möglichkeiten etwas genauer.

In diesen Tagen gehen die Notare ans Netz. Und zwar an das Notarnetz. Eine Einrichtung des deutschen Notariats, angesiedelt im Fränkischen, genauer in Würzburg. Ihr Zweck: Den Notaren eine sichere Plattform zur Verfügung zu stellen. Für den Informationsaustausch untereinander. Für den Zugriff ins Internet. Für die engere Anbindung der Grundbuchämter und Register, der Finanzämter und der Vermessungsbehörden. Aber auch für die engere Anbindung der Mandanten. *Just in time* Dienstleistungen also. Dabei geht es aber nicht nur um technische Sicherheit und Kostenersparnis für den einzelnen Notar. Es geht auch und vor allem darum, den uns so vertrauten Nutzen der *Form* auch in der neuen digitalen Welt zu erproben. Deswegen sind digitale Signatur und Verschlüsselung im Notarnetz selbstverständlich. Und zwar nach den hohen Standards des deutschen Signaturgesetzes (SigG). Seit dem 15.12.2000 ist die Bundesnotarkammer als Zertifizierungsstelle nach dem SigG akkreditiert.

Einheitliche Strukturen und Standards: Das vermischen wir leider manchmal bei unserer Kanzleisoftware. Die Notariatssoftware ist sehr leistungsfähig geworden. Ihre Möglichkeiten beeinflussen die tatsächlichen Abläufe im Notariat ganz erheblich. In vielen Bereichen lässt sie aber Wünsche offen und richtet sich eher nach den Möglichkeiten der Softwarehersteller als nach den Bedürfnissen der notariellen Praxis. Wollen wir Nachteile unserer kleinteiligen Berufsausübung kompensieren, müssen wir gemeinsam in einem *Pflichtenheft* niederlegen, welche Anforderungen unsere gegenwärtig eingesetzte Notariatssoftware erfüllen muss, wenn sie unseren Vorstellungen und Bedürfnissen entsprechen soll. Und zwar nicht nur allgemeine technische Anforderungen, sondern Anforderungen an die konkreten Arbeitsabläufe, Kontrollroutinen und Archivierungsmaßnahmen im Notariat, die elektronischen Schnittstellen zum Rechtsuchenden, zu Grundbuch und Register sowie zu Finanz- und zu Vermessungsbehörden eingeschlossen. Datenschutzrechtliche Vorschriften nicht zu vergessen.

Weder Pflichtenheft noch das Notarnetz leben jedoch aus sich selbst heraus. Wir müssen unsere Kompetenz stärken, mit der Notariatssoftware umzugehen und sie an die Bedürfnisse unserer Kanzlei anzupassen. Das können wir als Notare zwar beaufsichtigen, aber nicht alles selber bewerkstelligen. Deshalb sollten wir Mitarbeiter haben, die in der Lage sind, nach unseren Weisungen die Schnittstelle zum Software-Unternehmen zu bedienen. Was läge hier näher, als vor allem die Angestellten der Notarkasse in diesen Dingen zu schulen und zu ertüchtigen.

Technische Neuerungen sichern aber nicht nur den *status quo*. Sie können völlig neue Wege der Berufsausübung, besonders der Kooperation, eröffnen. So erscheint es nicht recht einsichtig, dass an über 350 Stellen im bayerischen Notariat – so viele Kanzleien unterhalten die knapp 500 bayerischen Notare – versucht wird, Wissensmanagement zu betreiben und die Formular- und Bausteinsammlungen an aktuelle Gerichtsentscheidungen und Gesetzesänderungen anzupassen. Eine Arbeitsteilung findet bei diesem Wissensmanagement gegenwärtig kaum statt. Der technologische Fortschritt eröffnet uns die Möglichkeit, die Unabhängigkeit des Einzelnen zu erhal-

¹¹ Texte im Internet unter www.beuth.de erhältlich.

¹² Vgl. zu den Versuchen anderer rechts- und wirtschaftsberatender Berufsgruppen, die Normenreihe auf ihren Beruf bezogen zu interpretieren die „Rechtsanwaltsspezifische Interpretation der DIN EN ISO 9001“ der AdvoCert GmbH, Köln und die „Verlautbarungen zur Qualitätssicherung in der Steuerberaterpraxis“ der Bundessteuerberaterkammer, Beihefter zu DStR 30/1998 sowie das Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Tätigkeit der Wirtschaftsprüfer BGBl 2000 I, 1769 (Regierungsentwurf BR-DrS 255/00).

ten und gleichzeitig Synergieeffekte zu nutzen. Als Stichworte müssen hier die englischen Begriffe der *open source* Projekte¹³ und der *peer to peer (P2P)* Programme¹⁴ genügen. Eine solchermaßen erweiterte *berufsinterne* Kooperation unterhalb der Schwelle des § 9 Abs. 1 BNotO ist anderen derzeit diskutierten Kooperationen mit berufsfremden Dienstleistern vorzuziehen.¹⁵

3. Erfahrung

Information und Werkzeuge allein nützen nichts, wenn Anwendungsmöglichkeiten und Erfahrung fehlen. Das Amt im Hauptberuf gewährt uns reiche Erfahrungsmöglichkeiten. Die Zahl der Notarstellen richtet sich mittlerweile auch nach der Bevölkerungszahl; damit ist die ausreichende Versorgung sichergestellt, die Zahl der Berufsträger aber auch zugleich begrenzt. Das gewährleistet, dass Notare sich nicht auf den engeren Pflichtbereich der Beurkundungstätigkeit beschränken, sondern auch in den Bereich vorstoßen, der gelegentlich als „Kür“ bezeichnet wird. Spezialisierungsmöglichkeiten werden besonders in den Rechtsgebieten genutzt, die bei einer gleichmäßigen Verteilung auf *alle* Notare *keinem* Notar eine ausreichende Erfahrungsgrundlage bieten würden, dieses Rechtsgebiet kompetent und wirtschaftlich zu beackern. Zum Beispiel in Teilbereichen des Gesellschaftsrechts. Das ist ein natürliches Phänomen. Würde man eine Verteilung bestimmter Beurkundungsaufträge nach dem Prinzip „Gießkanne“ zu erzwingen versuchen, hätte keiner der Kollegen ausreichend Erfahrung.

4. Anreize

Auch ein informierter, erfahrener und mit den richtigen Werkzeugen ausgestatteter Notar entfaltet sein Potenzial am besten, wenn die richtigen Anreize bestehen. Anreize haben wir natürlich: Monetäre und nichtmonetäre. Geld ist allerdings kein Motivationsfaktor, sondern in aller Regel nur ein Hygienefaktor. Das heißt, er wirkt demotivierend, wenn er der erbrachten Leistung nicht entspricht. Per se entfaltet er aber keinen Anreiz. Reden wir also hauptsächlich über Motivationsfaktoren.

Die Befriedigung, die wir aus unserer Arbeit ziehen, ist hauptsächlich der Nutzen, den wir stiften. Und zwar bei jeder einzelnen Urkunde. Der Nutzen ist manchmal größer, manchmal kleiner. Meist ist er unspektakulär. Spektakulär ist er dort, wo wir bedeutende Transaktionen begleiten, mehr noch aber dort, wo uns echte Innovationen gelingen, wo also die Gestaltungsidee eines einzelnen Kollegen sich unter den Notaren als anerkannt durchsetzt und auch die Billigung der Gerichte findet. Oder aber dort, wo wir uns Rechts- und Beratungsgebiete erschließen, in denen eben niemand die Beteiligten zwingt, sich an den Notar zu wenden.

Diesen Nutzen zu entfalten, dazu spornt den Notar wiederum die nicht zu knappe, andererseits aber auch nicht zu großzügige Ausstattung mit Notarstellen an. Überprüfen sollten wir allerdings, ob es nicht Faktoren im Berufsrecht gibt, die

der Entfaltung dieser Anreize entgegenwirken. So müssen wir sehen, dass unsere Kollegen in den neuen Bundesländern die Bandbreite der Wertgebühr nicht im gleichen Umfang ausschöpfen können, wie wir in Bayern das tun können. Auch können wir nicht ausschließen, dass der Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts bei isolierter Betrachtung nicht nur im oberen Wertbereich, sondern auch bei Alltagsgeschäften gewisse Anomalien enthält.

D. Gemeinsame Aufgaben

Notarielle Qualität kann also nicht isoliert betrachtet werden. Es geht um die Leistungen einer ganzheitlich betrachteten freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wir Notare verstehen uns und unsere Organisationen nur als ein Beispiel für die geglückte Privatisierung von Teilbereichen einer insgesamt hoheitlichen Aufgabe. In diesem Verständnis wissen wir uns mit dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz einig.¹⁶

So offen die bayerische Justiz für diese Sichtweise ist, so wenig scheint sie dem Bundesministerium der Justiz einzu-leuchten: Die deutschen Notare haben vorgeschlagen, das im Gesetz sichtbar zu machen, was sie tagein tagaus tun: Grundbuch und Register zu entlasten, indem sie die Erklärungen der Beteiligten *filtern*. Nicht nur dann, wenn sie einen Vertrag beurkunden. Sondern auch dann, wenn sie eine für das Grundbuch und das Register bestimmte Erklärung nur beglaubigen. Sicherlich ein unspektakulärer Teil unserer Tätigkeit, aber ein in Summe bedeutender Teil. Wie Sie alle wissen, tut der Notar bei der Beglaubigung in aller Regel mehr: Er *entwirft* für die Beteiligten die Genehmigungserklärung, die Löschungserklärung, Eigentümerzustimmungen und anderes mehr. *Entwirft* er die Erklärung, muss er belehren, und er haftet. Er tut also mehr als nur beglaubigen. Sie können das als qualifizierte Beglaubigung bezeichnen. Unser Vorschlag lautete, diese qualifizierte Beglaubigung im Gesetz zu verankern. Und auf alle Fälle auszudehnen, in denen der Notar die Unterschrift unter einer Erklärung für das Grundbuch oder Register beglaubigt. Auch wenn er die Erklärung nicht entworfen hat, also ein Stück Verbraucherschutz auch für denjenigen sicherzustellen, der einem geschlossenen Immobilienfonds beiträgt oder eine KG-Beteiligung als Kapitalanleger zeichnet. Das ist uns im Bundesjustizministerium verweigert worden. Ebenso wie die Möglichkeit, ein weiteres Stück Bürgernähe zu verwirklichen und den Rechtsuchenden die Einsicht in das maschinell geführte Grundbuch zu gewähren. Beide Dinge entlasten nicht nur die Justiz, sie stellen ein Stück Anerkennung und Ansporn dar, ohne zusätzliche finanzielle Belastungen für den Bürger oder die Wirtschaft.

Wenn wir Ihnen den Eindruck vermitteln können, um die Qualität im bayerisch-pfälzischen Notariat sei es gut bestellt, so ist das ein Ergebnis vieler Faktoren. Die wichtigsten sind: Die Information über die Fernwirkungen unserer Urkunden, die Tauglichkeit unserer Werkzeuge, die Garantie, Erfahrung sammeln zu können und schließlich transparente Leistungsanreize für die Berufsträger. Es geht um freiwillige Gerichtsbarkeit insgesamt. Machen wir uns also noch mehr als bisher – nämlich in Zahlen – bewusst, welchen Beitrag die freiwillige Gerichtsbarkeit zur Streitvermeidung und zur Effektivierung wirtschaftlicher Transaktionen leistet. Tauschen wir uns noch intensiver als bisher darüber aus, wo Reibungsverluste in der Zusammenarbeit entstehen. Entwickeln wir neue

¹⁶ Vgl. Staatsminister *Weiß* in seinem Grußwort zum 75-jährigen Bestehen der Notarkasse A.d.ö.R. am 8. April 2000, abgedruckt in der Festbroschüre *75 Jahre Notarkasse* (Verlag C. H. Beck), S. 25 ff. (27).

¹³ Also Linux u. ä., vgl. zur Übertragung des Geschäftsmodells auf andere Bereiche weiterführend der Beitrag „Hacker journalism“, *Economist* 4.12.1999, S. 82.

¹⁴ Also Napster u. ä., vgl. weiterführend zum Geschäftsmodell und zu weiteren Anwendungen außerhalb der Musikbranche die Beiträge „Peer-to-peer pressure“ und „The next Netscape“, *Economist* 4.11.2000, S. 87 f.

¹⁵ Vgl. das Rundschreiben der BNotK vom 12.7.2000, abgedruckt in ZNotP 2000, 386 ff. und die pointierte Kritik von Frenz, a.a.O. S. 383 ff.

Ideen, wie Information und Wissen besser genutzt werden können und Doppelarbeit vermieden werden kann. Paradigmatisch geht es nicht so sehr um den Wettbewerb des Notariats mit anderen rechtsberatenden Berufen – etwa darum, die Notare als „Edel-Rechtsberater“ zu positionieren. Nein, es geht darum, das Notariat als die dem Rechtsuchenden zugewandte „Benutzeroberfläche“ der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu begreifen und zu gestalten. Aufgabenübertragungen an das Notariat sind dann sinnvoll, wenn sie die freiwillige Gerichtsbarkeit insgesamt anwenderfreundlicher oder nützlicher machen. Die Pflege und Fortentwicklung dieser Benutzeroberfläche, das ist unsere Aufgabe der Qualitätssicherung.

Wer dies als Aufgabe begreift, rüstet sich zugleich für den Fall, dass sich die eingangs geschilderte Auffassung der Europäischen Kommission durchsetzt, nichtstreitige Gerichtsbarkeit sei niemals unmittelbar hoheitliche Aufgabe. Auch nach der Auffassung der Kommission dürften wir uns immer noch als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse begreifen. Welche Dosis Wettbewerb, Deregulierung oder Privatisierung die Kommission einer so verstandenen freiwilligen Gerichtsbarkeit verordnen würde, wissen wir nicht. Die Sorge um die Qualität unserer gemeinsamen Dienstleistung hilft uns aber, uns gemeinsam auf (fast) alles vorzubereiten. Greifen wir an.

Die Besteuerung privater Grundstücksveräußerungsgeschäfte nach § 23 EStG

Von Notarassessor Dr. Stefan Gottwald, Passau*

Durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002¹ sowie das Steuerbereinigungsgesetz 1999² wurde der Anwendungsbereich der § 23 EStG erheblich erweitert. Das unlängst zur Neuregelung privater Grundstücksveräußerungsgeschäfte veröffentlichte Anwendungsschreiben des Bundesfinanzministeriums vom 5.10.2000³ hat zahlreiche Zweifelsfragen, welche unmittelbar nach In-Kraft-Treten der Neuregelungen noch offen geblieben waren, geklärt und somit eine gewisse Sicherheit für den Rechtsanwender gebracht⁴. Dies gibt Anlass, die Änderungen im Bereich des § 23 EStG ins Gedächtnis zu rufen, soweit sie für die notarielle Praxis relevant sind⁵.

1. Verlängerung der Veräußerungsfrist auf zehn Jahre

Gewinne aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens waren bisher nur als sogenannte Spekulationsgeschäfte im Sinne des § 23 EStG steuerpflichtig, wenn

Anschaffung und Veräußerung bei Grundstücken⁶ innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren erfolgten und bei anderen Wirtschaftsgütern – insbesondere Wertpapieren – innerhalb von sechs Monaten. Diese Fristen sind durch das Steuerentlastungsgesetz bei Grundstücken auf zehn Jahre und bei anderen Wirtschaftsgütern auf ein Jahr verlängert worden. Um hervorzuheben, dass eine Spekulationsabsicht für die steuerliche Erfassung der Gewinne im Sinne des § 23 EStG nicht erforderlich ist⁷, hat der Gesetzgeber auf den Begriff „Spekulationsgeschäft“ in der Neufassung verzichtet; er spricht nur noch von privaten Veräußerungsgeschäften.

§ 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 EStG ist erstmals auf Veräußerungsgeschäfte anzuwenden, bei denen die Veräußerung auf einem nach dem 31.12.1998 rechtswirksam abgeschlossenen obligatorischen Vertrag oder gleichstehenden Rechtsakt beruht (§ 52 Abs. 39 S. 1 EStG)⁸. Dies bedeutet, dass die verlängerten Fristen auch dann zum Tragen kommen, wenn die Anschaffung⁹ eines Grundstücks am 1.1.1999 bereits mehr als zwei, aber weniger als zehn Jahre zurücklag, bzw. bei Wertpapieren

* Der Verfasser dankt RA/StB/vBP Klaus Koch, Baden-Baden, für Hinweise und Anregungen.

¹ Vgl. Gesetz vom 24.3.1999, BStBl. 1999, S. 304 ff.

² Vgl. Gesetz vom 22.12.1999, BStBl. I. 2000, S. 13 ff.

³ Vgl. BMF-Schreiben vom 5.10.2000, IV. C 3 – S 2256-263/00, im Folgenden als Anwendungserlass vom 5.10.2000, abgedruckt in MittBayNot 2000, S. 581.

⁴ Gleichwohl sind noch viele Probleme ungelöst; insbesondere brachte das Anwendungsschreiben keine Klärung bei der Frage der Besteuerung einer Realteilung von Grundstücken (wichtig etwa bei Scheidungsvereinbarungen oder Erbauseinandersetzungen). Vgl. hierzu Bsp. 4.

⁵ Erste ausführliche Gestaltungsüberlegungen zur Vermeidung der Steuerbarkeit nach § 23 EStG (z. B. Vermeidung der Entgeltlichkeit durch Vereinbarung dauernder Lasten anstelle von Abfindungen, Herbeiführung von Progressionsmilderungen durch eine zeitliche Streckung des Zuflusses des Veräußerungserlöses, Verwendung von Erbbaurechten etc.) finden sich bei Tiedtke/Wälzholz, NotBZ 2000, S. 237 ff.; vgl. auch Reich, ZNotP 2000, S. 375 ff.

⁶ Grundstücken gleichgestellt sind Rechte, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen (z. B. Erbbaurecht, Mineralgewinnungsrecht), § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG; zur Veräußerung eines „bebauten Erbbaurechtes“ vgl. den Anwendungserlass vom 5.10.2000, TZ 14. Zur „getrennten Handelbarkeit“ (Art. 231, 233 EGBGB) von Grundstück und Erbbaurecht und der daraus resultierenden gesondert möglichen Steuerbarkeit des Grundstücks- bzw. des Gebäudeverkaufs gem. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG n.F. vgl. den Anwendungserlass vom 5.10.2000 TZ 15, MittBayNot 2000, S. 583.

⁷ Eine Spekulationsabsicht war auch nach früherer Rechtslage nicht erforderlich.

⁸ Zur Problematik der Rückwirkung einer Genehmigung vgl. Reich ZNotP 2000, S. 383; zur Frage einer nachträglichen Beseitigung eines Spekulationsgeschäftes durch die Ausübung eines vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechtes vgl. Tiedtke/Wälzholz NotBZ 2000, S. 243.

⁹ Anschaffungen im Sinne des Gesetzes sind alle entgeltlichen Verträge, die auf den Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums gerichtet sind.

mehr als sechs Monate aber weniger als ein Jahr. Wirtschaftsgüter, deren Veräußerung nach der bisherigen Regelung nicht mehr der Besteuerung unterlegen hätte, fallen damit ab 1.1.1999 wieder in den steuerlich relevanten Bereich. Findet eine Veräußerung¹⁰ innerhalb der neuen Fristen statt, gehen außerdem auch Wertzuwächse, die in der Zeit vor dem 1.1.1999 entstanden sind, voll in die Besteuerungsgrundlagen ein.

Beispiel 1:

A veräußert das am 3.2.1992 für 300.000,- DM erworbene Grundstück am 5.4.1999 für 400.000,- DM. Zwischen dem 1.1.1999 und dem 5.4.1999 ist der Verkehrswert des Grundstückes nicht gestiegen, so dass der gesamte Wertzuwachs auf die Zeit vor dem 1.1.1999 entfällt.

Da der Grundstückskaufvertrag im Jahr 1999 abgeschlossen wurde, unterliegt der Gewinn in Höhe von 100.000,- DM der Einkommensteuer.

Im Hinblick auf die rückwirkende Verstrickung stiller Reserven wird teilweise in der Literatur die Auffassung vertreten, dass der Gesetzgeber zumindest für Sachverhalte, bei denen die Veräußerungsfrist bereits abgelaufen war, Übergangsregelungen hätte schaffen müssen, etwa dahingehend, nur die ab dem 1.1.1999 entstandenen stillen Reserven zu besteuern oder die nur zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Gesetzes (1.1.1999) noch steuerverstrickten privaten Wirtschaftsgüter weiter in der Steuerverstrickung zu behalten¹¹. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass die Finanzverwaltung von einer Übergangsregelung absehen und das Gesetz sofort anwenden wird¹².

2. Die Bedeutung der Neuregelung für Investoren in den neuen Bundesländern

Gemäß § 23 Abs. 3 S. 4 EStG n.F. mindern sich die Anschaffungs- oder Herstellungskosten¹³ des veräußerten Wirtschaftsguts bei der Ermittlung des „Spekulationsgewinns“ um die Absetzungen für Abnutzungen, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen, soweit sie bei der Ermittlung der Einkünfte im Sinne des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4-6 EStG abgezogen worden sind. Nach § 52 Abs. 39 S. 4 EStG ist diese Regelung

¹⁰ Veräußerung ist jeder entgeltliche Vertrag, der auf Übertragung des wirtschaftlichen Eigentum an einem Grundstück oder grundstücksgleichen Recht gerichtet ist.

¹¹ Vgl. *Birk/Kulosa*: FR 1999, S. 438, die eine Anwendbarkeit nur für Grundstücke, die ab dem 2.1.1997 angeschafft wurden, vertreten; vgl. ferner *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG/KStG-Komm., Sonderband Steuerreform 1999/2000/2002 (nachf. zitiert: *Herrmann/Heuer/Raupach*), § 23 Rdnr. 2.

¹² In dem Erlass vom 5.10.2000 ist keine dahingehende Billigkeitsregelung vorgesehen. Da es jedoch gewichtige Stimmen gibt, die die Verlängerung der Veräußerungsfristen für verfassungswidrig halten (vgl. *Herrmann/Heuer/Raupach* § 23 Rdnr. 2; *Schmidt/Heinicke* § 23 Rdnr. 2a; *Birk/Kulosa*, FR 1999, S. 433; *Pleyer NJW* 1999, S. 3156) ist es m. E. empfehlenswert, entsprechende Steuerbescheide durch Einspruchseinlegung offen zu halten. Das FG Baden-Württemberg hat zwar im Rahmen eines Aussetzungsverfahrens (AZ: 2 V 13/00, EFG 2000, S. 1004) in den Regelungen keine unzulässige Rückwirkung erblickt; gegen die Entscheidung ist jedoch eine Beschwerde beim BFH anhängig (AZ IX. B 90/00). Die Finanzverwaltung im Bereich der OFD Karlsruhe ordnet daher inzwischen in allen Einspruchsverfahren das Ruhen des Verfahrens an.

¹³ Anschaffungs- und Herstellungskosten im Sinne des § 23 Abs. 3 Satz 1 EStG sind die vom Steuerpflichtigen getragenen Aufwendungen im Sinne des § 255 HGB. Zu Zuschüssen von dritter Seite vgl. den Anwendungserlass vom 5.10.2000 Tz. 28, MittBayNot 2000, S. 584.

auf Veräußerungsgeschäfte anzuwenden, bei denen der Steuerpflichtige das Wirtschaftsgut nach dem 31.7.1995 *anschafft*¹⁴ und veräußert¹⁵. Bei hergestellten Gebäuden sind Abschreibungen erst zu berücksichtigen, wenn das Objekt nach dem 31.12.1998 *fertiggestellt* wurde (§ 52 Abs. 39 Satz 4)¹⁶. Beim Kauf eines bebauten Grundstückes erhöhen die Abschreibungen den Veräußerungsgewinn somit bei Anschaffungen ab 1.8.1995, während dies beim Kauf eines unbebauten Grundstückes mit späterer Bebauung erst bei einer Fertigstellung ab dem 1.1.1999 der Fall ist.

Die Bestimmung trifft nach der nunmehr vorgenommenen Verlängerung der Veräußerungsfrist auf zehn Jahre insbesondere Investoren in den neuen Bundesländern, die zulässigerweise die Sonderabschreibungen nach dem FördGG in Anspruch genommen haben, und die jetzt einen Zeitraum von zehn Jahren nach der Anschaffung verstreichen lassen müssen, wenn sie nicht im Ergebnis die bereits geltend gemachte Sonderabschreibung „nachversteuern“ wollen¹⁷.

Beispiel 2:

A hat durch notariellen Kaufvertrag vom 5.10.1995 (Übergang Nutzungen und Lasten: 15.10.1995) ein (neues) Mietgrundstück in Leipzig erworben. Die Anschaffungskosten betragen 750.000,- DM, der Anteil an Grund und Boden 20 Prozent. Im Rahmen seiner Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung hat A 1996 die höchstmögliche Sonder-AfA nach dem FördGG (50%) in Anspruch genommen. Durch Vertrag vom 4.1.1999 (Übergang von Nutzungen und Lasten: 15.2.1999) veräußert A das Grundstück zum Preis von 700.000,- DM. A sah sich hierbei entgegen seiner ursprünglichen Absicht zu einem vorzeitigen Verkauf genötigt, da auf dem Grundstücksmarkt in Leipzig ein erheblicher Preisverfall stattfindet.

Da A im Jahr 1999 veräußert, gilt für ihn die zehnjährige Veräußerungsfrist des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG n.F. Außerdem sind bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns die Anschaffungskosten um die im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Anspruch genommenen Abschreibungen zu mindern, weil A das Grundstück nach dem 31.7.1995 angeschafft und veräußert hat (§ 52 Abs. 39 S. 4 EStG).

Die Anschaffungskosten für das Gebäude in Höhe von 600.000,- DM (80 % von 750.000,- DM) sind somit um die Sonderabschreibung in Höhe von 50 % (= 300.000,- DM)

¹⁴ Als Zeitpunkt der Anschaffung gilt der Zeitpunkt des Abschlusses des obligatorischen Vertrages oder des gleichstehenden Rechtsaktes; vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 38, MittBayNot 2000, S. 587.

¹⁵ Maßgeblich für die Fristberechnung sind die beiden schuldrechtlichen Rechtsgeschäfte. Der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums spielt grundsätzlich keine Rolle, es sei denn, er erfolgt vor dem Abschluss des schuldrechtlichen Geschäftes. Zur Frage, ob ein formunwirksamer schuldrechtlicher Vertrag ausreicht vgl. *Tiedtke/Wälzholz* NotBZ 2000 S. 134 m.w.N.

¹⁶ Vgl. *Tiedtke/Wälzholz* NotBZ 2000 S. 138; eine Fertigstellung i. S. d. Vorschrift liegt stets bei selbst hergestellten Gebäuden vor, vgl. *Schmidt*, 18. Aufl., § 23, Rdnr. 6. Anders als nach früherem Recht ist eine Identität des veräußerten mit dem angeschafften Wirtschaftsgut nicht mehr nötig. Gebäude und Außenanlagen sind in die Besteuerung einzubeziehen, soweit sie innerhalb der Spekulationsfrist errichtet, ausgebaut oder erweitert werden; vgl. *Reich ZNotP* 2000, S. 376.

¹⁷ Vgl. *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 23 Rdnr. 10. Ist das bebaute Grundstück schon vor dem 1.8.1995 angeschafft bzw. beim Kauf eines unbebauten Grundstückes das Gebäude noch vor dem 1.1.1999 fertiggestellt worden, wird der Veräußerungsgewinn um die vollen Herstellungskosten gekürzt, vgl. § 52 Abs. 39 S. 4 EStG.

und die lineare AfA für 40 Monate (= 40.000,- DM), also um 340.000,- DM zu kürzen, so dass sich die bereinigten Anschaffungskosten für das Gebäude lediglich auf 260.000,- DM belaufen. Bei einem Veräußerungspreis von 700.000,- DM und Anschaffungskosten in Höhe von 150.000,- DM für Grund und Boden (20 % von 750.000,- DM) sowie 260.000,- DM für das Gebäude, ergibt sich somit im Jahr 1999 ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn von 290.000,- DM.

Demgegenüber führen die Eigenheimzulage oder Absetzungen nach den §§ 10e, 10f, 10g und 10h EStG nicht zu einer Minderung der Anschaffungskosten im Rahmen des § 23 EStG. Gleiches gilt für Zulagen nach dem Investitionszulagengesetz¹⁸.

3. Auswirkungen der Fristverlängerung auf Fälle der vorweggenommenen Erbfolge und der Erbauseinandersetzung

Das Hauptaugenmerk bei Vermögensübertragungen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge oder einer Erbauseinandersetzung war bisher auf die steuerlichen Folgen beim Vermögensübernehmer gerichtet¹⁹. Im Hinblick auf die relativ kurzen Fristen des § 23 EStG a.F. war die Übertragung von Privatvermögen für den Übertragenden häufig außerhalb der steuerlichen Relevanz. Durch die Ausdehnung der Veräußerungsfrist auf zehn Jahre kann es in Zukunft jedoch häufiger zu steuerrelevanten Sachverhalten kommen. Hat etwa der Vermögensübergeber ein privates Grundstück weniger als zehn Jahre vor der vorweggenommenen Erbfolge selbst erworben und erfolgt die Vermögensübergabe gegen Übernahme von Schulden, so liegt aus der Sicht des Vermögensübergebers eine teilentgeltliche Veräußerung vor, die zu einem steuerpflichtigen privaten Veräußerungsgewinn führen kann²⁰.

Beispiel 3:

V hat im Jahr 1992 ein Mietwohngrundstück für 300.000,- DM erworben. Am 1.1.1999 überträgt er das Grundstück im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge auf seine Tochter T zu Alleineigentum. T muss als Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks, welches im Übertragungszeitpunkt bereits einen Verkehrswert von 1 Mio. DM hat, 400.000,- DM private Schulden ihres Vaters V übernehmen.

¹⁸ Vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000 Tz. 40, MittBayNot 2000, S. 587; Sauren DStR 2000, S. 62.

¹⁹ Beim Erwerb eines Wirtschaftsguts im Wege der Gesamtrechtsnachfolge war dem Erwerber für die Zwecke des § 23 EStG schon bisher die Anschaffung des Rechtsvorgängers zuzurechnen; für die Einzelrechtsnachfolge durch Schenkung hatte der BFH jedoch entschieden, dass diese nicht mit einem Erwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gleichzustellen sei (vgl. BFH, DB 1988, S. 2237). Der BFH hat in Fällen, in denen ein Grundstück nach Anschaffung unentgeltlich im Wege der Schenkung auf einen Dritten übertragen wurde und dieser das Grundstück innerhalb der Spekulationsfrist veräußerte, allenfalls die Annahme eines Missbrauchs von Gestaltungsmöglichkeiten als denkbar angesehen. Um die mit der Anwendung des § 42 AO verbundenen Schwierigkeiten zu vermeiden, stellt der Gesetzgeber in § 23 Abs. 1 S. 3 EStG n.F. nunmehr jedoch auch für den Einzelrechtsnachfolger auf die Anschaffung durch den Rechtsvorgänger ab. Damit ist die BFH-Rechtsprechung überholt.

²⁰ Vgl. Herrmann/Heuer/Raupach, § 23 Rdnr. 10. Zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns vgl. den Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 30 ff., MittBayNot 2000, S. 584 f. Etwas anderes gilt jedoch im Rahmen einer Erbauseinandersetzung. Hier stellt die Übernahme von Verbindlichkeiten aus dem Nachlass kein Entgelt dar, und zwar auch dann nicht, wenn sie in einer Höhe erfolgt, die über die Erbquote des Übernehmers hinaus geht; vgl. hierzu den Erlass des BMF zur Erbauseinandersetzung vom 11.11.1993, BStBl. I. 1993, S. 62; Tiedtke/Wälzholz; NotBZ 2000, S. 137 und NotBZ 2000, S. 238.

Die Übertragung hat bei V folgende einkommensteuerrechtliche Konsequenzen: Er überträgt das Grundstück zu $\frac{4}{10}$ (400.000,- DM von 1 Mio. DM) entgeltlich und zu $\frac{6}{10}$ unentgeltlich. Da somit zu $\frac{4}{10}$ eine Veräußerung innerhalb von zehn Jahren nach der Anschaffung vorliegt, ist ein privater Veräußerungsgewinn zu ermitteln. Von dem Veräußerungspreis (400.000,- DM) sind $\frac{4}{10}$ der Anschaffungskosten ($\frac{4}{10}$ von 300.000,- DM = 120.000,- DM) in Abzug zu bringen, so dass bei V ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn in Höhe von 280.000,- DM entsteht.

Eine Kürzung der Anschaffungskosten um in Anspruch genommene AfA-Beträge unterbleibt hier, da das Wirtschaftsgut nicht nach dem 31.7.1995 angeschafft worden ist (§ 52 Abs. 39 S. 4 EStG).

Für T gilt Folgendes: Soweit sie das Grundstück entgeltlich erworben hat, beginnt für sie eine neue zehnjährige Veräußerungsfrist im Sinn des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG n.F. Dagegen ist für den unentgeltlich erworbenen Teil dem Einzelrechtsnachfolger gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 EStG n.F. die Anschaffung durch den Rechtsvorgänger zuzurechnen. Folglich laufen für T zwei unterschiedliche Veräußerungsfristen im Hinblick auf künftige Veräußerungsgeschäfte. Hinsichtlich des entgeltlichen Teils erfolgte zudem der Erwerb durch T nach dem 31.7.1995, so dass insoweit bei künftigen Veräußerungen eine Kürzung um die AfA der Besitzzeit der T geboten ist.

Auch bei einer Realteilung einer Erbengemeinschaft mit Abfindungszahlungen werden sich nach der Verlängerung der Veräußerungsfrist für Grundstücke auf zehn Jahre häufiger als bisher steuerpflichtige private Veräußerungsgeschäfte im Sinn des § 23 EStG n.F. ergeben²¹.

Beispiel 4:

Erbe des am 5.11.1998 verstorbenen A sind dessen Kinder S und T je zur Hälfte. Der Nachlass des A besteht im Wesentlichen aus einem von A im Jahr 1993 für 300.000,- DM erworbenen Mietwohngrundstück. Dieses Grundstück hat im Jahr 1999 einen Verkehrswert von 1 Mio. DM. Im Rahmen der Erbauseinandersetzung erhält S mit Wirkung zum 1.3.1999 das Mietwohngrundstück zum Alleineigentum und T von S eine Abfindung in Höhe von 500.000,- DM.

Zunächst war das Mietwohngrundstück den Miterben S und T nach dem Erbfall jeweils zur Hälfte gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zuzurechnen. Durch die Übertragung ihres hälftigen Anteils an dem Grundstück gegen Abfindung wird ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft im Sinn des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG verwirklicht.

Konsequenzen für T: T ist als Miterbin Gesamtrechtsnachfolgerin des Erblassers A, so dass sie so gestellt wird, als hätte sie selbst den Hälfteanteil im Jahr 1993 für 150.000,- DM ($\frac{1}{2}$ von 300.000,- DM) angeschafft, den sie im Jahr 1999 für 500.000,- DM veräußert. Sie hat daher einen privaten Veräußerungsgewinn von 350.000,- DM zu versteuern.

Konsequenzen für S: S hat das Grundstück zur Hälfte im Jahr 1999 entgeltlich erworben. Für die als Erbe unentgeltlich erworbene andere Hälfte ist ihm der Zeitpunkt der Anschaffung durch den Erblasser A (1993) zuzurechnen. Für S gelten daher

²¹ Ferner kann bei der Übertragung von Immobilien zur Pflichtteilsabgeltung § 23 EStG n.F. beim Veräußerer (Erbe) einschlägig sein; darüber hinaus ist zu beachten, dass ein entgeltlicher Übertragungsvorgang auch eine neue 10-Jahres-Frist i. S. d. § 23 EStG n.F. bei einem Erwerber (Pflichtteilsberechtigter) in Gang setzt.

im Hinblick auf künftige Veräußerungen zwei unterschiedliche Fristen: Soweit er das Grundstück unentgeltlich im Wege der Erbfolge erworben hat, endet die Veräußerungsfrist des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG n.F. bereits im Jahr 2003 (1993 plus zehn Jahre), soweit er es entgeltlich erworben hat, läuft die Veräußerungsfrist noch bis zum Jahr 2009 (1999 plus zehn Jahre). Veräußert S innerhalb dieser Fristen das Grundstück, unterliegt auch bei ihm ein Veräußerungsgewinn den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG n.F.

Zu beachten ist, dass auch der Verkauf eines Erbteils oder das Ausscheiden aus einer Erbengemeinschaft gegen Abfindung Veräußerungsgeschäfte im Sinn des § 23 EStG n.F. darstellen²².

Demgegenüber dürfte es sich bei einer reinen Realteilung des Nachlasses um einen unentgeltlichen Vorgang²³ und somit weder um eine Anschaffung noch um eine Veräußerung im Sinn des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG n.F. handeln²⁴. Gehört etwa zum Nachlass noch erhebliches Barvermögen, so dass sich die Miterben dergestalt auseinandersetzen, dass im Wege der *Realteilung* ein Miterbe das Grundstück und der andere Miterbe das Barvermögen erhält (ohne zusätzliche Abfindungszahlungen), so liegt kein Fall des § 23 EStG n.F. vor.

Befinden sich im Nachlass vermietete Gebäudegrundstücke des Privatvermögens, so kann der erwerbende Miterbe bei einer reinen Realteilung ohne Abfindung nur von der oftmals sehr niedrigen Bemessungsgrundlage des Erblassers abschreiben, da er als unentgeltlicher Erwerber dessen AfA nach § 11 d EStDV fortführen muss. Es war deshalb nach bisheriger Rechtslage empfehlenswert, das Mietgrundstück in der Erbauseinandersetzung zunächst in das Miteigentum nach Bruchteilen der Miterben zu überführen und das restliche Nachlassvermögen entsprechend zu teilen. In der Folgezeit konnte dann der schon ursprünglich als solcher vorgesehene Erwerber die Miteigentumsanteile der anderen Miterben kaufen und so seine Abschreibungen deutlich erhöhen. Dies kann jetzt jedoch nachteilhaft sein, wenn die Anschaffung des Erblassers von diesen Käufen an gerechnet noch keine zehn Jahre zurückliegt.

Beispiel 5:

Der Erblasser E hat im Jahr 1991 ein vermietetes Mehrfamilienhaus zu einem Preis von 1 Mio. DM gekauft. Hieraus entfielen 500.000,- DM auf Grund und Boden, 500.000,- DM auf das Gebäude. Drei Jahre nach dem Kauf renovierte er das Gebäude für 500.000,- DM. Diese Aufwendungen zog er sofort als abzugsfähige Erhaltungsaufwendungen und damit als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ab. Außerdem erbrachte er noch Eigenleistungen in Höhe von 200.000,- DM. 1998 verstarb E und hinterließ das Mehrfamilienhaus im Wert von nunmehr 2 Mio. DM sowie Kapitalvermögen in Höhe von 4 Mio. DM. Erben wurden seine drei Kinder A, B, C zu je einem Drittel.

Die Erben sind sich einig, dass A das Grundstück, B und C das Kapitalvermögen erhalten sollen. Bei einer reinen Real-

teilung ohne Abfindungszahlungen wäre jedoch A gezwungen, die AfA des E in Höhe von zwei Prozent aus der Bemessungsgrundlage 500.000,- DM gemäß § 11 d EStDV fortzuführen. Die Erben setzen deshalb 1998 den Nachlass dergestalt auseinander, dass ihnen das Mietobjekt je zu einem Drittel als Miteigentümer zugewiesen wird und sie das Kapitalvermögen je zu einem Drittel erhalten. Im Jahr 2000 verkaufen B und C ihren Miteigentumsanteil an A für jeweils 700.000,- DM.

Der Übergang des Vermögens durch den Erbfall ist unentgeltlich. Die Erbauseinandersetzung ist ebenfalls unentgeltlich, da keine Abfindungen geleistet werden. Beim Verkauf der Miteigentumsanteile durch B und C in 2000 wird die Anschaffung des E anteilig zugerechnet; diese liegt noch keine zehn Jahre zurück, so dass Verkäufe in 2000 gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG steuerpflichtig sind. Der Veräußerungsgewinn, welchen B und C somit gemäß § 23 EStG n.F. erzielen, beläuft sich auf 366.667,- DM (Kaufpreis in Höhe von jeweils 700.000,- abzüglich anteiliger Anschaffungskosten in Höhe von einem Drittel aus 1 Mio. DM).

4. Nachversteuerung von Eigenleistungen

Vor dem 1.1.1999 war die Herstellung und Veräußerung eines Wirtschaftsguts kein Spekulationsgeschäft, da im früheren Tatbestand nur die Anschaffung, nicht aber die Herstellung eines Wirtschaftsgutes genannt war. Bei Errichtung eines Gebäudes nach der Anschaffung des Grund und Bodens fehlte es insoweit an der erforderlichen Identität von angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut²⁵. Nach der Neuregelung ist nun jedoch auch der auf das Gebäude entfallende Gewinn steuerpflichtig, wenn der Steuerpflichtige auf einem zuvor erworbenen Grundstück ein Gebäude errichtet²⁶ und das baute Grundstück innerhalb von zehn Jahren nach Erwerb des Grund und Bodens veräußert. Für die Berechnung der Frist im Sinn des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG n.F. ist stets auf den Kauf des Grund und Bodens abzustellen; durch die Herstellung des Gebäudes entsteht keine neue eigenständige Frist²⁷.

Ist ein eigenerrichtetes Gebäude nach neuem Recht in die Veräußerungsbesteuerung nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG einzubeziehen, so ist zur Ermittlung des Gewinns der Veräußerungspreis für das veräußerte Gebäude um die (nachgewiesenen²⁸)

²⁵ Vgl. *Tiedtke*, Einkommensteuer- und Bilanzsteuerrecht 2. Auflage 1995, S. 229. Ein Spekulationsgeschäft war nur dann nicht ausgeschlossen, wenn ein im Zeitpunkt der Anschaffung im Rohbau befindliches Gebäude fertiggestellt und anschließend mit Grund und Boden veräußert wurde. Bei einem im Rohbau befindlichen Gebäude sah der BGH nämlich die Identität von angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut als gewahrt an, so dass auch bezüglich des errichteten Gebäudes ein Anschaffungsgeschäft vorlag. Vgl. BFH, BB 1989, S. 1382.

²⁶ § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 EStG vom 24.3.1999 wurde bereits mit Gesetz vom 22.12.1999 (BGBl. I S. 2601) neu gefasst: Neben der Errichtung von Gebäuden ist nunmehr die Errichtung, der Ausbau oder die Erweiterung von Gebäuden und Außenanlagen in den Steuertatbestand einbezogen; Entsprechendes gilt für Gebäudeanteile, die selbständige, unbewegliche Wirtschaftsgüter sind, sowie für Eigentumswohnungen und in Teileigentum stehende Räume.

²⁷ Vgl. *Risthaus*, DB 1999, S. 1033; *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 23 Rdnr. 12; *Herzig/Lutherbach*, DStR 1999, S. 522.

²⁸ Insbesondere bei Eigenleistungen ist dem Steuerpflichtigen daher zu empfehlen, die eigenen Herstellungskosten genau zu dokumentieren, da er die objektive Beweislast (Feststellungslast) für diese steuermindernden Aufwendungen trägt. Bei Altfällen, in denen die frühere zweijährige Spekulationsfrist bereits abgelaufen war, erscheint die gesetzliche Rückwirkung, durch welche die Sachver-

²² Vgl. hierzu die Beispiele bei *Theilhacker*, BWNotZ 1999, S. 110 ff.

²³ Vgl. *Reich* ZNotP 2000, S. 378. Nach § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG n.F. sind nunmehr – wie bereits erwähnt – auch in Fällen der unentgeltlichen Einzelrechtsnachfolge (Schenkungen) dem Erwerber die Vorbesitzzeiten des Schenkers zuzurechnen. Zu den Auswirkungen hierzu vgl. auch *Tiedtke/Wälzholz* NotBZ 2000 S. 136.

²⁴ Das Anwendungsschreiben vom 5.10.2000 enthält hierzu jedoch keine ausdrückliche Stellungnahme.

Herstellungskosten des Gebäudes zu mindern. Eine Kürzung dieser Herstellungskosten um die in Anspruch genommenen Abschreibungen der Besitzzeit ist jedoch gemäß § 52 Abs. 39 S. 4 EStG nur vorzunehmen, wenn das Objekt nach dem 31.12.1998 fertiggestellt wurde²⁹.

Durch die Einbeziehung eigenerichteter Gebäude in die Veräußerungsbesteuerung nach Abs. 1 sind nunmehr auch Eigenleistungen des Steuerpflichtigen als private Veräußerungsgewinne zu versteuern. Entsprechendes gilt für den Wert von „Nachbarschaftshilfe“ und „Schwarzarbeit“³⁰.

Beispiel 6:

M hat 1992 ein unbebautes Grundstück zum Preis von 150.000,- DM gekauft. 1993 hat er es mit einem Zweifamilienhaus bebaut, dessen beide Wohnungen seitdem zu Wohnzwecken vermietet sind. Aufgrund diverser Eigenleistungen, sogenannter Nachbarschaftshilfe und Schwarzarbeit belaufen sich die dem Finanzamt nachgewiesenen Herstellungskosten des Zweifamilienhauses auf lediglich 180.000,- DM. Im Jahr 1999 veräußert M das Objekt für 750.000,- DM.

Da die Veräußerung des bebauten Grundstücks innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb des unbebauten Grundstücks erfolgt, liegt ein privates Veräußerungsgeschäft im Sinn des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG vor, so dass das in dieser Zeit fertiggestellte Gebäude einzubeziehen ist. Gewinnmindernd können nur die nachgewiesenen Herstellungskosten berücksichtigt werden; eine Kürzung der Herstellungskosten um die AfA der Besitzzeit kommt hier gem. § 52 Abs. 39 S. 4 EStG nicht in Betracht³¹.

Der Gewinn ermittelt sich wie folgt: Von dem Veräußerungspreis (750.000,- DM) sind die Anschaffungskosten für Grund und Boden (150.000,- DM) sowie die nachgewiesenen Herstellungskosten für das Gebäude (180.000,- DM) in Abzug zu bringen, so dass ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn in Höhe von 420.000,- DM entsteht.

5. Keine Besteuerung selbstgenutzter Wohnimmobilien

Im Hinblick auf die erheblich verlängerte Frist des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG n.F. ist selbstgenutztes Wohneigentum von der Besteuerung privater Veräußerungsgewinne ausgenommen worden³², um berufliche Mobilität und Veräußerungen wegen Familienzuwachses nicht zu behindern³³. Gewinne aus der Veräußerung selbstgenutzten Wohneigentums unterliegen daher nicht der Besteuerung, soweit das Wohneigentum im Jahr der Veräußerung und den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurde³⁴; wird das Wirtschaftsgut kürzere Zeit nach der Anschaffung wieder ver-

halte wieder in den steuerlich relevanten Bereich einbezogen wurden, bedenklich, da der Steuerpflichtige bis zum In-Kraft-Treten des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 keine Veranlassung hatte, die Belege zum Nachweis der eigenen Herstellungskosten aufzubewahren.

²⁹ Vgl. den Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 38, MittBayNot 2000 S. 587.

³⁰ Vgl. Herrmann/Heuer/Raupach, § 23 Rdnr. 13.

³¹ Die Fertigstellung erfolgte nicht nach dem 31.12.1998, § 52 Abs. 39 S. 4.

³² Die Befreiung des Veräußerungsgewinnes hat umgekehrt zur Folge, dass bei selbstgenutzten Immobilien auch ein etwaiger Veräußerungsverlust nicht geltend gemacht werden kann.

³³ Vgl. die Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 BT-Drucks. 14/23.

äußert, ist der Veräußerungsgewinn gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG nicht zu versteuern, wenn das Wohneigentum zwischen Anschaffung oder Fertigstellung und Veräußerung ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurde (Fall 1) bzw. im Jahr der Veräußerung und in den beiden Vorjahren eigenen Wohnzwecken diente (Fall 2)³⁵.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Regelung auch Auswirkungen auf Scheidungsvereinbarungen hat. Sofern etwa die vor weniger als zehn Jahren von den Ehepartnern gemeinsam angeschaffte³⁶ Immobilie im Zuge einer Scheidung (teil)entgeltlich, etwa gegen Abfindungszahlung oder Schuldübernahme, an einen Ehegatten zum Alleineigentum übertragen wird, liegt grundsätzlich ein Fall des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG n.F. vor³⁷. Soweit das Objekt jedoch vor der Übertragung von den Ehegatten im Sinn des § 23 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG n.F. selbst genutzt wurde (Familienheim), unterbleibt i. d. R.³⁸ eine Besteuerung des Veräußerungsgewinnes³⁹. Nach der Neuregelung kann damit unter Umständen sogar eine Besserstellung gegenüber der bisherigen Rechtslage eintreten, die eine Freistellung für selbstgenutztes Wohneigentum nicht vorgesehen hatte⁴⁰.

³⁴ Dasselbe gilt bei der Veräußerung eines teilweise zu eigenen Wohnzwecken und teilweise zu anderen Zwecken genutzten Gebäudes, wobei hier der nach dem Verhältnis der Nutzflächen des Gebäudes auf den zu eigenen Wohnzwecken genutzten Gebäudeteil entfallende Grund und Boden nicht in den Veräußerungsgewinn einzubeziehen ist. Vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000 Tz. 16 ff.; MittBayNot 2000, S. 583 ff.

³⁵ Ein unbebautes Grundstück ist kein begünstigtes Wirtschaftsgut im Sinn des § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG, und zwar auch dann, wenn eine ursprünglich vorgesehene Bebauung mit einer zu eigenen Wohnzwecken bestimmten Wohnung nicht realisiert wird oder lediglich eine unbebaute Teilfläche (bei der das sonstige Grundstück mit einem zu eigenen Wohnzwecken benutzten Gebäude bebaut ist) verkauft wird, vgl. Anwendungsschreiben vom 5.10.2000, Tz. 20; MittBayNot 2000, S. 583.

³⁶ Anschaffung und Veräußerung im Sinn der Freistellungsregelung ist der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums, während bei der Berechnung der 10-Jahres-Frist das schuldrechtliche Rechtsgeschäft maßgebend ist, vgl. Anwendungsschreiben vom 5.10.2000, Tz. 25; MittBayNot 2000, S. 584.

³⁷ Vgl. Tiedtke/Wälzholz NotBZ 2000 S. 134; Sauren DStR 2000, S. 60 ff. Die Entgeltlichkeit und damit die Steuerbarkeit nach § 23 EStG entfällt jedoch nach herrschender Meinung, wenn die Ausgleichszahlung nicht als Gegenleistung für die Übertragung des Grundstücksanteils, sondern lediglich zur Erfüllung des Zugewinnausgleichsanspruchs erfolgt, vgl. Tiedtke/Wälzholz NotBZ 2000, S. 137. Dies sollte dann m.E. in einer entsprechenden Scheidungsvereinbarung explizit klargestellt werden. Zu den Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen von Scheidungsvereinbarungen vgl. Tiedtke/Wälzholz NotBZ 2000, S. 238.

³⁸ Bei selbstgenutzten Immobilien kann die Freistellung allerdings gefährdet sein, wenn der seinen Hälfteigentumsanteil übertragende Ehegatte bereits längere Zeit vor Abschluss der schuldrechtlichen Scheidungsvereinbarung aus dem Familienheim ausgezogen war. Das folgt daraus, dass die Wohnungsüberlassung an den dauernd getrennt lebenden Ehegatten keine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken mehr darstellt. Dies ist deshalb besonders gravierend, da etwaige Schuldzinsen – wenn die Befreiungsvorschrift nicht eingreift – den Veräußerungsgewinn nicht mindern. Vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 29, MittBayNot 2000, S. 584 unter Verweis auf § 12 Nr. 1 EStG. Die Frage der Zulässigkeit des Schuldzinsenabzuges ist jedoch umstritten, vgl. Blümich/Genk, § 23, Rdnr. 165, 168; Schmidt/Heinicke, § 23, Rdnr. 52.

³⁹ Anders verhält es sich dagegen bei Renditeobjekten; hier ist § 23 EStG künftig verstärkt auch bei Scheidungsvereinbarungen zu beachten.

⁴⁰ Eine Besserstellung liegt dann vor, wenn die Veräußerung innerhalb der vormals geltenden zweijährigen Spekulationsfrist erfolgt.

Eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken liegt vor, wenn der Steuerpflichtige das Wirtschaftsgut allein, mit seinen Familienangehörigen oder gemeinsam mit einem Dritten (z. B. dem nichtehelichen Lebenspartner) bewohnt. Eine unentgeltliche Überlassung eines Teils des Wirtschaftsguts an einen Dritten zu Wohnzwecken ist unschädlich, sofern die dem Steuerpflichtigen zu eigenen Wohnzwecken verbleibenden Räume noch den Wohnungsbegriff erfüllen und die Führung eines selbstständigen Haushaltes ermöglichen.⁴¹ Eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken liegt auch vor, wenn der Steuerpflichtige das Wirtschaftsgut einem Kind, für das er Anspruch auf Kindergeld oder einen Freibetrag nach § 32 Abs. 6 EStG hat, unentgeltlich zu Wohnzwecken überlässt; demgegenüber stellt die unentgeltliche Überlassung des Wirtschaftsguts an andere – auch Unterhaltsberechtigte – Angehörige keine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken mehr dar, so dass z. B. die Altenteilerwohnung in der Land- und Forstwirtschaft kein vom Eigentümer zu eigenen Wohnzwecken genutztes Wirtschaftsgut ist.⁴²

Zu beachten ist bei der Auslegung der Neuregelung ferner, dass der Gesetzgeber bei der 1. Alternative des § 23 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG verlangt, dass der Steuerpflichtige das Wohneigentum „ausschließlich“ zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat, während bei der 2. Alternative kein Ausschließlichkeitserfordernis aufgestellt wird.⁴³

Beispiel 7:

K hat mit Kaufvertrag vom 1.5.1998 (Übergang von Nutzen und Lasten am 1.6.1998) ein Einfamilienhaus gekauft, das er seitdem ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken nutzte. Die Anschaffungskosten betragen 380.000,- DM. Am 31.3.1999 zieht K aus dem Haus aus, da er in einer anderen Stadt einen neuen Arbeitsplatz gefunden hat und den Wohnort wechseln muss. Durch notarielle Urkunde vom 20.10.1999 (Übergang von Nutzen und Lasten am 1.11.1999) verkauft er sein Haus zum Preis von 400.000,- DM (Zufluss in 1999). In der Zeit vom 1.4. bis 31.10.1999 hat K das Haus an den späteren Erwerber vermietet.

K verwirklicht aufgrund des Verkaufs des Hauses im Jahr 1999 ein privates Veräußerungsgeschäft im Sinn des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG n.F. Die Veräußerung ist aus der Besteuerung nicht nach S. 3 der genannten Norm ausgenommen, da K wegen der Vermietung in den Monaten April bis Oktober 1999 das Objekt nicht ausschließlich zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat (1. Alternative). Die Fremdvermietung vor der Veräußerung steht somit der Anwendung der Regelung entgegen⁴⁴. Zudem erfüllt K auch nicht die 2. Alternative des § 23 Abs. 1 Nr. 1 S. 3, da er den Zeitraum „Jahr der Veräußerung und beide vorangegangenen Jahre“ nicht erfüllt.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung⁴⁵ ist allerdings ein Leerstehen der Wohnung vor Beginn der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken unschädlich, wenn es mit der beabsichtigten

⁴¹ Vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 22, MittBayNot 2000, S. 583 f.

⁴² Vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 23, MittBayNot 2000, S. 584. Die entgeltliche Vermietung an einen Angehörigen ist ebenfalls schädlich, vgl. *Tiedtke/Wälzholz* NotBZ 2000, S. 138.

⁴³ Dafür ist im Gegensatz zur 2. Alternative in der 1. Alternative eine Veräußerung auch dann steuerfrei, wenn zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht einmal zwei Jahre liegen, vgl. *Tiedtke/Wälzholz* NotBZ 2000, S. 137.

⁴⁴ Vgl. auch *Wendt*, FR 1999, S. 354.

⁴⁵ Vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 25; MittBayNot 2000, S. 584.

Nutzung des Wirtschaftsgutes zu eigenen Wohnzwecken im Zusammenhang steht. Dies gilt auch für einen Leerstand zwischen Beendigung der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken und der Veräußerung des Gebäudes, wenn der Steuerpflichtige die Veräußerungsabsicht nachweist⁴⁶. Eine Vermietung steht dagegen der Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG n.F. entgegen.⁴⁷

Zu beachten ist außerdem, dass im Rahmen des § 23 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG n.F. durch die Verwendung des Begriffs „Wirtschaftsgut“ auch eine teilweise Freistellung in Betracht kommt, da Gebäudeteile, die nicht in einem einheitlichen Nutzungs- und Funktionszusammenhang stehen, selbstständige Wirtschaftsgüter sind⁴⁸. Wird ein Gebäude teils zu eigenen und teils zu fremden Wohnzwecken genutzt, sind beide Gebäudeteile selbstständige Wirtschaftsgüter, so dass Gewinne aus der Veräußerung des Objektes der Besteuerung nur insoweit nicht unterliegen, als das Wohneigentum zu eigenen Wohnzwecken im Sinn des § 23 Abs. 1 Nr. 1 S. 3, 1. oder 2. Alt. EStG n.F. genutzt wurde.

Beispiel 8:

K erwirbt im Januar 1992 ein Mehrfamilienhaus für 450.000,- DM. Eine der vier gleich großen Wohnungen nutzt er zu eigenen Wohnzwecken; die übrigen vermietet er an fremde Dritte. Im Jahre 1999 verkauft K das gesamte Mehrfamilienhaus zu einem Kaufpreis von 550.000,- DM.

Der Veräußerungsgewinn in Höhe von 100.000,- DM entfällt mit einem Viertel auf die von K zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wohnung, so dass ein Viertel des Veräußerungsgewinnes (25.000,- DM) nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG steuerfrei bleibt. 75.000,- DM sind gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn.⁴⁹

6. Entnahmen aus dem Betriebsvermögen als Anschaffungsgeschäft im Sinn des § 23 EStG

Gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 EStG n.F. wird ein Veräußerungserlös nunmehr auch dann als privater Veräußerungsgewinn besteuert, wenn das Wirtschaftsgut zuvor aus dem Betriebsvermögen *entnommen* worden ist und die Veräußerung bei Grundstücken innerhalb von zehn Jahren (bei anderen Wirtschaftsgütern innerhalb von einem Jahr) nach der Entnahme erfolgt. Gleiches gilt, wenn das Wirtschaftsgut durch *Betriebsaufgabe* in den privaten Bereich gelangt ist (oder der Steuer-

⁴⁶ Ein Leerstehen zwischen Beendigung der Selbstnutzung und Veräußerung ist auch dann unschädlich, wenn das Wirtschaftsgut im Jahr der Beendigung der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken und in den beiden vorangegangenen Jahren ebenfalls zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurde, vgl. Anwendungsschreiben vom 5.10.2000, Tz. 25; MittBayNot 2000, S. 584.

⁴⁷ Vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 25, MittBayNot 2000, S. 584. Sofern der Verkäufer einen Veräußerungsverlust aus dem Verkauf der selbstgenutzten Immobilie mit anderen Spekulationsgewinnen (z. B. aus Aktiengeschäften) verrechnen will, muss er folglich die Immobilie vor dem Verkauf zunächst an den Käufer vermieten, um die Privilegierung des § 23 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG zu zerstören. Erst dann liegt ein Geschäft im Sinne des § 23 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG vor, welches eine Verlustverrechnung gemäß § 23 Abs. 3 S. 8 EStG ermöglicht.

⁴⁸ Vgl. *Risthaus*, DB 1999, S. 1034. Das häusliche Arbeitszimmer dient nicht zu Wohnzwecken, so dass der anteilige Veräußerungsgewinn für das häusliche Arbeitszimmer nicht befreit ist, vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 16, 21, MittBayNot 2000, S. 583.

⁴⁹ Vgl. zur exakten Aufteilung des Veräußerungsgewinns auf Gebäude einerseits sowie Grund und Boden andererseits den Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 32, MittBayNot 2000, S. 585.

pflichtige einen Antrag nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UmwStG gestellt hat). Nach jeder Entnahme bzw. Betriebsaufgabe läuft somit eine neue Veräußerungsfrist von zehn Jahren. Die ehemaligen Betriebsgrundstücke bleiben zehn Jahre steuerstrickt, da Entnahme bzw. Betriebsaufgabe als Anschaffung der Grundstücke im Privatvermögen gelten.

Bei der Überführung des Grundstücks aus dem Betriebsvermögen in das Privatvermögen tritt an die Stelle der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der Wert, mit dem das Grundstück bei der Überführung angesetzt worden ist (§ 23 Abs. 3 Satz 3 in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG).⁵⁰

Ziel der Gesetzesänderung war es, ein Hilfsmittel für die korrekte Erfassung betrieblicher Erträge zu schaffen. Nach bisheriger Rechtslage stellten Entnahmen aus dem Betriebsvermögen – auch im Zuge einer Betriebsaufgabe – keine Anschaffungen im Sinn des § 23 Abs. 1 EStG dar. Erfolgte anschließend eine Veräußerung des entnommenen Wirtschaftsgutes innerhalb der Spekulationsfrist – gerechnet von der betrieblichen Anschaffung an – so war es in Bezug auf das alte Recht herrschende Ansicht, dass die Wertsteigerung, soweit sie während der „betrieblichen Zeit“ entstanden war, noch im Rahmen des Betriebs und, soweit sie auf die Zeit nach der Entnahme entfiel, nach § 23 EStG besteuert wurde⁵¹. Nunmehr wird kraft gesetzlicher Fiktion in Abs. 1 S. 2 die Überführung des Wirtschaftsguts in das Privatvermögen als Anschaffung gewertet, die eine eigenständige neue Veräußerungsfrist auslöst⁵². Nach Ansicht des Gesetzgebers kam es nicht selten vor, dass ein Steuerpflichtiger bei der Entnahme von Wirtschaftsgütern aus dem Betriebsvermögen einen Wert angab, der sich dann im Rahmen einer späteren steuerfreien Veräußerung aus dem Privatvermögen als zu niedrig erwies. Da die Möglichkeiten der Finanzverwaltung, derartigen Praktiken durch genauere Prüfung des Entnahmewertes entgegenzuwirken, angesichts der sachtypischen Beweisnot gering sind, wird nunmehr die Veräußerung über § 23 Abs. 1 S. 2 EStG n.F. neu besteuert.

Die weitreichenden Folgen, die sich aus der vom Gesetzgeber gewählten Ausgestaltung des § 23 Abs. 1 S. 2 EStG n.F. ergeben können, sollen anhand des nachfolgenden Beispiels verdeutlicht werden:

Beispiel 9:

Bauer B schafft am 1.1.1993 im Rahmen seines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes Ackerland zum Kaufpreis von 180.000,- DM an. Zum 31.12.1999 entnimmt er diesen

⁵⁰ Vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 33, MittBayNot 2000, S. 585; Entsprechendes gilt für den Fall, dass ein Grundstück anlässlich der Betriebsaufgabe in das Privatvermögen überführt worden ist (§ 23 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 16 Abs. 3 Satz 5 EStG). Bleibt bei der Überführung eines Wirtschaftsgutes in das Privatvermögen der Entnahmegewinn kraft gesetzlicher Regelung bei der Besteuerung außer Ansatz (z.B. bei einer Altenteilerwohnung gem. § 13 Abs. 5 EStG), tritt an die Stelle der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der Buchwert des Wirtschaftsgutes zum Zeitpunkt der Entnahme. Bei der Überführung eines Wirtschaftsgutes in das Privatvermögen vor dem 1.1.1999 ist in diesen Fällen jedoch aus Billigkeitsgründen der Wert anzusetzen, mit dem das Grundstück bei der Überführung angesetzt worden ist, vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 33, 34, MittBayNot 2000, S. 585 f.

⁵¹ Vgl. zur bisherigen Rechtslage *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 23 Rdnr. 21.

⁵² Im Einzelfall muss der Entnahmezeitpunkt genau bestimmt werden; dies ist gerade bei Betriebsaufgaben von Bedeutung, die sich häufig über einen längeren Zeitraum erstrecken; vgl. hierzu *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 23 Rdnr. 22.

Grundbesitz aus dem Betriebsvermögen und erklärt einen Entnahmewert von 190.000,- DM. Im Jahr 2004 wird das entnommene Grundvermögen plötzlich Bauland, so dass es B zum 1.1.2005 zu einem Kaufpreis von 550.000,- DM verkaufen kann.

Die Wertsteigerung zwischen Anschaffung und Entnahme ist im Zeitpunkt der Entnahme im Rahmen der Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft mit 10.000,- DM steuerlich zu erfassen.

Nach § 23 Abs. 1 S. 2 EStG n.F. ist ferner die Wertsteigerung zwischen der Entnahme zum 31.12.1999 und der Veräußerung zum 1.1.2005 in Höhe von 360.000,- DM als steuerpflichtiger privater Veräußerungsgewinn zu erfassen, da zwischen Entnahme und Veräußerung weniger als zehn Jahre liegen.

Nach dem geschilderten Sachverhalt dürfte jedoch hier die Wertsteigerung eindeutig darauf zurückzuführen sein, dass zwischenzeitlich aus dem Ackerland Bauland geworden ist. Die Wertsteigerung ist mithin im Privatvermögen entstanden und resultiert nicht daraus, dass Bauer B den Entnahmewert unzutreffend erklärt hat⁵³.

Hätte B dagegen das Ackerland im Jahr 1993 bereits im Privatvermögen angeschafft, so hätte er es im Jahr 2005 veräußern können, ohne dass gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG ein steuerpflichtiger privater Veräußerungsgewinn entstanden wäre⁵⁴.

7. Veräußerung von Anteilen an einer grundstücksverwaltenden Personengesellschaft

Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG gilt die Anschaffung oder Veräußerung einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an einer Personengesellschaft als Anschaffung oder Veräußerung der anteiligen Wirtschaftsgüter. Sofern ein Steuerpflichtiger innerhalb von zehn Jahren einen Anteil an einer grundstücksverwaltenden Personengesellschaft gekauft und wieder verkauft hat, fingiert das Gesetz für den Zweck des § 23 EStG diesen Vorgang als anteilige Veräußerung der im Gesamtvermögen befindlichen Grundstücke, so dass der Veräußerungsgewinn steuerpflichtig ist⁵⁵.

Erfolgt die Anschaffung des Grundstücks durch die Personengesellschaft von einem Gesellschafter, so bleibt ein etwaiger Veräußerungsgewinn in Höhe der Quote, zu der dieser Gesell-

⁵³ Ob sich die Finanzverwaltung in solchen Fällen zu einer teleologischen Reduktion des zu weit gefassten Wortlauts durchdringen wird, ist derzeit noch unklar; insbes. enthält das Anwendungsschreiben vom 5.10.2000 keine diesbezügliche Äußerung.

⁵⁴ Dieser Fall verdeutlicht, dass die vom Gesetzgeber getroffene Regelung bedenklich ist; ebenso *Risthaus*, DB 1999, S. 1035. § 23 Abs. 1 S. 2 EStG n.F. kommt im Übrigen auch zum Tragen, wenn die Entnahme bereits vor 1999 erfolgt ist; maßgebend für die Anwendung der Vorschrift ist nämlich der Zeitpunkt der Veräußerung und nicht der der Anschaffung bzw. eines der Anschaffung gleichgestellten Tatbestandes. Vgl. ferner zu Billigkeitsregelungen den Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 34, MittBayNot 2000 S. 585 f.

⁵⁵ Nach einer in der Literatur teilweise vertretenen Ansicht soll dies selbst dann gelten, wenn eine Personengesellschaft ein Grundstück erwirbt und ein Anteilseigner innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb des Grundstücks durch die Gesellschaft seinen Geschäftsanteil veräußert. In diesen Fällen wird den meisten Beteiligten die steuerliche Relevanz nicht mehr bewusst sein, so dass hier besondere Aufmerksamkeit geboten ist. Vgl. *Heinicke* in *Schmidt*, EStG, 18. Auflage 1999, § 23 Rdnr. 7 unter Berufung auf BR-Drucks 612/93, S. 61; a. A. *Peter*, DStR 1999, S. 1339; *Stephan* DB 1994, S. 1588 ff.

schafter an der Gesellschaft beteiligt ist, unberücksichtigt⁵⁶. Bei einem späteren Weiterverkauf eines Grundstücks durch die Gesellschaft an einen Dritten ist bei der Berechnung der 10-Jahresfrist zu beachten, dass unterschiedliche Fristen – je nach Gesellschafter – laufen können⁵⁷.

Beispiel 10:

An einer vermögensverwaltenden GbR sind die Gesellschafter A und B zu je $\frac{1}{2}$ beteiligt. Im Jahr 2000 beteiligt sich C an der GbR und bringt dazu ein unbebautes Grundstück mit einem Wert von 250.000,- DM ein, welches er im Jahr 1993 für 200.000,- DM erworben hatte. Danach sind A, B und C zu je $\frac{1}{3}$ an der GbR beteiligt. Im Jahr 2005 veräußert die GbR das Grundstück für 300.000,- DM an einen außenstehenden Dritten D.

Die Übertragung des Grundstücks auf die GbR ist zu $\frac{1}{3}$ nicht als Veräußerung anzusehen, weil C in diesem Umfang an der GbR beteiligt ist.

Der Veräußerungsgewinn des C berechnet sich daher wie folgt:

$\frac{2}{3}$ des Veräußerungserlöses von 250.000,- DM (= 166.667,- DM) abzüglich $\frac{2}{3}$ der Anschaffungskosten von 200.000,- DM (= 133.333,- DM) ergeben einen Veräußerungsgewinn des C in Höhe von 33.334,- DM.

Der Weiterverkauf des Grundstücks durch die GbR an D ist als anteilige Veräußerung des Grundstücks durch A, B und C zu behandeln. Der von C erzielte Veräußerungsgewinn unterliegt jedoch nicht der Besteuerung, da er das Grundstück, das ihm noch zu $\frac{1}{3}$ zuzurechnen ist, vor mehr als zehn Jahren vor der Veräußerung erworben hat.

Der Veräußerungsgewinn von A und B errechnet sich wie folgt:

Jeweils $\frac{1}{3}$ des Veräußerungserlöses von 300.000,- DM (= 100.000,- DM) abzüglich jeweils $\frac{1}{3}$ der Anschaffungskosten von 250.000,- DM im Jahr 2000 (= 83.333,- DM) ergeben einen Veräußerungsgewinn von A und B in Höhe von jeweils 16.667,- DM.

8. Einlagen in ein Betriebsvermögen

Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 gilt als Veräußerung auch die Einlage eines Wirtschaftsgutes in das Betriebsvermögen, wenn die Veräußerung aus dem Betriebsvermögen innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren seit Anschaffung des Wirtschaftsgutes erfolgt. Die Neuregelung gilt nach § 52 Abs. 39 Satz 3 EStG nur für Einlagen, die nach dem 31.12.1999 erfolgen⁵⁸.

Beispiel 11:

A hat ein bebautes Grundstück am 1.1.1993 für 270.000,- DM gekauft und legt es am 1.5.2000 in das Betriebsvermögen seines gewerblichen Einzelunternehmens ein. Bei der Einlage wird das Grundstück mit dem angegebenen Teilwert von 300.000,- DM in die Bilanz eingestellt. Am 1.5.2001 verkauft A das Grundstück für 300.000,- DM.

Da Anschaffungskosten- und Veräußerungspreis identisch sind, entsteht – von evtl. vorgenommenen Abschreibungen

⁵⁶ Vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 38, MittBayNot 2000, S. 587.

⁵⁷ Vgl. das in dem Anwendungserlass vom 5.10.2000 in Tz. 38 gebildete Beispiel, MittBayNot 2000, S. 587.

⁵⁸ Vgl. Reich ZNotP 2000, S. 380 mit einem instruktiven Beispielfall zum zeitlichen Anwendungsbereich.

des Gebäudes abgesehen – in Betriebsvermögen kein gewerblicher Gewinn.

Zu beachten ist, dass zu dem Zeitpunkt der Einlage des Grundstücks in das Betriebsvermögen noch keine Steuer anfällt, da der Einbringungsvorgang selbst (mangels Rechtsträgerwechsels) nicht steuerbar ist⁵⁹.

Das Grundstück muss bei der Einlage in der Bilanz des Gewerbebetriebes gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 EStG mit dem Teilwert angesetzt werden; der Teilwert gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG ist mindestens so hoch wie der gemeine Wert im Sinn des § 9 Abs. 2 Bewertungsgesetz, also der Einzelveräußerungspreis.⁶⁰ Auf diese Weise entstehen bei der Veräußerung aus dem Betriebsvermögen unmittelbar nach der Einlage im Regelfall keine Gewinne.

Lediglich bei der späteren Veräußerung innerhalb des 10-Jahres-Zeitraums nach der Anschaffung (nicht: der Einlage in das Betriebsvermögen) wird der Wertzuwachs, der im Privatvermögen bis zur Einlegung des Grundstücks in das Betriebsvermögen eingetreten ist, aufgrund der Neuregelung des § 23 Abs. 1 S. 5 Nr. 1 und Abs. 3 S. 7 EStG n.F. nachversteuert⁶¹. Damit entfällt die bisher mögliche steuergünstige Gestaltung, wonach ein Grundstück kurz vor seiner Veräußerung mit dem tatsächlichen Wert, d. h. zum späteren Veräußerungspreis in das Betriebsvermögen eingelegt wurde, um so die Steuerbarkeit eines Spekulationsgewinnes nach § 23 EStG zu verhindern⁶².

Nach § 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2 gilt ferner die verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft als Veräußerung im Sinn des § 23 Satz 1 Nr. 1 EStG. Eine verdeckte Einlage ist eine auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhende Vermögenszuführung zum Vermögen einer Kapitalgesellschaft durch einen Gesellschafter, die nicht im Wege einer Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung gegen Gewährung von neuen Anteilen erfolgt.⁶³ Die

⁵⁹ Dies folgt daraus, dass es bei der Einlage eines Grundstückes aus dem Privatvermögen in das Betriebsvermögen eines Einzelunternehmens an einem Rechtsträgerwechsel fehlt; nicht steuerbar ist auch die Einlage in das Sonderbetriebsvermögen bei einer Personengesellschaft oder in das Gesamthandsvermögen dieser Gesellschaft, sofern keine Gesellschaftsrechte gewährt werden. Dagegen stellt die Sacheinlage von Grundstücken aus dem Privatvermögen in eine Kapitalgesellschaft oder in das Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten eine Veräußerung (Tausch mit Rechtsträgerwechsel) dar; vgl. Anwendungsschreiben vom 5.10.2000, Tz. 2, 6, MittBayNot 2000, S. 581. Insoweit bietet sich bei Personengesellschaften die Zurückbehaltung des Grundbesitzes im Sonderbetriebsvermögen an. Auch bei Kapitalgesellschaften ist die Vermietung und Verpachtung des Grundbesitzes im Hinblick auf § 23 EStG einer Sacheinlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten vorzuziehen. Grunderwerbsteuerrechtlich ist dies ebenfalls die günstigere Gestaltungsvariante. Allerdings kann es hier bei wesentlichen Betriebsgrundlagen zu einer Betriebsaufspaltung kommen.

⁶⁰ Vgl. Tiedtke/Wälzholz, NotBZ 2000, S. 135.

⁶¹ Zu Einzelfragen vgl. den Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 4 ff., MittBayNot 2000, S. 581. Der Veräußerungsgewinn bis zur Einlage ist ein privater Veräußerungsgewinn i. S. d. § 23 EStG; der Veräußerungsgewinn ab der Einlage ist dagegen ein laufender Gewinn aus Gewerbebetrieb gem. § 15 EStG.

⁶² Vgl. Tiedtke/Wälzholz, NotBZ 2000, S. 135 ff.

⁶³ Vgl. Tiedtke/Wälzholz, DB 1999, S. 2026 ff. und NotBZ 2000, S. 136. Der Gesellschaft wird somit ein bilanzierungsfähiges Wirtschaftsgut von einem Gesellschafter unter Preis zugeführt, wobei der Minderpreis auf der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit beruht; vgl. Schmidt/Glanegger, § 6 Rdnr. 440; Reich ZNotP 2000, S. 380.

verdeckte Einlage wird nunmehr auch im Rahmen des § 23 EStG einer Veräußerung gleichgestellt.⁶⁴

Im Unterschied zu der 1. Alternative (§ 23 Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 EStG) wird der Tatbestand bereits mit der verdeckten Einlage selbst, also mit Beurkundung einer Verpflichtung zur Übertragung an den neuen Rechtsträger (die Kapitalgesellschaft) verwirklicht. Auf eine spätere Veräußerung kommt es nicht an, § 23 Abs. 3 Satz 7 EStG n.F.⁶⁵.

9. Verlustverrechnung

Verluste aus Spekulationsgeschäften konnten bisher nur mit Spekulationsgewinnen, die der Steuerpflichtige im gleichen Kalenderjahr erzielte, ausgeglichen werden. Ein Verlustausgleich mit Gewinnen aus anderen Einkunftsarten im Sinn des § 2 EStG bzw. war gesetzlich ausgeschlossen. Auch ein Verlustabzug nach § 10 d EStG kam nicht in Betracht.

Mit Beschluss vom 30.9.1998 hat das Bundesverfassungsgericht jedoch entschieden, dass der völlige Ausschluss der Verlustverrechnung bei laufenden Einkünften aus der Vermietung beweglicher Gegenstände nach § 22 Nr. 3 EStG gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt⁶⁶. Da das Verlustverrechnungsverbot in § 23 EStG mit der Regelung in § 22 Nr. 3 S. 3 EStG a.F. identisch war, bestand auch bei den „Spekulationsgeschäften“ Handlungsbedarf. Dem hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 23 Abs. 3 S. 8 EStG n.F. Rechnung getragen⁶⁷. Danach können Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften nicht nur mit Gewinnen im gleichen Jahr verrechnet werden, sondern darüber hinaus nach Maßgabe des § 10 d EStG die Einkünfte mindern, die der Steuerpflichtige in dem unmittelbar vorangegangenen Veranlagungszeitraum oder in den folgenden Veranlagungszeiträumen aus privaten Veräußerungsgeschäften im Sinn des § 23 Abs. 1 EStG erzielt hat oder erzielt⁶⁸. Die geänderte Verlustverrechnung gilt – weil eine besondere Anwendungsregelung in § 52 EStG n.F. diesbezüglich nicht getroffen worden ist – gemäß § 52 Abs. 1 EStG für Verluste, die ab dem Veranlagungszeitraum 1999 entstehen.⁶⁹ Da es jedoch nach wie vor bei dem Verbot des Verlustausgleichs mit den Einkünften aus anderen Einkommensarten verbleibt, ist die Bedeutung der Verlustverrechnungsmöglichkeiten nach wie vor gering.

„Spekulationsgewinne“ bleiben weiterhin steuerfrei, falls sie beim Steuerpflichtigen in einem Veranlagungszeitraum niedriger als 1.000,- DM sind. Es handelt sich also um eine Freigrenze von 999,99 DM.⁷⁰

⁶⁴ Dies war bereits bisher in § 17 Abs. 1 Satz 2 und § 6 Abs. 6 Satz 2 EStG der Fall.

⁶⁵ Zu den Einzelheiten vgl. den Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 36 ff., MittBayNot 2000, S. 586 f.; vgl. ferner *Tiedtke/Wälzholz* NotBZ 2000, S. 136.

⁶⁶ Vgl. BVerfG, DB 1998, S. 2247.

⁶⁷ Vgl. *Risthaus*, DB 1999, S. 1036.

⁶⁸ Für Veräußerungsverluste aus den Veranlagungszeiträumen vor 1999 ist § 23 Abs. 3 Satz 9 EStG nicht anzuwenden; diese Verluste dürfen nur mit Veräußerungsgewinnen desselben Kalenderjahres ausgeglichen und nicht nach § 10 d EStG abgezogen werden; vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 43, MittBayNot 2000, S. 587.

⁶⁹ Bei der Zusammenveranlagung von Ehegatten können Veräußerungsgewinne (z. B. aus Grundstücksgeschäften) des einen Ehegatten allerdings mit Veräußerungsverlusten des anderen Ehegatten (z. B. aus Aktiengeschäften) verrechnet werden, vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 41, MittBayNot 2000, S. 587.

⁷⁰ Die gegebenenfalls von einem Ehegatten nicht ausgeschöpfte Freigrenze kann nicht beim anderen Ehegatten berücksichtigt werden, vgl. Anwendungserlass vom 5.10.2000, Tz. 41, MittBayNot 2000, S. 587.

10. Die Subsidiarität des § 23 EStG

Wie bisher ist auch im Rahmen der Neuregelung des § 23 EStG grundsätzlich⁷¹ eine Subsidiarität der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften gegenüber den anderen Einkunftsarten vorgesehen (§ 23 Abs. 2 S. 1 EStG n.F.). Dies bedeutet, dass gerade im Hinblick auf die Anschaffung und Veräußerung von Grundstücken nach wie vor vorrangig zu prüfen ist, ob die Veräußerungen nicht den Bereich der privaten Vermögensverwaltung überschreiten und als gewerblicher Grundstückshandel⁷² einzustufen sind. Liegen danach gewerbliche Einkünfte vor, findet eine Besteuerung nach § 23 EStG nicht statt⁷³. Es besteht dann auch kein Verlustverrechnungsverbot.⁷⁴

11. Haftungsfragen

Der BGH vertrat zu § 23 EStG a.F. ursprünglich die Auffassung, dass der Notar auf die drohende Versteuerung des Spekulationsgewinnes hinzuweisen habe, wenn er vor oder während der Beurkundung positive Kenntnis davon erhält, dass der Verkäufer das Grundstück innerhalb der Spekulationsfrist erworben hat und die Anschaffungskosten unter dem Verkaufspreis liegen⁷⁵. Der positiven Kenntnis wurde der Fall gleichgestellt, dass im Notariat zu dem Vorgang Urkunden vorlagen, aus denen sich die entsprechenden Tatsachen ergaben. Das Gericht sah den Notar insbesondere als verpflichtet an, aus der vom Verkäufer eingereichten Abschrift des Kaufvertrages das Datum des Ankaufs festzustellen. Nachdem dieses Urteil – insbesondere im Hinblick auf die Neutralitätspflicht des Notars – im Schrifttum überwiegend auf Kritik gestoßen war⁷⁶, hat der BGH seine Rechtsansicht dahingehend geändert, dass der Notar sein Personal nicht dazu anhalten müsse, von sich aus überhaupt erst die erforderlichen Urkunden herbeizuschaffen oder bei der Grundbucheinsicht auf den Zeitpunkt des Erwerbs des Verkäufers zu achten⁷⁷.

⁷¹ Eine Ausnahme gilt gem. § 23 Abs. 2 S. 2 EStG nur für Einkünfte aus § 17 EStG.

⁷² Nach st. Rspr. des BFH wird der gewerbliche Grundstückshandel von den privaten Grundstücksverkäufen nach der Drei-Objekt-Grenze abgegrenzt. Diese besagt, dass die Veräußerung von bis zu drei Objekten innerhalb eines Fünfjahreszeitraums als nicht gewerblich zu betrachten ist. Werden dagegen in dieser Zeitspanne von einer Person mehr als drei Objekte verkauft, wird grundsätzlich ein Gewerbebetrieb angenommen. Vgl. hierzu *Theilacker*, BWNNotZ 1999, S. 114 m.w.N.

⁷³ Vgl. *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 23 Rdnr. 25.

⁷⁴ Demzufolge kann es bei verlustbringenden Grundstücksveräußerungen für den Steuerpflichtigen im Hinblick auf die Verrechnungsmöglichkeit mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten u. U. günstiger sein, einen gewerblichen Grundstückshandel zu provozieren. Bei einem gewerblichen Grundstückshandel ist zudem eine Teilwertabschreibung auf Verlustobjekte bereits im wirtschaftlichen Verursacherjahr möglich. Bei Gewinnen ist darüber hinaus durch die neue Gewerbesteueranrechnung (§ 35 EStG) der Nachteil einer etwaigen Gewerbesteuerbelastung weitgehend entfallen. Zu beachten ist allerdings, dass bei einem gewerblichen Grundstückshandel die AfA wegfällt, da die Grundstücke zu Umlaufvermögen werden. Hier kann § 23 EStG besser sein, da bei privaten Veräußerungsgeschäften erst bei Anschaffungen nach dem 31.7.1995 nachversteuert wird und die Sonderabschreibungen entfallen; bei § 15 EStG gibt es dagegen keine zeitliche Begrenzung.

⁷⁵ Vgl. BGH DNotZ 1989, S. 452.

⁷⁶ Vgl. *Brambring* EWIR 1989, S. 355; *Walter* MittRhNotK 1989, S. 86

⁷⁷ Vgl. BGH DNotZ 1996, S. 116.

Wenngleich somit keine Nachforschungspflicht im Bezug auf steuerrechtliche Tatbestände besteht⁷⁸ und darüber hinaus die bisherige Rechtsprechung auf der Grundlage einer zweijährigen Spekulationsfrist ergangen ist, welche keinesfalls ohne weiteres auf die auf zehn Jahre verlängerte Frist des § 23 EStG n.F. übertragen werden kann, ist es m. E. empfehlenswert, zumindest in dem Begleitschreiben zum Vertragsentwurf die Beteiligten in abstrakter Weise auf mögliche einkommensteuerrechtliche Konsequenzen des Vertrages aufmerksam zu machen und eine entsprechende Beratung durch einen Steuerberater zu empfehlen⁷⁹.

12. Ergebnis

Durch die Neuregelung des § 23 EStG sind private Veräußerungsgeschäfte zu einer ernstzunehmenden Einkunftsart erstarkt, die nahezu gleichberechtigt neben die anderen Einkunftsarten tritt. Die Steuerverstrickung von Grundstücken hat durch die Verlängerung der Veräußerungsfrist auf zehn

⁷⁸ Vgl. ebenso *Haug*, Amtshaftung des Notars, Rdnr. 561; OLG Koblenz, DNotZ 1993, S. 761.

⁷⁹ Ein ausführlicher Formulierungsvorschlag für eine entsprechende Belehrung in der Kaufvertragsurkunde selbst findet sich bei *Tiedtke/Wälzholz*, NotBZ 2000, S. 139.

Jahre, durch die Einbeziehung hergestellter Gebäude und durch die Fiktion zugenommen, wonach Entnahmen und Betriebsaufgaben als fiktive Anschaffungen gelten, welche eine neue selbstständige zehnjährige Veräußerungsfrist auslösen. Veräußerungsverluste können nur mit Veräußerungsgewinnen in demselben Jahr, im Vorjahr und in den Folgejahren verrechnet werden⁸⁰.

Die Änderungen des § 23 EStG haben daher erhebliche Auswirkungen auf die notarielle Tätigkeit, da es künftig wesentlich häufiger zu steuerpflichtigen Veräußerungsgeschäften kommen wird.

⁸⁰ Positiv ist in diesem Zusammenhang allerdings hervorzuheben, dass durch die Ausdehnung des § 23 EStG die aus dem Dualismus der Einkunftsarten resultierende steuerliche Ungleichbehandlung von Gewinneinkunftsarten einerseits und Überschusseinkunftsarten andererseits reduziert wird. Fraglich ist jedoch, ob die stärkere Besteuerung von Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften nicht auch dazu führen muss, dass Verluste aus derartigen Geschäften umfangreicher genutzt werden können, weil diese die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen vermindern. Das Steuerentlastungsgesetz sieht zwar eine erweiterte Nutzung von Verlusten im Sinn des § 23 EStG vor; ob diese Regelung jedoch als ausreichend angesehen werden kann, ist zweifelhaft. Vgl. *Herzig/Lutherbach*, DStR 1999, S. 527; *Urban*, NWB 8/99, S. 662.

Mitunternehmeranteil und Sonderbetriebsvermögen

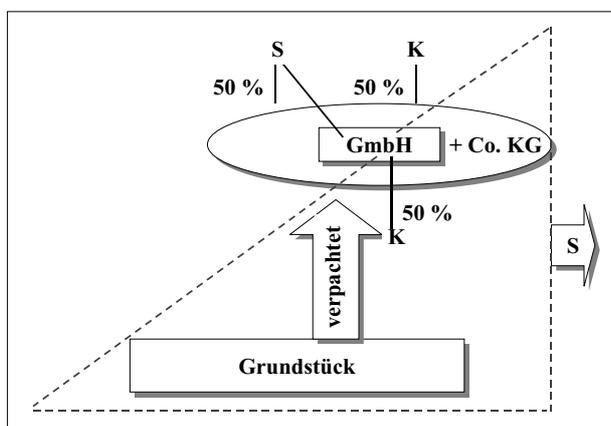
Besprechung der BFH-Urt. v. 12.4.2000 XI R 35/99 und v. 24.8.2000 IV R 51/1998¹

Von Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Rosenheim

In einer Serie von Entscheidungen verschiedener BFH-Senate wurden für die Buchwertfortführung bei Übertragung von Mitunternehmeranteilen, zu denen ein Sonderbetriebsvermögen zählt, neue Hürden errichtet.

1. Zurückbehaltung von Sonderbetriebsvermögen

Beispiel: An einer GmbH & Co. KG sind S und K als Kommanditisten zu je 50 % beteiligt. Bei der Komplementär GmbH bestehen die selben Beteiligungsverhältnisse. K will seine betrieblichen Beteiligungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf S übertragen, das im Sonderbetriebsvermögen befindliche Grundstück aber zurückbehalten.



Der Begriff des Mitunternehmeranteiles i. S. von § 6 Abs. 3 EStG (vormals § 7 Abs. 1 EStDV) umfasst nicht nur den Anteil des Mitunternehmers am Vermögen der Gesellschaft, sondern auch etwaiges Sonderbetriebsvermögen. Wird anlässlich der unentgeltlichen Übertragung eines Mitunternehmeranteiles ein Wirtschaftsgut des Sonderbetriebsvermögens, das für die Mitunternehmerschaft funktional wesentlich ist, zurückbehalten und in das Privatvermögen des Übertragenden überführt, ist insgesamt eine Aufgabe eines Mitunternehmeranteiles anzunehmen.²

Die isolierte Übertragung oder die Zurückbehaltung von Sonderbetriebsvermögen im zeitlichen Zusammenhang mit der Übertragung des zugehörigen Mitunternehmeranteils ist der Supergau der Vertragsgestaltung, da folgende Rechtsfolgen eintreten:

- Die Zurückbehaltung oder isolierte Übertragung einer wesentlichen Betriebsgrundlage führt zur Entnahme.
- Die Entnahme einer wesentlichen Betriebsgrundlage führt auch zur Entnahme des Mitunternehmeranteils, so dass die gesamte Beteiligung gewinnrealisierend aufzulösen ist.

¹ In diesem Heft, S. 104 u. 107.

² Vgl. BFH BStBl. 1995 II 891.

- Wegen des Wegfalls der Betriebsvermögenseigenschaft aufgrund Entnahme entfallen die Vergünstigungen des § 13 a ErbStG, also der betriebliche Freibetrag in Höhe von 500.000 DM gem. § 13 a Abs. 1 und der 40 %ige Bewertungsabschlag gem. § 13 a Abs. 2 ErbStG. Auch die Tarifvergünstigung gem. § 19 a ErbStG, wonach Steuerpflichtige der Steuerklasse II und III bei Betriebsvermögen in der Steuerklasse I besteuert werden, wäre nicht anwendbar.

Definitiv beabsichtigte Entnahmen sollten zeitlich vor einer beabsichtigten Übertragung des Gesellschaftsanteiles vorgenommen werden, da bei dieser Reihenfolge der Gesellschaftsanteil selbst nicht aufgegeben wird und somit der isolierte Gesellschaftsanteil gem. § 6 Abs. 3 EStG 1999 unter Buchwertfortführung übertragen werden kann. Selbstverständlich darf nach der Entnahme wesentlicher Betriebsgrundlagen nicht kurze Zeit später die geplante vorweggenommene Erbfolge durchgeführt werden, da die Finanzverwaltung in diesem Fall einen vorgefassten Plan annehmen wird.³

Bis zum 31.12.1998, also vor dem Inkrafttreten des sog. Steuerentlastungsgesetzes, war es auch möglich, vor der geplanten Übertragung des Mitunternehmeranteils die wesentliche Betriebsgrundlage in eine neu errichtete GmbH & Co. KG nach den Grundsätzen des bis dahin geltenden Mitunternehmererlasses zu Buchwerten einzubringen und anschließend über den Mitunternehmeranteil einerseits und die 100 %ige Beteiligung an der GmbH & Co. KG andererseits getrennt zu verfügen.

Für die Zeit zwischen 1.1.1999 bis 31.12.2000 war aufgrund des durch das sog. Steuerentlastungsgesetz eingefügten § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG jeder Rechtsträgerwechsel gewinnrealisierend, so dass die vorstehende Praktikerlösung nicht mehr möglich war. Eine Ausweichgestaltung bot sich aufgrund der BFH-Rechtsprechung zu Personenschwestergesellschaften an, wonach das Sonderbetriebsvermögen auf eine neu gegründete GmbH & Co. KG II unter Buchwertfortführung überführt (nicht übertragen!) werden konnte.⁴ Ob allerdings die BFH-Rechtsprechung zu Schwesterpersonengesellschaften (mitunternehmerische Betriebsaufspaltung) Bestand hat, lässt sich derzeit nicht mit Sicherheit beantworten.⁵ Immerhin konnte für das gefundene Ergebnis auch § 6 Abs. 5 Satz 1 EStG i.d.F. des StEntlG als Rechtsgrundlage herangezogen werden, wonach ein Wirtschaftsgut des Betriebsvermögens in ein anderes Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen ohne Gewinnrealisierung überführt werden kann.

Ob der seit 1.1.2001 durch das Steuersenkungsgesetz 2001 in Kraft getretene § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG, wonach der Mitunternehmererlass teilweise wieder eingeführt wurde, eine Einbringung von Sonderbetriebsvermögen zum Buchwert in eine

³ Zum vorgefassten Plan vgl. Spiegelberger in Beck'sches Notarhandbuch 3. Aufl. E 131.

⁴ Vgl. BMF-Schreiben BStBl. 1998 I 583 Tz. 1.

⁵ Vgl. Geck DStR 2000, 2033.

neu errichtete GmbH & Co. KG erlaubt, kann derzeit aufgrund der in der Literatur geäußerten Zweifel⁶ nicht mit Sicherheit beantwortet werden. Insofern ist erst der Bericht der Umstrukturierungskommission abzuwarten, den die Bundesregierung für den 1.4.2001 in Aussicht gestellt hat. Welche gesetzgeberische Maßnahmen diesem Umstrukturierungsbericht folgen werden, lässt sich noch in keiner Weise voraussagen.

2. Gesamtübertragung

Bei einer Gesamtübertragung des Mitunternehmeranteils mit dem Sonderbetriebsvermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, also in unentgeltlicher Weise, können und müssen die Buchwerte gem. § 6 Abs. 3 EStG fortgeführt werden. Dies ist derzeit die einzige gesicherte Aussage in dem geschilderten Problembereich, auch wenn § 6 Abs. 3 EStG das Sonderbetriebsvermögen nicht ausdrücklich erwähnt. § 6 Abs. 3 EStG ist aber die Nachfolgevorschrift des § 7 Abs. 1 EStDV, zu deren Geltungsdauer es nie strittig war, dass der Begriff des Mitunternehmeranteils auch das Sonderbetriebsvermögen umfasst⁷. In dem Ausgangsfall kann somit K das Privileg der Buchwertfortführung gem. § 6 Abs. 3 EStG erreichen, wenn er mit dem gesamten Kommanditanteil auch das gesamte Sonderbetriebsvermögen, also das Grundstück und seine GmbH-Beteiligung, auf S unentgeltlich überträgt.⁸

3. Übertragung des Teils eines Mitunternehmeranteils

a) Rechtsprechung der FG-Gerichte

Nach Auffassung des FG Münster⁹ ist die Übertragung eines Teiles eines Mitunternehmeranteils auch dann gem. §§ 16, 34 EStG tarifbegünstigt und nicht gewerbsteuerpflichtig, wenn das dem übertragenden Unternehmer zuzurechnende Sonderbetriebsvermögen nicht (anteilig) mitübertragen wird, sofern die mitunternehmerische Beteiligung nicht gänzlich aufgegeben wird und die Versteuerung der stillen Reserven sichergestellt ist. Nach bisheriger Auffassung war diese Gestaltung gewinnneutral möglich, da § 7 Abs. 1 EStDV auch einen Teil eines Mitunternehmeranteils erfasste.¹⁰ Das Finanzgericht Düsseldorf¹¹ hat jedoch entschieden, dass synchron mit dem Mitunternehmeranteil ein entsprechender Teil des Sonderbetriebsvermögens zu übertragen ist.¹² Mit großer Spannung wurden die Erkenntnisse des BFH zu dieser widersprüchlichen Rechtsprechung erwartet.

b) BFH-Urt. v. 12.04.2000 XI R 35/99¹³

Sachverhalt (vereinfacht): V betrieb zusammen mit seiner Tochter T eine Zahnarztpraxis in der Rechtsform der GbR, an der V zu 70 % und T zu 30 % beteiligt waren. Sowohl V als auch T veräußerten Anteile an Z, so dass V und T zu je 30 % und Z zu 40 % nach der Veräußerung beteiligt waren. Das Sonderbetriebsvermögen, in dem die Zahnarztpraxis betrieben wurde, verblieb im Alleineigentum von V, der dieses Sonderbetriebsvermögen zu Buchwerten fortführte.

⁶ Vgl. van Lishaut DB 2000, 1784; Schulze zur Wiesche FR 2000, 977.

⁷ Vgl. BFH BStBl. 1995 II 890.

⁸ So auch Neufang DB 1999, 64.

⁹ DStRE 1999, 138.

¹⁰ Vgl. Nachweise bei Schmidt EStG § 16 Rdnr. 408.

¹¹ EFG 1999, 699.

¹² Vgl. Tiedtke/Wälzholz DB 1999, 2030.

Für die Veräußerung machten V und T die Tarifbegünstigung nach §§ 16 Abs. 4, 18 Abs. 3 und 34 EStG geltend. Diese Vergünstigung wurde vom BFH verneint.

Nach ganz überwiegender Auffassung in der Literatur¹⁴ war es dem Veräußerer freigestellt, ob er Sonderbetriebsvermögen übertrag oder zurückbehielt. Nur dann, wenn der Veräußerer die gesamte Beteiligung übertrug, musste er das Sonderbetriebsvermögen in das Privatvermögen überführen, um alle stillen Reserven zu realisieren. Die Möglichkeit, Sonderbetriebsvermögen ohne Gewinnrealisierung zurückzubehalten, leuchtet aus dem Grunde ein, dass es keine quotaler Verbindung zwischen dem anteilig veräußerten Mitunternehmeranteil und dem Sonderbetriebsvermögen gibt, vgl. Reiß a.a.O.

Der XI. Senat des BFH schloss sich der Gegenmeinung¹⁵ an, die eine *synchrone* Übertragung von Mitunternehmeranteil und Sonderbetriebsvermögen verlangt. Die vollständige Anteilsveräußerung sei begünstigt, wenn der gesamte Anteil und das gesamte (wesentliche) Sonderbetriebsvermögen veräußert werde. Die Teilanteilsveräußerung bedeute eine „vertikale Spaltung“ des vollständigen Anteils.¹⁶ Ihre Begünstigung setze daher die Veräußerung eines Teils des Anteils, zugleich aber auch die quotaler Mitveräußerung des (wesentlichen) Sonderbetriebsvermögens, voraus.

c) BFH-Urt. v. 24.08.2000 IV R 51/1998¹⁷

Vereinfachter Sachverhalt: M war die alleinige Gesellschafterin einer GmbH & Co. KG. Bei einer Kapitalerhöhung vom 26.3.1990 übernahm die GmbH eine Kommanditeinlage von 510.000 DM, während sich die Kommanditeinlage von M auf 490.000 DM beschränkte. Am selben Tage veräußerte M ihre GmbH-Anteile an die X-AG gegen einen Kaufpreis in Höhe von 4.665.500 DM. Am 26.7.1990 übertrug M ihre Kommanditeinlage in vorweggenommener Erbfolge auf ihren Sohn S und übertrug ihm auch das gesamte in ihrem Sonderbetriebsvermögen befindliche Fabrik- und Bürogrundstück.

Das Finanzamt verweigerte für die Veräußerung an die AG die Tarifbegünstigung der §§ 16, 34 EStG und unterwarf den Veräußerungsgewinn der Gewerbesteuer. Das Finanzgericht Münster hingegen gewährte einen tarifbegünstigten Veräußerungsgewinn und die Befreiung des Veräußerungsgewinnes von der Gewerbesteuer. Nach Auffassung des Finanzgerichtes habe M 51 % ihres Mitunternehmeranteils gem. § 7 EStDV unentgeltlich zu Buchwerten auf die GmbH übertragen. Unabhängig davon sei die anteilige Mitübertragung der Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens nicht erforderlich gewesen.

Der IV. Senat des BFH kommt zu dem entgegengesetzten Ergebnis und zwar durch den Vergleich mit einem Einzelunternehmen. Werden anlässlich der unentgeltlichen Übertragung eines Einzelunternehmens Wirtschaftsgüter vom Übertragenden zurückbehalten, die zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen gehören, liegt keine Betriebsübertragung im Ganzen, sondern eine Betriebsaufgabe vor.¹⁸ Auch bei einer Mitunter-

¹³ Vorinstanz FG Düsseldorf EFG 1999, 699.

¹⁴ Schmidt/Wacker EStG § 16 Rdnr. 410; Reiß in Kirchhoff/Söhn EStG § 16 Rdnr. C 51; Littmann/Hörger, Das Einkommensteuerrecht (Stand Juli 1999) § 16 EStG Rdnr. 142 a; Korn KÖSDI 1997, 11225.

¹⁵ Wollny FR 1989, 713.

¹⁶ Ludwig Schmidt DStR 1991, 873.

¹⁷ Vorinstanz FG Münster, DStRE 1999, 138.

¹⁸ So schon der IV. Senat in Entscheidungen vom 9.7.1981 BStBl. 1982 II 20 und vom 1.2.1990 BStBl. 1990 II 428.

nehmerschaft müssen danach diejenigen Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens mitübertragen werden, die für die Mitunternehmerschaft funktional wesentlich sind. Werden für die Mitunternehmerschaft wesentliche Grundlagen nicht übertragen, liegt auch insoweit eine Betriebsaufgabe vor.¹⁹

Die aufgeführten Argumente könnten in nachvollziehbarer Weise die Entscheidung des BFH begründen, zumal unter dem Blickwinkel der Steuervergünstigung gem. §§ 16, 34 EStG schon immer die Auflösung aller stillen Reserven verlangt wurde. Die eigentliche Beunruhigung lösen aber andere, beiläufige Ausführungen des IV. Senats aus. Der IV. Senat bringt nämlich eine deutlich reservierte Haltung gegenüber der Übertragung eines Mitunternehmeranteils zu Buchwerten zum Ausdruck und führt in Abschnitt 2. b) aa) wörtlich aus:

„Selbst wenn man annimmt, dass die Übertragung des Anteils an einem Mitunternehmeranteil nach § 7 Abs. 1 EStDV zu Buchwerten möglich sei (!)...“

In Ziff. 3. B) bb) betont der IV. Senat, dass die Tarifbegünstigung für die Veräußerung eines Teilanteils rechtssystematisch kaum zu begründen sei. Der IV. Senat liegt damit ganz auf der Linie des Großen Senats.

d) Rechtsprechung des Großen Senats

Der Große Senat²⁰ hat eine Tarifbegünstigung gem. §§ 16, 34 EStG für den Fall verneint, dass ein Freiberufler einen Sozias in seine Praxis aufnimmt. Eine zusammengeballte Realisierung der stillen Reserven liege in einem derartigen Fall nicht vor. Der Große Senat verweist dabei selbst auf eine in der Praxis weit verbreitete Ausweidlösung, nämlich die sog. „Stufenlösung“. Nach dieser Praxis gründet der an einer Sozietät interessierte Freiberufler eine GbR unter Beteiligung des Interessenten mit einer Minimalbeteiligung von z. B. 1 %. Anschließend – nach einer gewissen Wartezeit, um dem Einwand der missbräuchlichen Gestaltung gem. § 42 AO vorzubeugen – kann der Anteil des eintretenden Sozias gewinnneutral aufgestockt werden.

In dieser Entscheidung des Großen Senats werden rechtssystematische Bedenken gegen die Übertragung des Teils eines Mitunternehmeranteils zu Buchwerten geäußert. Die Veräußerung eines Teilanteils könne allein auf Gründe der Rechtssicherheit gestützt werden, nach denen eine von der Finanzverwaltung gebilligte langjährige Rechtsprechung trotz nicht auszuräumender steuersystematischer Bedenken nicht aufgegeben werden soll.

Die dogmatische Überspitzung geht bei dem der Finanzverwaltung angehörenden Autor *Patt*²¹ sogar soweit, dass die schenkweise Aufnahme in ein Einzelunternehmen – und die damit verbundene Errichtung einer Personengesellschaft – zur Aufdeckung aller stillen Reserven führe. Weder sei § 6 Abs. 3 EStG erfüllt, noch § 24 UmwStG, da weder ein Betrieb noch ein Teilbetrieb noch ein Mitunternehmeranteil übertragen werde. Stimmen in der Literatur²² und insbesondere die OFD Düsseldorf²³ betonen jedoch zu Recht, dass die Aufnahme eines Kindes in ein Einzelunternehmen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Buchwertfortführung geschehen kann. Somit ist vorerst nicht zu befürchten, dass § 6

¹⁹ Vgl. BFH BStBl. 1995 II 890.

²⁰ BStBl. 2000 II 123.

²¹ Sonderband *Hermann/Heuer/Raupach* (1999) § 6 EStG Rdnr. 96.

²² *Reiß* in *Kirchhoff/Söhn* § 16 EStG Rdnr. B 74, *Rund DSr* 2000, 267 und *Schmidt/Glanegger* EStG § 6 Rdnr. 473.

²³ DSr 1999, 1946.

Abs. 3 EStG (die Nachfolgevorschrift des § 7 Abs. 1 EStDV) künftig seinem strengen Wortlaut nach angewandt wird, wonach nur die Übertragung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen, nicht jedoch die Übertragung des Anteils an einem Mitunternehmeranteil oder der Eintritt in ein Einzelunternehmen zu Buchwerten möglich sei. Andernfalls würde ein wesentlicher Pfeiler der vorweggenommenen Erbfolge, nämlich die gleitende Erbfolge, in Frage gestellt.

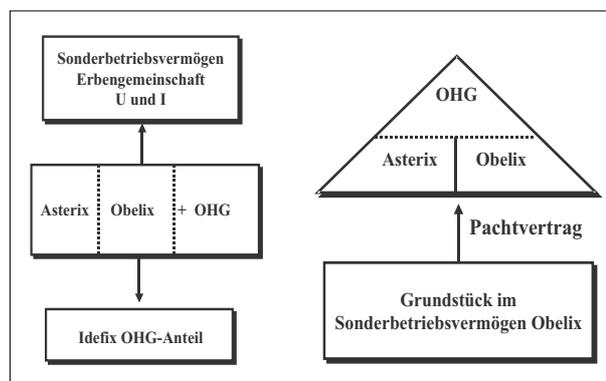
e) Erbschaftsteuerliche Beurteilung

Die Vergünstigungen des § 13 a ErbStG werden bei der Übertragung von Betriebsvermögen im einkommensteuerlichen Sinn gewährt. Gem. R 51 Abs. 3 ErbStR muss das Betriebsvermögen im Zusammenhang mit dem Erwerb eines ganzen Gewerbebetriebes, eines Teilbetriebes oder einer Beteiligung an einer Personengesellschaft auf den Erwerber übergehen. Diese Begriffe sind nach ertragsteuerlichen Grundsätzen abzugrenzen. Andere Teilübertragungen eines Gewerbebetriebes oder die Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens sind nicht begünstigt. Dies gilt insbesondere, wenn der Schenker wesentliche Betriebsgrundlagen zurückbehält oder auf andere Erwerber überträgt. Der Erwerb einzelner Wirtschaftsgüter aus dem Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters einer Personengesellschaft ist begünstigt, wenn er unmittelbar mit dem Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung verbunden ist.

H 51 Abs. 3 ErbStH stellt auf die bisherigen Rechtsgrundsätze ab. Danach waren bisher die Vergünstigungen des § 13 a ErbStG auch dann zu gewähren, wenn mit dem Sonderbetriebsvermögen nur ein Anteil der Gesellschaftsbeteiligung übertragen wurde. Aufgrund der Rechtsprechungsänderung der Einkommensteuersenate des BFH ist davon auszugehen, dass die Finanzverwaltung die Vergünstigungen des § 13 a ErbStG künftig nur noch bei einer Synchronübertragung gewährt. Damit wird die vorweggenommene Erbfolge auch schenkungsteuerlich stranguliert.

f) Nachfolgeklausel mit Sonderbetriebsvermögen

Beispiel: *Der Gesellschaftsvertrag der Asterix und Obelix KG sieht vor, dass im Falle des Versterbens eines Gesellschafters an dessen Stelle nur ein in der Anfertigung von Hinkelsteinen erfahrender Steinmetzmeister nachfolgen kann. Obelix hat den in seinem Alleineigentum stehenden Steinbruch an die KG verpachtet. Obelix hinterlässt bei seinem Ableben als Erben die als Hausfrau tätige Witwe Uxorix und den als Steinmetzmeister ausgebildeten Sohn Idefix.*



Die Verbindung des Mitunternehmeranteils mit dem Sonderbetriebsvermögen stellt insbesondere im Erbfall eine schwierige Gestaltungsaufgabe dar. Sofern im Wege einer qualifizierten Nachfolgeklausel der Personengesellschaftsanteil des

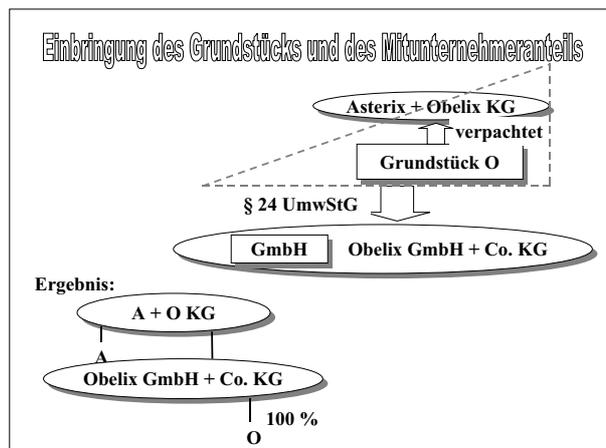
Erblassers auf einen Miterben übergeht, führt dies – hinsichtlich des Sonderbetriebsvermögens zu einem nicht begünstigten Entnahmegewinn des Erblassers.²⁴ Allerdings unterliegt der damit verbundene Entnahmevergang hinsichtlich des anteiligen Sonderbetriebsvermögens nach neuerer Rechtsprechung des BFH²⁵ nicht der Gewerbesteuer.

Zur Vermeidung der Gewinnrealisierung im Sonderbetriebsvermögensbereich bei qualifizierten Nachfolgeklauseln werden in der Literatur folgende Gestaltungen empfohlen:

- **Alleinerbeinsetzung** des Gesellschafternachfolgers, wobei der gesamte übrige Nachlass, soweit er nicht beim Alleinerben verbleiben soll, durch Vermächtnisse verteilt werden muss.
- **Einfache Nachfolgeklausel**, wonach alle Miterben Gesellschafter werden mit einem Übernahmerecht zu Gunsten des qualifizierten Miterben, wonach dieser die Gesellschaftsanteile der übrigen Miterben und das Sonderbetriebsvermögen unentgeltlich oder gegen Abfindungszahlung bis zur Höhe des anteiligen Buchwertes übernehmen darf. Sofern der Übernahmeherr zugleich zum Testamentsvollstrecker ernannt wird, kann der Vermächtnisnehmer ab dem Todestag als wirtschaftlicher Eigentümer angesehen werden.²⁶
- **Schenkung auf den Todesfall** gem. § 2301 BGB nach dem Vorschlag von Hörger²⁷ scheitert bei Grundstücken an dem Umstand, dass Auflassungen bedingungsfeindlich sind; die Einschaltung eines Treuhänders²⁸ verursacht Grunderwerbsteuer.
- Das **Schenkungsmodell** mit wirtschaftlichem Eigentum wurde von Daragan²⁹ vorgeschlagen. Danach soll der potenzielle Erblasser zu Lebzeiten das Sonderbetriebsvermögen auf den ausgewählten Nachfolger unter Nießbrauchsvorbehalt mit freiem Widerrufsrecht übertragen, so dass das bürgerlich rechtliche Eigentum übergeht, das wirtschaftliche Eigentum jedoch zurückbehalten wird. Bei Grundstücken wird zu Gunsten des Übergebers eine Vormerkung gem. § 883 BGB im Grundbuch eingetragen. Nießbrauch und Widerrufsvorbehalt erlöschen mit dem Tod des Schenkers, so dass nach Auffassung von Daragan ohne steuerrechtlichen Zwischenerwerb durch eine Erbengemeinschaft der bürgerlich-rechtliche Sonderrechtsnachfolger auch das wirtschaftliche Eigentum an dem Sonderbetriebsvermögen erlangt.
- **Einbringung** des Sonderbetriebsvermögens und des Mitunternehmeranteils in eine GmbH & Co. KG (als Einheits-GmbH & Co. KG) gem. § 24 UmwStG unter Buchwertfortführung, wobei die Komplementär GmbH nicht vermögensbeteiligt sein sollte, um Grunderwerbsteuer auszuschließen.

Hinweis: Der bisherige Gestaltungsvorschlag, nur das Grundstück in eine GmbH & Co. KG einzubringen, war aufgrund des Steuerentlastungsgesetzes obsolet, weil § 6 Abs. 5 Satz 3

EStG i.d.F. des StEntlG bei einem Rechtsträgerwechsel eine Gewinnrealisierung vorsah. Diese Rechtsfolge kann bei der vorgeschlagenen Gestaltung, zugleich den Mitunternehmeranteil in eine neu zu gründende Personengesellschaft einzubringen, vermieden werden.



4. Übergangserlass

Die sich aus den Entscheidungsgründen der BFH-Entscheidungen vom 12.4.2000 und 24.8.2000 ergebende Rechtsprechungsänderung, wonach eine Buchwertfortführung gem. § 7 Abs. 1 EStDV (nunmehr § 6 Abs. 3 EStG) nur möglich ist, wenn das anteilige Betriebsvermögen mitübertragen wird (*Synchronübertragung*) stellt eine fundamentale und unerwartete Änderung der jahrzehntelangen Praxis dar. Die damit verbundenen neuen Erschwernisse, insbesondere für den Fall der vorweggenommenen Erbfolge, werden zurecht beklagt.³⁰ Besonders unerfreulich ist der Umstand, dass in allen offenen Fällen die Finanzverwaltung eine Gewinnrealisierung annehmen könnte, so dass der aufgrund jahrzehntelanger Rechtspraxis entstandene Vertrauensgrundsatz erschüttert und die Rechtssicherheit bei einer unmittelbaren Anwendung dieser Rechtsprechung verletzt wäre. Die Bundesnotarkammer hat daher das Bundesfinanzministerium um einen Übergangserlass gebeten, wonach die neuen BFH-Grundsätze erst für Übertragungen gelten, die nach dem 30.6.2001 vorgenommen werden. Darüber hinaus ist eine gesetzliche Regelung erforderlich. Der Gesetzgeber sollte § 6 Abs. 3 EStG im Rahmen der ohnehin aufgrund des Umstrukturierungsberichtes erforderlichen Novellierung des § 6 EStG in der Weise abändern, dass nicht nur die unentgeltliche Übertragung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen, sondern auch die anteilige Übertragung von Mitunternehmeranteilen und die Einräumung einer Mitberechtigung an einem Betrieb oder Teilbetrieb der Buchwertfortführung unterliegt, ohne dass Sonderbetriebsvermögen mitübertragen werden muss.

Es verbliebe dann bei dem bisherigen Rechtszustand, wonach das Sonderbetriebsvermögen nicht quotenmäßig mit dem Mitunternehmeranteil verbunden ist. Eine Entnahme würde erst eintreten, wenn jede Verbindung zwischen Mitunternehmeranteil und Sonderbetriebsvermögen unterbrochen wird.

³⁰ Vgl. Geck DStR 2000, 2031.

²⁴ Vgl. BFH BStBl. 1992 II 512.

²⁵ BStBl. 2000 II 316.

²⁶ Zum wirtschaftlichen Eigentum des Sachvermächtnisnehmers an einem Einzelunternehmen vgl. BFH BStBl. 1992 II 330.

²⁷ DStR 1993, 46.

²⁸ Märkle FR 1997, 142.

²⁹ Daragan/Zacher-Röder DStR 1999, 91.

Geänderte Anrechnung des Kindergeldes auf den Kindesunterhalt

Von Notar Dr. Felix Odersky, Erlangen

An versteckter Stelle im „Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts“ (BGBl. I 2000 Nr. 48, S. 1479) hat der Gesetzgeber eine für die Praxis bedeutsame Änderung des Unterhaltsrechts vorgenommen, die zum 1.1.2001 in Kraft trat.

1. Änderung des § 1612 b Abs. 5 BGB

In § 1612 b Absatz 5 BGB war bislang geregelt, dass das an den betreuenden Elternteil ausgezahlte Kindergeld ausnahmsweise nicht oder zumindest nicht vollständig auf den Zahlbetrag des barunterhaltsverpflichteten Elternteils angerechnet wird, wenn dieser aufgrund seines Einkommens weniger als den Regelbetrag zu leisten hatte. Dies waren die vergleichsweise seltenen Fälle, in denen das Nettoeinkommen des Verpflichteten unter der Einkommensgruppe 1 der Düsseldorfer Tabelle lag, also in der Regel ca. DM 2.000,- nicht überstieg.

In der neuen Fassung des Gesetzes wurde die Grenze, bis zu der eine Anrechnung des Kindergeldes auf die geschuldeten Unterhaltsbeträge ausgeschlossen ist, auf 135 % des Regelbetrages gesetzt. Wenn man die derzeit gültige Düsseldorfer Tabelle (Stand 1.7.1999¹) zu Grunde legt, betrifft dies immerhin Nettoeinkommen von bis zu ca. DM 4.000,- und Unterhaltsbeträge von bis zu DM 480,- in der Altersstufe 1 (0–5 Jahre des Kindes), DM 582,- in der Altersstufe 2 (6–11 Jahre) und DM 689,- in der Altersstufe 3 (12–17 Jahre).

Die Auswirkungen dieser Änderung, die im Gesetzestext nur schwer verständlich sind, lassen sich am besten anhand einiger Beispiele darstellen.² Ausgegangen wird dabei jeweils von einem Kindergeld von DM 270,- für ein erstes Kind, das gesetzlich an den betreuenden Elternteil ausgezahlt wird; maximal anrechenbar wären damit jeweils DM 135,-:

Beispiel 1:

Einkommensgruppe 4 (z. B. DM 3.400,- anrechenbares Einkommen) bei Altersstufe 1 des Kindes ergibt einen Tabellenunterhalt von DM 430,-; anrechenbar ist das hälftige Kindergeld nur, soweit es zusammen mit dem Tabellenunterhalt DM 480,- (= 135 % des Regelbetrages) übersteigt, also in Höhe von DM 85,- (DM 135,- minus DM 50,- [480,- · 1/2 = 430,-]).

Der tatsächlich geschuldete Unterhaltsbetrag beträgt damit DM 430,- minus DM 85,- = DM 345,- (zum Vergleich: früher DM 295,-).

Beispiel 2:

Gleiche Einkommensgruppe 4 bei Altersstufe 3 des Kindes ergibt einen Tabellenunterhalt von DM 618,-; anrechenbar ist das hälftige Kindergeld nur, soweit es zusammen mit dem Tabellenunterhalt DM 689,- (= 135 % des Regelbetrages) übersteigt, also in Höhe von DM 64,- (DM 135,- minus DM 71,- [689,- · 1/2 = 618,-]);

Zahlbetrag: DM 554,- (zum Vergleich: früher DM 483,-).

Diese Beispiele zeigen auch, dass ein Wechsel der Altersstufen künftig nicht nur zu einem erhöhten Tabellenunterhalt, sondern regelmäßig auch zu einer verminderten Anrechnung des Kindergeldes führt.

Beispiel 3:

Einkommensgruppe 1 (z. B. DM 2.400,-) bei Altersstufe 2 des Kindes ergibt einen Tabellenunterhalt von DM 431,-; da selbst mit dem hälftigen Kindergeld DM 582,- (= 135 % des Regelbetrages) nicht erreicht werden, erfolgt keine Anrechnung;

Zahlbetrag: DM 431,- (zum Vergleich: früher DM 296,-).

Beispiel 4:

Einkommensgruppe 6 (z. B. DM 4.000,-) bei Altersstufe 2 des Kindes ergibt einen Tabellenunterhalt von DM 582,-, der 135 % des Regelbetrages entspricht; das Kindergeld ist somit voll anzurechnen;

Zahlbetrag unverändert: DM 447,-.

Gerade bei niedrigen Einkommen beinhaltet die Gesetzesänderung damit erhebliche Steigerungen der Unterhaltspflicht, die letztlich dazu führen, dass bei den tatsächlich zu zahlenden Unterhaltsbeträgen zwischen den unteren sechs Einkommensstufen der Düsseldorfer Tabelle praktisch keine Unterschiede mehr bestehen.³ Begründet wird dies mit dem erhöhten Existenzminimum jedes Kindes: Sofern der Unterhaltsverpflichtete dafür nicht selbst aufkommen könne, solle ihm auch nicht der zur Erreichung benötigte Teil des Kindergeldes verbleiben. Da, wie an den Beispielen gezeigt, Einkommen von bis zu ca. DM 4.000,- von dieser Regelung betroffen sind, gehen Schätzungen davon aus, dass in immerhin 70 % der Fälle das geänderte Unterhaltsrecht Auswirkungen haben wird!

Folge dieser Änderung wird sein, dass die durch Urteil oder vollstreckbare Urkunde titulierten Unterhaltsbeträge in immer kürzeren Zeitabständen „veralten“, also nicht mehr die tatsächlich geschuldeten Beträge wiedergeben. Denn selbst wenn der Unterhaltsbetrag als Prozentsatz des Regelbetrages gemäß § 1612 a BGB ausgewiesen wurde und auch Unterhaltssteigerungen, die sich aus dem Erreichen der nächsthöheren Altersstufe des Kindes ergeben, berücksichtigt sind, ändert sich bei jeder dieser Anpassungen auch die Höhe des anzurechnenden Kindergeldes.

Beispiel (wie oben Nr. 2):

Nimmt man z. B. an, dass der Regelbetrag im Juli 2001 für die Altersstufe 1 um ca. 4 % von DM 355,- auf DM 370,- erhöht wird, steigt der Tabellenunterhalt in der Einkommensgruppe 4 von derzeit DM 430,- auf DM 448,- und die „135 %-Grenze“ von DM 480,- auf DM 500,-; das anrechenbare Kindergeld sinkt damit von DM 64,- auf DM 54,-.

¹ Abgedruckt in MittBayNot 1999, S. 417 ff.; im Internet mit den Bayerischen Leitlinien abrufbar z. B. unter www.justiz.bayern.de/olgn/unterhaltsleitlinien_99

² Zur Vereinfachung werden die Einkommensgruppen der Düsseldorfer Tabelle verwendet, ohne Auf- bzw. Abstufungen aufgrund der Zahl der Unterhaltsberechtigten oder anteilige Kürzungen bei Unterschreitung des „Bedarfskontrollbetrages“ zu beachten.

³ Zumindest dann, wenn auch Ehegattenunterhalt zu zahlen ist, wird dies allerdings dazu führen, dass die Zahl der „Mangelfälle“ mit ihren komplizierten Berechnungsgrundlagen sprunghaft ansteigen wird, was wiederum zu anteiligen Kürzungen des Kindesunterhalts führen kann.

Allein innerhalb der nächsten zwölf Monate wird es zwei solcher Änderungen mit Auswirkungen auf die Kindergeldanrechnung geben: Die nächste Anpassung der Regelbeträge muss gemäß § 1612 a Abs. 4 BGB zum 1.7.2001 erfolgen und zum 1.1.2002 werden im Rahmen der Umstellung auf den Euro die Kindergeldbeträge geglättet, evtl. auch erhöht.

Es stellt sich damit die Frage, wie diese laufenden Änderungen bei der Formulierung von Unterhaltsvereinbarungen und -anerkenntnissen berücksichtigt werden können.

2. Auswirkungen auf die Formulierung von Unterhaltsvereinbarungen

a) Statischer Unterhalt

Sofern die Beteiligten nichts anderes wünschen, kann natürlich auch künftig in die Urkunde nur der aktuell geschuldete Unterhaltsbetrag aufgenommen werden. Dies mag beispielsweise dann ausreichen, wenn sich Ehegatten zwar nicht um den geschuldeten Kindesunterhalt streiten, aber gemäß § 630 Abs. 1 und 3 ZPO einen vollstreckbaren Unterhaltstitel für die einverständliche Scheidung benötigen.

Da natürlich auch bei solchen Urkunden später Streitigkeiten entstehen können, sollten unbedingt die wesentlichen Berechnungsgrundlagen für die ausgewiesenen Festbeträge aufgenommen werden. Andernfalls wird eine spätere gerichtliche Anpassung eines statischen Unterhaltstitels praktisch unmöglich. Zumindest müssen aber der geschuldete (Tabellen-)Unterhalt und das darauf anzurechnende Kindergeld getrennt ausgewiesen werden, denn dies ist Voraussetzung für die unterschiedlichen von der ZPO eröffneten Anpassungsverfahren:

- Die Abänderungsklage nach § 323 ZPO ist zulässig, wenn sich die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben, insbesondere also das Nettoeinkommen, die Sätze der Düsseldorfer Tabelle oder die Altersstufe des Kindes.
- Änderungen der Höhe des Kindergeldes oder auch des Umfangs, wie dieses anzurechnen ist, können dagegen im vereinfachten Verfahren des § 655 ZPO berücksichtigt werden.⁴

b) Dynamisierter Unterhalt

Angesichts der in nächster Zeit anstehenden häufigeren Änderungen des geschuldeten Unterhaltsbetrages werden die Beteiligten künftig wohl verstärkt einen dynamisierten Unterhalt, der als Prozentsatz des Regelbetrages gemäß § 1612 a BGB ausgewiesen werden soll, verlangen. Dabei stellt sich die Frage, wie die Unterhaltsverpflichtung so formuliert werden kann, dass auch eine Vollstreckungsunterwerfung möglich bleibt.

Durch die Einführung des § 1612 a BGB wurde es erstmals möglich, die Unterhaltshöhe ohne Angabe des aktuell geschuldeten Betrages unter Bezugnahme auf die RegelbetragsVO vollstreckbar zu gestalten. Bislang weitgehend anerkannt war auch, den anrechenbaren Kindergeldbetrag abstrakt formulieren zu können, da sich die jeweilige Höhe aus der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt ergibt.⁵ Diese Möglichkeit der dynamisierten Tenorierung sollte durch die Geset-

⁴ Sofern der Schuldner nicht zu einer Neubeurkundung bereit ist, ist dieses Verfahren nach Art. 4 § 2 des Gesetzes zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung auch eröffnet, um Unterhaltstitel aus der Zeit vor 2001 an die neue Kindergeldanrechnung anzupassen.

⁵ H.M., vgl. Palandt-Diederichsen, § 1612 a BGB, Rdnr. 15.

zesänderung sicherlich nicht eingeschränkt werden, auch wenn in Zukunft die Formulierung durch die Verknüpfung von Kindergeld und Regelbeträgen komplizierter wird.

Für das oben verwendete *Beispiel 1* könnte damit eine entsprechende Unterhaltsvereinbarung folgendermaßen lauten:

A verpflichtet sich, an sein Kind B zu Händen dessen Mutter C monatlich Unterhalt in Höhe von 121 % des Regelbetrages der Altersstufe 1 nach § 1 der Regelbetrags-Verordnung zu zahlen; derzeit sind dies DM 430,-.

Diese Unterhaltsverpflichtung erhöht sich ab ... auf 121 % des Regelbetrages der 2. Altersstufe und ab ... auf 121 % des Regelbetrages der 3. Altersstufe gemäß § 1 Regelbetrags-Verordnung.⁶

Auf den so geschuldeten Unterhaltsbetrag ist das hälftige gesetzliche Kindergeld für ein erstes Kind anzurechnen, soweit dieses zusammen mit dem geschuldeten Unterhaltsbetrag 135 % des Regelbetrages der jeweiligen Altersstufe übersteigt. Derzeit reduziert sich daher der bar zu zahlende Unterhaltsbetrag um DM 85,- auf DM 345,-.

Diese Unterhaltszahlung ist jeweils zum Ersten eines jeden Monats, erstmals zum ..., fällig.

A unterwirft sich wegen dieser Zahlungsverpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen.

Im Hinblick auf die Möglichkeit der gerichtlichen Abänderung dieser Vereinbarung gemäß § 323 ZPO erklären die Beteiligten, dass folgende Grundlagen zur Bemessung des Unterhalts angenommen wurden: ... (Einkommensstufe, ggf. Zahl der Unterhaltsberechtigten usw.)

c) Dynamisierter Unterhalt mit festem Kindergeldbetrag

Eine Formulierung wie in Absatz b) wird natürlich bei den Beteiligten gewisse Skepsis hervorrufen, da sie für Laien praktisch nicht mehr verständlich ist. Auch Drittschuldner, wie z. B. der Arbeitgeber des unterhaltsverpflichteten Schuldners, werden bei einer Pfändung mit einem entsprechenden Unterhaltstitel regelmäßig Schwierigkeiten haben und fachliche Beratung benötigen. Diese Probleme ergeben sich natürlich auch bei entsprechenden Gerichtsurteilen; bei vollstreckbaren Unterhaltsvereinbarungen werden künftig aber sicherlich auch die Notare verstärkt um „Berechnung“ ihrer Urkunde gebeten.

Sofern die Beteiligten nichts anderes wünschen, wäre es daher meines Erachtens durchaus erwägenswert, auch künftig anstelle der komplizierten Anrechnungsklausel das Kindergeld fest auszuweisen. Die Beteiligten können dann bei Streitigkeiten über die – ohnehin meist nur geringfügigen – Änderungen des anzurechnenden Kindergeldes das einfache und kostengünstige⁷ Beschlussverfahren nach § 655 ZPO wählen. Vorteil dieses Verfahrens ist, dass dann im Hinblick auf die sich ggf. anschließende Vollstreckung der anzurechnende Kindergeldbetrag vom Gericht genau beziffert wird.

⁶ Ausreichend wäre wohl – sofern solche zukünftigen Erhöhungen überhaupt schon in der Urkunde berücksichtigt werden sollen – auch die Verpflichtung zur Zahlung eines Prozentsatzes des Regelbetrages der „jeweiligen Altersstufe“; vgl. § 1612 a Abs. 1 BGB und Weber, NJW 1998, S. 1995. Damit würden jedoch Verständlichkeit und Vollstreckbarkeit der Unterhaltsvereinbarung noch mehr erschwert. Auch die Gerichte tenorieren daher wohl ganz überwiegend in der Weise, dass Erhöhungen aufgrund des Altersstufenwechsels bereits im Urteil aufgenommen werden.

⁷ Nach Ziffer 1801 des GKG fällt dafür nur eine Gebühr von DM 20,- an.

Eine entsprechende teilweise dynamisierte Unterhaltsvereinbarung könnte für das verwendete *Beispiel 1* lauten:

A verpflichtet sich, an sein Kind B zu Händen dessen Mutter C monatlich Unterhalt in Höhe von 121 % des Regelbetrages der Altersstufe 1 nach § 1 der Regelbetrags-Verordnung zu zahlen; derzeit sind dies DM 430,-. (ggf. ergänzt um Erhöhungen bei Altersstufenwechsel)

Auf den so geschuldeten Unterhaltsbetrag ist das an B ausbezahlte Kindergeld in Höhe von DM 85,- anzurechnen.

Derzeit ergibt sich damit ein bar zu zahlender Unterhaltsbetrag von DM 345,-.

Diese Unterhaltszahlung ist jeweils zum Ersten eines jeden Monats, erstmals zum ..., fällig.

A unterwirft sich wegen dieser Zahlungsverpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen.

Im Hinblick auf die Möglichkeit der gerichtlichen Abänderung dieser Vereinbarung gemäß §§ 323 und 655 ZPO er-

klären die Beteiligten, dass folgende Grundlagen zur Bemessung des Unterhalts angenommen wurden: ... (Einkommensstufe, ggf. Zahl der Unterhaltsberechtigten, Kindergeldanrechnung usw.)

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass sich bei Änderungen des Unterhaltsbetrages auch der anrechenbare Kindergeldanteil ändern kann.

Unabhängig davon, welchen Typus von Unterhaltsvereinbarung bzw. -anerkenntnis man im Einzelfall wählt, muss künftig gerade bei niedrigeren Einkommen der anrechenbare Kindergeldbetrag ermittelt werden. Auch wenn die Beteiligten nur den tatsächlich geschuldeten Zahlbetrag tituliert haben wollen, sollte auf die Angaben, wie dieser Betrag errechnet wurde, gedrängt werden. Pauschale Klauseln, bei denen die Hälfte des Kindergeldes abgezogen wird, führen in vielen Fällen künftig zum falschen Ergebnis und haben wegen der erschwerten Abänderbarkeit im Streitfall für die Beteiligten keinen Wert.

Verbotene Rechtsberatung als Fallstrick für die notarielle Beurkundungspraxis?

– Folgerungen aus dem Urteil des BGH vom 28.9.2000 – IX ZR 279/99¹ –

Von Notarassessor Dr. Wolfram Schneeweiß (LL.M., Cornell Univ.), München

Das Urteil des BGH vom 28.9.2000 betrifft die Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes auf einen Geschäftsbesorgungsvertrag im Rahmen eines sog. Erwerbermodells². Hierbei stützt es sich auf einen klaren Grundsatz: Eine sich auf den Abschluss von Verträgen erstreckende Tätigkeit ist – unabhängig von dem Gestaltungsspielraum des Geschäftsbesorgers – ein typischer Fall der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i.S.d. Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG.³ Diese so einfache wie klare Aussage hat vielfach die Frage aufgeworfen, inwieweit – über den konkret entschiedenen Fall hinaus – auch andere (Vollmachts-) Konstellationen in den Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes fallen und welche Folgerungen deshalb für die notarielle Praxis aus dem Urteil allgemein zu ziehen sind. Hier endet die Klarheit sehr schnell.

¹ In diesem Heft, S. 91. Für die konstruktiven Diskussionen im Vorfeld zu diesem Beitrag danke ich Notar Prof. Dr. Reinhold Geimer, München, und Notar a.D. Christian Hertel, Würzburg.

² Die in der BGH-Entscheidung verwendeten Begriffe „Erwerbermodell“, „Bauträgerschaft“, „Baubetreuung im engeren Sinn“ etc. deuten die verwirrende Vielzahl der im Rahmen der verschiedenen Immobilienmodelle verwendeten Begriffe an. Insoweit wird auf die übersichtliche Darstellung von Kutter in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. (2000), A II Rdnr. 137 ff. verwiesen.

³ Vgl. die unter I.1. der Entscheidungsgründe angegebenen Nachweise; ferner BGH, Urteil vom 10.11.1977 – VII ZR 321/75, NJW 1978, 322 m.w.N. zu einem Fall eines Architekten, welcher vereinbarungsgemäß den Entwurf von Vor- und Kaufverträgen über Eigentumswohnungen, der Teilungserklärung und weiterer Verträge übernommen hatte.

Die nachfolgenden Ausführungen unternehmen den Versuch einer Klärung der aus dem Urteil des BGH vom 28.9.2000 zu ziehenden Konsequenzen sowohl für den Fall der Beurkundung einer Vollmacht als auch für den Fall einer Beurkundung unter Verwendung einer bereits anderweitig erteilten Vollmacht. Hierzu wird zunächst die in dem vom BGH entschiedenen Fall festgestellte Amtspflichtverletzung in einen weiteren Kontext gestellt. Dem folgt eine Darstellung der maßgeblichen Eckpunkte des Rechtsberatungsgesetzes, um so den Rahmen für die Erlaubnispflicht anderer Vollmachtenkonstellationen abzustecken.

Die Frage, ob die Unwirksamkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages über § 139 BGB stets auch eine darin erteilte Vollmacht erfasst, hat Herrmanns⁴ für den Regelfall bereits bejaht. Um die Einheitlichkeitsvermutung des § 139 BGB zu widerlegen, empfiehlt sich deshalb – nach entsprechender Erörterung mit den Beteiligten – eine ausdrückliche Regelung bei der Formulierung der Vollmacht. Diese könnte z.B. lauten: „Die Wirksamkeit der vorstehend erteilten Vollmacht ist von der Wirksamkeit des zugrunde liegenden Auftrages unabhängig.“

Der Frage, inwieweit sich das Urteil auf bereits abgeschlossene Verträge auswirkt, ist Herrmanns ebenfalls bereits eingehend nachgegangen. Ihm zufolge sind die unter Verwendung derart unwirksamer Vollmachten beurkundete Rechtsgeschäfte wirksam, weil der Erklärungsempfänger auf die Wirksamkeit der betätigten Vollmacht vertrauen durfte (Rechtsgedanke der §§ 171 ff. BGB).⁵

⁴ DNotZ 2001 (Heft 1), S. 6.

⁵ DNotZ 2001 (Heft 1), S. 6; vgl. auch den Beitrag von Ganter (Richter des IX. Zivilsenats am BGH), WM 2001, 195.

1. Pflicht zur Vornahme wirksamer Beurkundungen

a) Beurkundung einer Vollmacht

Der BGH hat festgestellt, dass der beklagte Notar gegen seine Pflicht zur Vornahme wirksamer Beurkundungen verstoßen hat. Insoweit ist das Urteil eindeutig: Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG ist ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB.⁶ Dies hätte der beklagte Notar grundsätzlich beachten und deshalb die Beurkundung ablehnen müssen. Denn §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO verbieten es, Beurkundungen oder Beglaubigungen von Rechtsgeschäften vorzunehmen, die ohne jeden vernünftigen Zweifel unwirksam sind.⁷ Dies gilt selbst dann, wenn das Gesetz – wie z.B. nach § 313 Satz 2 BGB – eine Heilungsmöglichkeit vorsieht.⁸ Jeder Notar wird deshalb künftig vor der Beurkundung eines Geschäftsbesorgungsvertrages im Rahmen eines Erwerbermodells einen möglichen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz kritisch prüfen und gegebenenfalls die Beurkundung ablehnen müssen.

Bestehen nach dem Urteil eines durchschnittlich erfahrenen und pflichtbewussten Notars lediglich Zweifel an der Wirksamkeit des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts, trifft den Notar – unbeschadet seines Rechts zur Ablehnung der Beurkundung – nur eine erhöhte Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG.⁹ Wünschen die Beteiligten trotz der erörterten Zweifel die Beurkundung, kann dies keine Amtspflichtverletzung darstellen. Gleichwohl kann der Notar den Beteiligten empfehlen, bei dem nach § 11 der Verordnung zur Ausführung des Rechtsberatungsgesetzes¹⁰ zuständigen Präsidenten des Amts- oder Landgerichts vorsorglich eine Erlaubnis der fraglichen Tätigkeit i.S.v. Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG, hilfsweise die Erteilung eines Negativattestest zu beantragen. Auf die Erteilung eines (verbindlichen) Negativattestest besteht nach allg. Meinung allerdings kein Anspruch.¹¹

b) Beurkundung aufgrund einer vorgelegten Vollmacht

Wie soll sich aber der Notar verhalten, der unter Vorlage einer zweifelhaften Vollmacht mit der Beurkundung eines Kaufvertrages beauftragt wird? Nach § 17 Abs. 1 BeurkG hat der Notar die Pflicht zur Erforschung des Sachverhaltes. Hierzu zählt auch die Prüfung der Vertretungsmacht der Beteiligten.¹² Die Pflicht zur Klärung des Sachverhaltes, aus dem sich etwaige Unwirksamkeitsgründe für die Vollmachtserteilung ergeben könnten, erstreckt sich jedoch grundsätzlich nur auf die vorgelegten Unterlagen.¹³ Erst wenn sich hieraus die Möglichkeit einer unerlaubten Rechtsbesorgung durch den Bevollmächtigten ergibt, besteht eine Pflicht zur weiteren Aufklärung durch gezieltes Nachfragen.¹⁴ Dies kann jedoch

bereits veranlasst sein, wenn der Geschäftsname der bevollmächtigten Person (z.B. „XY-Bautreuhand GmbH“) auf eine geschäftsmäßige und umfassende Tätigkeit auf rechtllichem Gebiet hindeutet oder die allgemeine Berufserfahrung des Notars eine entsprechend umfassende Tätigkeit des Bevollmächtigten nahe legt. Anderenfalls darf im Vertrauen auf das Abstraktionsprinzip¹⁵ auch der Notar von der Wirksamkeit der vorgelegten Vollmacht ausgehen.

Gleichwohl empfiehlt es sich, die Erörterung entsprechender Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmacht in der Urkunde oder einem gesonderten Belehrungsvermerk zu dokumentieren. Dies lässt sich z.B. wie folgt formulieren:

„Der Notar hat (im Zusammenhang mit der heutigen Beurkundung unter UR-Nr. ...) mit den Beteiligten seine Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit der vorgelegten Vollmacht erörtert. Diesbezüglich hat er empfohlen, eine Vollmachtbestätigung/Genehmigung des Vollmachtgebers einzuholen. Diese kann grundsätzlich formlos erfolgen. Aus Beweis Zwecken empfiehlt sich zumindest eine schriftliche Erklärung. Das Grundbuchamt kann u.U. zum Vollzug der Urkunde die Vorlage einer notariell beglaubigten Vollmachtbestätigung durch den Vollmachtgeber verlangen.“

Diese Möglichkeit der Vollmachtbestätigung oder Genehmigung durch den Geschäftsherrn steht auch für die Fälle zur Verfügung, in denen eine Beurkundung auf Grund einer zweifelhaften Vollmacht bereits erfolgt ist.¹⁶ Diese Genehmigung kann nach ständiger Rechtsprechung des BGH auch formlos erfolgen.¹⁷ Deshalb kann u.U. auch in dem vorbehaltlosen wirtschaftlichen Vollzug eines Rechtsgeschäftes die Genehmigung des Geschäftsherrn gesehen werden. Dies wäre z.B. der Fall, wenn der Käufer einer Eigentumswohnung bereits über einen längeren Zeitraum die Mieten vereinnahmt oder sich für Zwecke der Steuerveranlagung als (wirtschaftlicher) Eigentümer der Wohnung ausgegeben hat.

Fehlt die Vertretungsmacht, kann der Notar gleichwohl beurkunden, wenn eine Genehmigung durch den Geschäftsherrn möglich ist.¹⁸ Insoweit ist die Entscheidung des BGH genau zu lesen: Der Pflichtverstoß des beklagten Notars lag in der Beurkundung des Geschäftsbesorgungsvertrages, welcher die Vollmacht enthält. Zu einer Beurkundung auf Grund einer derartigen Vollmacht hat der BGH nichts gesagt. Dass vor einem Notar Erklärungen eines Vertreters ohne (wirksame) Vertretungsmacht abgegeben werden, kommt jeden Tag vor. Dies stellt – unter der vorgenannten Einschränkung der Genehmigungsfähigkeit – keinen Verstoß gegen irgendwelche Amtspflichten dar. Der Pflichtverstoß kann allenfalls in einer fehlenden Belehrung über die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes bestehen: Tritt ein Vertreter ohne (wirksame) Vertretungsmacht auf, muss der Notar die Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts mit den Beteiligten erörtern und einen entsprechenden Vermerk in die Urkunde aufnehmen.¹⁹ Unterbleibt diese Belehrung, liegt kein Verstoß

⁶ Vgl. die Nachweise unter Ziffer II. der Urteilsgründe.

⁷ Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. (1995), § 4 Rdnr. 13.

⁸ Vgl. Wolfsteiner, DNotZ 1972, 62.

⁹ Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl. (1999), § 4 Rdnr. 4.

¹⁰ Schönfelder Nr. 99a.

¹¹ Vgl. Rennen/Caliebe, a.a.O., Art. 1 § 1 Rdnr. 165; Altenhoff/Busch/Chemnitz, a.a.O. Rdnr. 179; vgl. auch Sommer, NotBZ 2001, 28 (30).

¹² Keidel/Winkler, a.a.O., § 17 Rdnr. 3.

¹³ Die Pflicht zur Sachverhaltsklärung bedeutet nicht, dass der Notar selbst die erheblichen Tatsachen zu ermitteln hätte, Keidel/Winkler, a.a.O., § 17 Rdnr. 72 unter Hinweis auf BGH, DNotZ 1996, 116; OLG Nürnberg, DNotZ 1953, 261.

¹⁴ Huhn/v. Schuckmann, a.a.O., § 17 Rdnr. 25; Keidel/Winkler, a.a.O., § 17 Rdnr. 72.

¹⁵ Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl. (2001), § 167 Rdnr. 4.

¹⁶ Eine Verpflichtung des Notars zum vorsorglichen Aufgreifen derartiger „Altfälle“ besteht allerdings nicht.

¹⁷ BGH, Urteil vom 25.2.1994 – V ZR 63/93, MittBayNot 1994, 414.

¹⁸ BGH, Urteil vom 21.1.1988 – IX ZR 252/86 –, DNotZ, 1989, 43; Huhn/v. Schuckmann, a.a.O., § 12 Rdnr. 7; Keidel/Winkler, a.a.O., § 12 Rdnr. 4.

¹⁹ Huhn/v. Schuckmann, a.a.O., § 12 Rdnr. 2 unter Bezugnahme auf den Wortlaut von § 29 Abs. 1 BNotO a.F.: „Bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften soll der Notar die Vertretungsmacht und die Verfügungsbefugnis der Beteiligten prüfen. Bestehen Zweifel, so

gegen die aus § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO abgeleitete Pflicht zur Vornahme wirksamer Beurkundungen, sondern allenfalls gegen § 17 Abs. 2 BeurkG vor, weil der Notar nicht über die fehlende Vollmacht und die damit verbundene schwebende Unwirksamkeit des beurkundeten Kaufvertrages belehrt hat.

2. Grundsätze für die Anwendbarkeit des RBERG auf andere Konstellationen

Die Entscheidung des BGH betrifft den Fall einer Vollmachterteilung im Rahmen eines sog. Erwerbermodells. Außerhalb dieses Bereichs gibt es in der notariellen Praxis zahlreiche weitere Konstellationen, in denen eine Vollmacht für einen bestimmten Kreis zu erledigender Aufgaben erteilt wird. Zu denken ist hierbei neben der sog. Vorsorgevollmacht an die Immobilienvollmacht für eine Tochter-GmbH in einem Konzern, die Registervollmacht bei einem Publikums-Fonds, die Vollmachten an einen Mitgesellschafter im Rahmen eines geschlossenen Immobilien-Fonds und die „Nachbar-Vollmachten“ bei Straßengrundabtretungen.

Nach der vorliegenden BGH-Entscheidung könnte bei jeder der vorgenannten Konstellationen der Tatbestand des Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG gegeben sein, weil der Bevollmächtigte durch den Abschluss von Verträgen jeweils rechtsgestaltend tätig wird. Jedoch unterfällt nicht jede rechtsbesorgende Tätigkeit dem Verbot des Rechtsberatungsgesetzes. Für die Beurteilung des konkreten Einzelfalles sind deshalb folgende Eckpunkte zu beachten:

a) Rechtsangelegenheit

Der Erlaubnisvorbehalt des Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG erstreckt sich auf die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten. Dies umfasst damit jede Tätigkeit, die das Ziel verfolgt, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten.²⁰ Der Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes ist also denkbar weit gefasst.²¹ Damit stellt z.B. der Entwurf oder Abschluss eines Vertrages oder die Stellung von Eintragungsanträgen im Grundbuch oder Handelsregister für einen Dritten die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten dar.²²

„Rechtsangelegenheiten“ sind jedoch von „Wirtschaftsangelegenheiten“ abzugrenzen: Hierfür ist entscheidend, ob der Schwerpunkt der Tätigkeit auf rechtlichem oder wirtschaftlichem Gebiet liegt.²³ Dieses Kriterium ist leider so wenig klar wie zwingend.²⁴ Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens sind allerdings nach allgemeiner Meinung keine „Rechtsangelegenheiten“.²⁵

soll er die Beteiligten über die Rechtslage belehren und einen entsprechenden Vorbehalt in die Urkunde aufnehmen.“ Für den Regelfall reicht zur Dokumentation der ordnungsgemäßen Belehrung die gebräuchliche Formulierung, wonach der betroffene Beteiligte „vorbehaltlich Genehmigung durch ...“ handelt.

²⁰ St. Rspr.: vgl. BGH, Urteil vom 18.5.1995 – III ZR 109/94 – NJW 1995, 3122 m.w.N.

²¹ Heiermann, Die Tätigkeit der Projektsteuerer unter dem Blickwinkel des Rechtsberatungsgesetzes, BauR 1996, 48 ff.

²² Rennen/Caliebe, RBERG, 2. Aufl. (1992), Art. 1 § 1 Rdnr. 15 m.w.N.

²³ BGH, Urteil vom 18.5.1995 – III ZR 109/94, NJW 1995, 3122; OLG Koblenz, Urteil vom 18.6.1998 – 5 U 1653/97, BB 1999, 499.

²⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.1977 – VII ZR 321/75, NJW 1978, 322.

²⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 12.3.1987 – I ZR 31/85, NJW 1987, 3005; Henssler/Prütting, Bundesrechtsanwaltsordnung (1997), § 1 RBERG Rdnr. 4 m.w.N.

Ebensowenig kann auch ein im Schwerpunkt auf sozial-karitativen Gebiet liegendes Tätigwerden dem Verbot des Art. 1 § 1 RBERG unterfallen, sofern die Wahrnehmung rechtlicher Interessen nur eine Nebenrolle spielt. Deshalb scheidet z.B. die im Familienkreis erteilte Vorsorgevollmacht von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes aus.

b) Fremdheit

Nach Art. 1 § 1 RBERG muss es sich ferner um eine fremde Rechtsangelegenheit handeln. Die Frage der Fremdheit ist vom wirtschaftlichen Standpunkt aus zu beurteilen. Entscheidend ist, wessen Interesse die Besorgung dient. Das gleichzeitige Besorgen eigener und fremder Rechtsangelegenheiten (z.B. als Mitgesellschafter – sei es bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften namens der Gesellschaft mit Dritten oder bei der Beschlussfassung innerhalb der Gesellschaft – oder als Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft zur Änderung der Teilungserklärung) führt bei entsprechendem Zusammenhang nicht automatisch zur Qualifizierung als „fremde“ Angelegenheit.²⁶ Umgekehrt reicht eine bloße Gleichgerichtetheit der Interessen des Rechtsbesorgers mit denen Dritter, z.B. bei Straßengrundabtretungen, nicht für eine entsprechende erlaubte Wahrnehmung (auch) eigener Interessen aus.²⁷

Die Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters einer natürlichen oder juristischen Person ist keine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten.²⁸ Folglich unterfällt auch die Tätigkeit eines Betreuers nicht dem Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes. Denn dieser ist nach § 1902 BGB gesetzlicher Vertreter des Betreuten und nimmt als solcher keine fremden Angelegenheiten wahr. Sofern eine Vorsorgevollmacht eine spätere Betreuung nach § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB ersetzen soll, ist wegen der Funktionsgleichheit eine mit der Vollmacht verbundene Rechtsbesorgung ebenso wie bei einem gerichtlich bestellten Betreuer zulässig.

Problematisch ist die Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes im Familienbereich. Eine dem § 6 Nr. 2 StBerG, der die unentgeltliche Hilfeleistung in Steuerangelegenheiten für Angehörige i.S.d. § 15 AO vom Anwendungsbereich des Steuerberatungsgesetzes ausnimmt, vergleichbare Regelung fehlt im Rechtsberatungsgesetz. Mangels planwidriger Lücke ist auch eine analoge Anwendung zu verneinen.²⁹ Jedoch kann gerade im Familienkreis die Fremdheit der Angelegenheit wegen der oft anzunehmenden Interessenidentität aus der Lebens- und Haushaltsgemeinschaft, aus der gegenseitigen Fürsorgepflicht oder aus der wirtschaftlichen Verflechtung der jeweiligen Interessen zu verneinen sein. Dies gilt insbesondere im Verhältnis Eltern-Kinder oder Ehegatten untereinander.³⁰ Auch aus diesem Grund dürfte z.B. eine der Tochter erteilte Vorsorgevollmacht nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoßen.

²⁶ Altenhoff/Busch/Chemnitz, RBERG, 10. Aufl. (1993), Rdnr. 81; Henssler/Prütting, a.a.O., Art. 1 § 1 RBERG Rdnr. 8.; Rennen/Caliebe, RBERG, 2. Aufl. (1992), Art. 1 § 1 Rdnr. 21.

²⁷ Vgl. BayOBLG, Beschluss vom 13.8.1984 – 3 Ob OWi 110/84, MDR 1984, 1048; Henssler/Prütting, a.a.O., Art. 1 § 1 RBERG Rdnr. 8.

²⁸ Rennen/Caliebe, a.a.O., Art. 1 § 1 Rdnr. 21; für den Geschäftsführer einer GmbH s. BGH, Urteil vom 14.4.1986 – II ZR 129/85 –, NJW-RR 1986, 1360.

²⁹ OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.9.1991 – Ss 270/91, NJW 1992, 2438 m.w.N.

³⁰ Henssler/Prütting, a.a.O., Art. 1 § 1 RBERG Rdnr. 10.

c) Geschäftsmäßigkeit

Erlaubnispflichtig ist nur eine geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten. Die Geschäftsmäßigkeit ist bei jeder Tätigkeit zu bejahen, die selbständig und mit Wiederholungsabsicht ausgeübt wird.³¹ Insoweit ist die Schwelle recht niedrig. Geschäftsmäßigkeit kann auch bereits beim erstmaligen Tätigwerden vorliegen, wenn nur eine entsprechende Wiederholungsabsicht gegeben ist. Ob die Tätigkeit entgeltlich ausgeübt wird, ist dagegen grundsätzlich unerheblich. Die Unentgeltlichkeit kann jedoch ein Indiz gegen eine Wiederholungsabsicht sein.³² Gleiches gilt, wenn sich die Tätigkeit auf einen eng umgrenzten tatsächlichen Bereich beschränkt.³³ Insoweit unterfällt die Konstellation der Straßenanlieger, welche sich in einem konkreten Fall durch einen von ihnen vertreten lassen, mangels Geschäftsmäßigkeit nicht dem Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes.

d) Ausnahmeregelungen für bestimmte Berufe

Das Rechtsberatungsgesetz sieht allgemeine Ausnahmen für bestimmte Berufsgruppen und spezielle Ausnahmen für bestimmte berufliche Tätigkeiten vor.

(1) Art. 1 § 3 RBERG

Art. 1 § 3 RBERG nimmt bestimmte Berufsgruppen generell vom Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetz aus. Dies gilt z.B. für die Berufstätigkeit der Notare, Rechts- und Patentanwälte (Nr. 2), die Tätigkeit als Zwangsverwalter, Insolvenzverwalter oder Nachlasspfleger (Nr. 6) oder die Tätigkeit von Genossenschaften, genossenschaftlichen Prüfungsverbänden und deren Spitzenverbänden (Nr. 7).

(2) Art. 1 § 5 RBERG

Eine unerlaubte Rechtsbesorgung nach Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG scheidet ferner aus, wenn für eine bestimmte berufliche Tätigkeit ein Privilegierungstatbestand nach Art. 1 § 5 RBERG vorliegt.

(a) Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG

Die nach der ständigen Rechtsprechung anzuwendenden Kriterien für die Bejahung des Ausnahmetatbestandes nach Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG hat der BGH unter Ziffer II. 2 a) der Entscheidungsgründe dargestellt. Den genannten Kriterien zufolge darf es sich bei der Rechtsbesorgung allenfalls um einen Annex zur eigentlichen Berufstätigkeit im konkreten Fall handeln, welcher ihrer Abrundung dient, jedoch nicht deren Charakter bestimmt. Eine hierfür erforderliche genaue Bestimmung der hauptberuflichen Tätigkeit ist leider vor allem bei den im Immobilienbereich immer neu entstehenden Berufen ohne klassisches Berufsbild schwierig. Deshalb kann die nachfolgende Aufzählung³⁴ nur exemplarischen Charakter haben.

- Zum eigentlichen Berufsbild eines Architekten gehört z.B. nicht der Entwurf und die Abfassung von Verträgen mit Erwerbem. Eine entsprechende Tätigkeit ist deshalb nicht von Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG gedeckt.³⁵
- Dagegen ist die rechtsbesorgende Tätigkeit eines gewerblichen „Vollbetreuers“ im Rahmen eines sog. Baubetreuungsvertrages erlaubte Nebentätigkeit zur eigentlichen Aufgabe der Gebäudeerrichtung.³⁶

³¹ Henssler/Prütting, a.a.O., Art. 1 § 1 RBERG Rdnr. 26 ff. m.w.N.

³² OLG Hamm, Beschluss vom 21.5.1997 – 2 Ss OWi 499/97 – NJW 1998, 92.

³³ Ebd.

³⁴ Vgl. hierzu Henssler/Prütting, a.a.O., Art. 1 § 5 RBERG Rdnr. 20 ff.

³⁵ BGH, Urteil vom 10.11.1977 – VII ZR 321/75, NJW 1978, 322.

- Ein „Sonderberater in Bausachen“ fungiert zugleich als Bausachverständiger und Rechtsberater, indem er die zahlreich vom Bauherrn abzuschließenden Verträge aufeinander abzustimmen und deren Einhaltung zu überwachen verspricht. Dadurch erhebt er die rechtliche Beratung seiner Auftraggeber zu einem Hauptzweck und kann sich deshalb nicht auf die Ausnahmebestimmung des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG berufen.³⁷

- Während ein Nachweismakler nur mit entsprechender Erlaubnis einen Grundstückskaufvertrag entwerfen und die Parteien vor den zuständigen Behörden vertreten darf, ist dies dem Vermittlungsmakler nach Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG auch ohne Erlaubnis möglich, weil zu dessen Aufgaben das Zustandekommen des (etwa von ihm entworfenen) Vertrages gehört.³⁸

- Übernimmt ein Erbensucher die Nachlassregulierung für die von ihm ermittelten (bisher unbekannt) Erben, sprengt dies sein herkömmliches Berufsbild und ist deshalb erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung.³⁹

- Die Tätigkeit als Testamentsvollstrecker ist grds. Rechtsbesorgung i.S.d. Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG und als solche – bei entsprechender geschäftsmäßiger Wahrnehmung – erlaubnispflichtig.⁴⁰

(b) Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG

Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte dürfen nach Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG bei Angelegenheiten, mit welchen sie beruflich befasst sind, die hiermit unmittelbar zusammenhängende rechtliche Bearbeitung übernehmen. Der Umfang der möglichen beruflichen Befassung eines Wirtschaftsprüfers und der nach §§ 27 ff. WPO anerkannten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften ergibt sich aus § 2 WPO. Darüber hinaus gehört auch die steuer- und wirtschaftsberatende Tätigkeit zum herkömmlichen Berufsbild des Wirtschaftsprüfers.⁴¹ Der Aufgabenbereich der vereidigten Buchprüfer und Buchprüfungsgesellschaften ergibt sich aus § 128 WPO. Der Inhalt der beruflichen Tätigkeit von Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten und der nach §§ 49 ff. StBerG anerkannten Steuerberatungsgesellschaften ergibt sich aus § 33 StBerG.

Im Unterschied zu den Nrn. 1 und 3 des Art. 1 § 5 RBERG ist den angesprochenen Berufsgruppen jedoch nur die „rechtliche Bearbeitung“ gestattet. Hierin ist eine vom Gesetzgeber gewollte Einengung des Ausnahmetatbestandes zu sehen: Art. 1 § 5 Nr. 2 umfasst somit zwar das Aufdecken von rechtlichen Fehlern oder Mängeln im Rahmen einer überprüfenden und begutachtenden Tätigkeit, nicht aber deren Beseitigung (etwa durch den Entwurf neuer Verträge oder Veranlassung entsprechender Eintragungen im Handelsregister).⁴²

³⁶ Vgl. die Ausführungen unter Ziffer II. 2 b) der Entscheidungsgründe.

³⁷ BGH, Urteil vom 11.3.1976 – II ZR 127/74, NJW 1976, 1635.

³⁸ BGH, Urteil vom 19.4.1974 – I ZR 100/73, NJW 1974, 1328.

³⁹ BGH, Urteil vom 16.3.1989 – I ZR 30/87, NJW 1989, 2125.

⁴⁰ S. hierzu das jüngst ergangene Urteil des OLG Düsseldorf vom Urteil vom 30.5.2000 – 20 U 41/00, MittBayNot 2001, S. 88 (in diesem Heft) mit Anmerkung Schaub; ebenso Henssler, Geschäftsmäßige Rechtsberatung durch Testamentsvollstrecker, ZEV 1994, 261, 264.

⁴¹ Remmen/Caliebe, a.a.O., Art. 1 § 5 Rdnr. 55; BGH Urteil vom 4.11.1987 – IVa ZR 158/86, NJW 1988, 561.

⁴² Altenhoff/Busch/Chemnitz, a.a.O., Rdnr. 590; Remmen/Caliebe, a.a.O., Art. 1 § 5 Rdnr. 58; a.A. Henssler/Prütting, a.a.O., Art. 1 § 5 RBERG Rdnr. 52.

Ferner muss ein unmittelbarer Zusammenhang zu den beruflichen Aufgaben im konkreten Einzelfall bestehen. Dies erfordert, dass die rechtliche Bearbeitung zur ordnungsgemäßen Erledigung der allgemeinen beruflichen Aufgabe des Wirtschaftsprüfers oder vereidigten Buchprüfers erforderlich ist. Kann die berufliche Angelegenheit auch ohne Rechtsbesorgung sinnvoll wahrgenommen werden, fehlt der unmittelbare Zusammenhang.⁴³ Regelmäßig unzulässig sind demnach das Führen von Vertragsverhandlungen und das Entwerfen eines Kaufvertrages, eines Gesellschaftsvertrages oder der für eine Umstrukturierung von Gesellschaftsverhältnissen erforderlichen Verträge.⁴⁴ Demzufolge dürfte auch die rechtliche Strukturierung von steuerlich motivierten Anlagemodellen (z.B. Immobilienfonds) unerlaubte Rechtsbesorgung sein, so dass auch ein entsprechender Geschäftsbesorgungsvertrag gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG verstoßen würde.

(c) Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG

Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG sieht für die im unmittelbaren Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit der Vermögensverwalter, Hausverwalter und ähnlicher Personen stehende Rechtsorgung eine weitere Ausnahme von der Erlaubnispflicht vor.

Im Sinne der vorgenannten Vorschrift gilt: Vermögensverwalter ist nur, wer selbständig und grundsätzlich weisungsgebunden für einen anderen dessen gesamtes Vermögen oder einen abgegrenzten Teil hiervon dauerhaft verwaltet.⁴⁵ Hausverwalter ist, wem dauerhaft die selbständige und grundsätzlich weisungsungebundene Erledigung eines wesentlichen Teils der das Haus betreffenden Angelegenheiten einschließlich der Ausgabenkompetenz anvertraut ist.⁴⁶ Typischer Fall ist der nach § 26 WEG von der Eigentümergemeinschaft bestellte Hausverwalter.⁴⁷

Wegen des Erfordernisses des „unmittelbaren Zusammenhangs“ ist die Rechtsbesorgung jedoch nur dann zulässig, wenn sich die zu erledigende Rechtsangelegenheit auf das konkret verwaltete Objekt bezieht, die Verwaltung des Objekts ohne die Erledigung der Rechtsangelegenheit nicht ordnungsgemäß erfüllt werden kann und die Erledigung der Rechtsangelegenheit im Verhältnis zur Verwaltung nur neben-

sächlichen Charakter hat.⁴⁸ Hiernach darf z.B. ein Hausverwalter (außergerichtlich) alle Rechtsangelegenheiten mit erledigen, welche die Beziehungen zu Mietern, Bauhandwerkern, Lieferanten und Personal betreffen; er darf jedoch nicht im Rahmen des Erwerbs oder der Veräußerung von Grundstücken (über § 12 WEG hinaus) rechtsbesorgend tätig werden.⁴⁹

Dementsprechend ist die Tätigkeit einer GmbH, welche das Immobilienvermögen einer oder mehrerer Muttergesellschaften ganz oder teilweise verwaltet, auch dann zulässig, wenn hierbei rechtliche Angelegenheiten erledigt werden. Die einer Tochter-GmbH erteilte Immobilienvollmacht ist daher trotz der damit verbundenen Rechtsgestaltung wegen Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG wirksam.

(3) Art. 1 § 6 Nr. 1 RBERG

Nach Art. 1 § 6 Nr. 1 RBERG dürfen Angestellte auch ohne Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG Rechtsangelegenheiten ihres Dienstherrn erledigen. Die „Immobilienvollmacht“ für einen Angestellten einer Bank oder eines anderen Unternehmens ist daher unbeschadet des grundsätzlichen Verbots der unerlaubten Rechtsbesorgung wirksam, soweit es sich um eigene Angelegenheiten des Arbeitgebers handelt.⁵⁰

3. Zusammenfassung

Die Entscheidung ist ein Paukenschlag. Mit diesem hat der BGH einen weiteren schlafenden Riesen⁵¹ geweckt: Künftig hat jeder Notar bei den besonders modellreichen Verträgen über den Erwerb einer Immobilie von einem gewerblichen Anbieter neben der MaBV, dem Verbraucherkredit- und dem AGB-Gesetz stets das Rechtsberatungsgesetz als möglichen Unwirksamkeitsgrund in Erwägung zu ziehen.

Die Gefahr, dass das Rechtsberatungsgesetz über den konkret entschiedenen Fall hinaus Fallstricke für den Notar bei der Beurkundung von Geschäftsbesorgungsverträgen oder auf Grund vorgelegter Vollmachten bereit hält, ist jedoch begrenzt: Wie gezeigt ist der gesamte Bereich der Vorsorgevollmachten und der Vollmachten an einen Mitgesellschafter eines Immobilienfonds im Regelfall mangels Vorliegen „fremder Rechtsangelegenheiten“ unproblematisch. Die einer Tochter-GmbH erteilte Immobilienvollmacht für das Konzernvermögen ist regelmäßig durch den Ausnahmetatbestand des Art. 1 § 5 Nr. 3 RBERG gedeckt. Im Rahmen von Straßengrundabtretungen wird die Vertretung sämtlicher Anlieger durch einen von ihnen mangels Geschäftsmäßigkeit regelmäßig erlaubnisfrei möglich sein. Ein Grund zur generellen Entwarnung ist dies allerdings nicht.

⁴³ Henssler/Prütting, a.a.O., Art. 1 § 5 RBERG Rdnr. 51.

⁴⁴ Altenhoff/Busch/Chemnitz, a.a.O., Rdnr. 602, 604 m.w.N.

⁴⁵ Henssler/Prütting, a.a.O., Art. 1 § 5 RBERG Rdnr. 53 m.w.N. Ob auch die Verwaltung eines einzelnen Gegenstandes „Vermögensverwaltung“ i.d.S. ist, kann angesichts der Einbeziehung „ähnlicher Berufe“ in Nr. 3 dahinstehen; vgl. *Rennen/Caliebe*, a.a.O., Art. 1 § 5 Rdnr. 75.

⁴⁶ Henssler/Prütting, a.a.O., Art. 1 § 5 RBERG Rdnr. 54.

⁴⁷ Altenhoff/Busch/Chemnitz, a.a.O., Rdnr. 612 ff.; nach Henssler/Prütting, a.a.O., Art. 1 § 5 RBERG Rdnr. 56 unterfällt der Hausverwalter nach WEG der Ausnahmebestimmung des Art. 1 § 3 Nr. 6 RBERG.

⁴⁸ Altenhoff/Busch/Chemnitz, a.a.O., Rdnr. 621.

⁴⁹ Henssler/Prütting, a.a.O., Art. 1 § 5 RBERG Rdnr. 58 m.w.N.

⁵⁰ Vgl. hierzu Henssler/Prütting, a.a.O., Art. 1 § 6 RBERG Rdnr. 3.

⁵¹ Vgl. *Lichtenberger*, MittBayNot 1999, 470.

Bewertung von Veräußerungsbeschränkungen, Vorkaufs- und Wiederkaufsrechten

Zugleich Besprechung der Entscheidungen des BayObLG vom 27.1.1999¹ und des Pfälzischen OLG Zweibrücken vom 24.2.2000²

Von Notarassessorin Dr. Monika Triller, München

Nach bislang unbestrittener Meinung in Literatur und Rechtsprechung kommt für Vorkaufs-, Rückkaufs- und Wiederkaufsrechte in einem Kaufvertrag grundsätzlich kein zusätzlicher Wertansatz in Betracht³. Vorbehaltene Rechte dieser Art stellen nach allgemeiner Ansicht in der Literatur in aller Regel keine Vereinbarungen dar, die einen eigenen wirtschaftlichen Wert haben; sie sichern vielmehr lediglich den Vertragszweck. Aus diesem Grund sieht die Literatur in der Vereinbarung solcher Rechte in einem Kaufvertrag Vertragsbedingungen, die nicht zu bewerten sind.

1. Problemstellung

In einer neueren Entscheidung aus dem Jahr 1999 kam das BayObLG⁴ zu dem Ergebnis, dass das in einem Übergabevertrag vereinbarte Veräußerungsverbot eine selbstständige Leistung des Übernehmers mit eigenem wirtschaftlichem Wert darstelle, so dass dieser Wert bei der Bewertung zu berücksichtigen sei. Im Hinblick auf diese neue Rechtsprechung des BayObLG zur Bewertung von Veräußerungsverboten stellt sich nunmehr die Frage, ob diese Entscheidung möglicherweise auch Auswirkungen für Übergabe- oder Kaufverträge mit der Vereinbarung von Wiederkaufs- oder Vorkaufsrechten hat.

Über die Bewertung eines in einem Kaufvertrag vereinbarten Vorkaufsrechts sowie einer Bauverpflichtung hatte das Pfälzische Oberlandesgericht Zweibrücken⁵ zu entscheiden. Es bejahte jeweils eine gesonderte Bewertung. Hinsichtlich der Bauverpflichtung begründete es seine Entscheidung damit, dass es sich um eine selbstständige Verpflichtung handele. Das Vorkaufsrecht war nach Ansicht des Gerichts zu bewerten, da es einen eigenen wirtschaftlichen Wert für den Veräußerer habe. Auch diese Entscheidung kann möglicherweise weiteren Aufschluss zur Problematik geben.

2. Literatur und bisherige Rechtsprechung zur Bewertung von Vorkaufs- und Wiederkaufsrechten

a) Selbstständige Verpflichtung

Nach der Literatur und bisherigen Rechtsprechung erfolgt eine zusätzliche Bewertung unzweifelhaft in den Fällen, in denen der Veräußerer, in der Regel eine Gemeinde, sich im Rahmen eines Kaufvertrages ein Wiederkaufsrecht einräumen lässt, das eine Bauverpflichtung des Käufers sichert. Soweit der Käufer gegenüber der Gemeinde eine echte Bauverpflichtung eingeht, ist unstreitig anerkannt, dass die Bauverpflichtung

in aller Regel als weitere Leistung dem Kaufpreis hinzuzurechnet wird⁶. Zu beachten ist in dieser Fallgestaltung, dass Ursache und Grundlage der Bewertung die Bauverpflichtung ist, nicht aber das Wiederkaufsrecht, das lediglich der Sicherung der Verpflichtung dient.

b) Vor- und Wiederkaufsrechte ohne zugrunde liegende selbstständige Verpflichtung

Im Übrigen werden Vor- oder Wiederkaufsrechte in aller Regel nicht gesondert bewertet. Die Rechtsprechung und Literatur begründet dies damit, dass Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte in der Regel nur eine Beschränkung der dem Käufer überlassenen Rechte in Bezug auf den Grundbesitz beabsichtigen und lediglich den Vertragszweck sichern (s. oben 1.). Somit stellen sie für den Veräußerer keinen *eigenen wirtschaftlichen Wert* dar.

Ergibt sich jedoch (ausnahmsweise) aus dem Vertrag, dass das Vorkaufsrecht für den Verkäufer einen wirtschaftlichen Gegenwert darstellt, müsse es zusätzlich bewertet werden. Ein echter wirtschaftlicher Gegenwert könne nur dann angenommen werden, wenn aus dem Kaufvertrag *deutlich hervorgehe*, dass das Vorkaufsrecht als selbstständige Leistung des Käufers mit eigenem wirtschaftlichen Wert anzusehen sei⁷ und *sichere Anhaltspunkte* dafür bestehen, dass der Kaufpreis durch das Vorkaufsrecht beeinflusst worden ist⁸.

Keinen eigenen wirtschaftlichen Wert stelle es hingegen dar, wenn Zweck des Vorkaufs- oder Wiederkaufsrechts lediglich der Erhalt des Kaufobjekts in der Familie oder bestimmter geeigneter Personen ist oder verhindert werden soll, dass missliebige Personen Eigentümer des Grundstücks werden können⁹. Das gleiche gelte, wenn der Verkäufer, eine gemeinnützige Baugenossenschaft, sich dagegen sichern möchte, dass mit dem verkauften Grundstück in satzungswidriger Weise verfahren wird¹⁰.

3. Urteil des BayObLG zur Bewertung einer Veräußerungsbeschränkung

In dem vom BayObLG jüngst entschiedenen Fall beurkundete der Notar einen Hofübergabevertrag. Die Übernehmerin verpflichtete sich, den ihr übergebenen Grundbesitz zu Lebzeiten der Übergeberin nicht zu veräußern. Im Falle der Zuwiderhandlung war sie zur unentgeltlichen Rückübertragung an die Übergeberin verpflichtet. Das BayObLG führte aus, dass diese vereinbarte Eigentumsbeschränkung vorliegend als

¹ BayObLG MittBayNot 1999, 492.

² 3 W 290/99, abgedruckt in diesem Heft S. 97.

³ *Korintenberg* § 20 Rdnr. 26; *Rohs/Wedewer* (RoWe) KostO 3. Aufl. § 20 Rdnr. 7; *Göttlich/Mümmeler* S. 1146; BayObLG MittBayNot 1964, 404, MittBayNot 1966, 104; LG Würzburg MittBayNot 1984, 96.

⁴ BayObLG MittBayNot 1999, 492.

⁵ Abgedruckt in diesem Heft S. 97.

⁶ *Korintenberg* § 30 Rdnr. 15 ff.; *RoWe* § 30 Rdnr. 14; *Göttlich/Mümmeler* S. 114; BayObLG MittBayNot 1993, 226; OLG Hamm DNotZ 1979, 182; OLG Frankfurt/Main DNotZ 1967, 124.

⁷ OLG Düsseldorf DNotZ 1978, 317; OLG Frankfurt Rpfleger 1977, 268; *RoWe* § 20 Rdnr. 7; *Korintenberg* § 20 Rdnr. 26; a.A.: OLG Celle DNotZ 1969, 688.

⁸ *Mümmeler* JurBüro 1981, 905.

⁹ DNotZ 1937, 632; OLG Frankfurt Rpfleger 1959, 287; LG Würzburg MittBayNot 1984, 96.

¹⁰ OLG Stuttgart DNotZ 1971, 699.

selbstständige Leistung mit *eigenem wirtschaftlichen Wert* anzusehen sei. Eine Gegenleistung könne auch in einer Beschränkung der Eigentümerrechte bestehen. Die Werthaltigkeit ergebe sich daraus, dass die Eigentumsbeschränkung für beide Vertragspartner einen beträchtlichen (positiven bzw. negativen) Wert habe: für den Übergeber dadurch, dass die Übernehmerin zu Versorgungsleistungen verpflichtet ist und die Übergeberin gesichert wissen will, dass der landwirtschaftliche Betrieb nicht nur im Ganzen erhalten, sondern auch in ihrer Familie bleibt und von dem von ihr ausgewählten Kind fortgeführt wird. Die Übernehmerin wiederum verliere durch die Eigentumsbeschränkung auf lange Zeit die wirtschaftliche Verfügungsbefugnis über ihr Eigentum. Die vereinbarte Eigentumsbeschränkung solle nicht nur die Durchführung des Übergabevertrags sichern.

Das BayObLG betonte, dass die Rückübertragungsverpflichtung lediglich der Sicherung des einen eigenen Wert verkörpernden Veräußerungsverbots diene, und deshalb nicht zusätzlich zu bewerten sei.

4. Folgerungen aus den neuen Entscheidungen des BayObLG und des OLG Zweibrücken

Vergleicht man die Ausführungen zu den bisherigen Entscheidungen – einschließlich der des OLG Zweibrücken – und der Literatur zur Bewertung von Vor- und Wiederkaufsrechten einerseits und andererseits jene in der Entscheidung des BayObLG, so lässt sich Folgendes feststellen:

a) Das BayObLG stellt entscheidend auf die Veräußerungsbeschränkung ab. Hierin sieht es eine eigene selbstständige Verpflichtung, nicht zu veräußern. Das Rückfallrecht sichert nur diese Verpflichtung, d. h. die Werthaltigkeit ergibt sich nicht aus dem Rückfallrecht, sondern aus dieser eigenen (negativen) Verpflichtung, nicht zu veräußern.

In diesem Punkt könnte ein objektiver Unterschied zu den Vor- und Wiederkaufsfällen gesehen werden: Dem Vorkaufsrecht liegt in der Regel keine eigene Verpflichtung zugrunde. Während der einer Veräußerungsbeschränkung unterliegende Erwerber verpflichtet ist, nicht zu veräußern, kann und darf der Vorkaufsverpflichtete jederzeit veräußern. Er hat durch das Vorkaufsrecht zwar auch einen wirtschaftlichen Nachteil, aber entscheidend ist, dass ihn weder eine positive noch eine negative Verpflichtung trifft. Es werden lediglich seine Rechte beschränkt.

b) Problematisch wird eine Unterscheidung zwischen Veräußerungsbeschränkung einerseits und Vor-/Wiederkaufsrecht andererseits hinsichtlich der Interessen der Beteiligten bzw. des wirtschaftlichen Werts. Das BayObLG begründet die Werthaltigkeit des Veräußerungsverbots auch mit dessen wirtschaftlichem Wert. Den hat das Veräußerungsverbot nach Ansicht des BayObLG für beide Vertragsparteien.

Hinsichtlich des Erwerbers stützt das BayObLG dies darauf, dass dieser durch die Eigentumsbeschränkung auf lange Zeit die wirtschaftliche Verfügungsbefugnis über sein Eigentum verliere. Eine wirtschaftliche Wertminderung bedeutet aber ein Vorkaufsrecht für den Erwerber ebenfalls und somit auch einen negativen Wert. Bleibt lediglich der Unterschied, dass der Veräußerungsbeschränkte die wirtschaftliche Verfügungsbefugnis über sein Eigentum für längere Zeit verliert, während der Vorkaufsverpflichtete darin nur beschränkt ist. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die bisherige Rechtsprechung¹¹ einschließlich des BayObLG¹², genau wie

¹¹ OLG Frankfurt DNotZ 1967, 124; OLG Hamm DNotZ 1979, 182.

auch das OLG Zweibrücken, bei der Prüfung des Interesses an der Verpflichtung allein auf die Interessen des Berechtigten, also des Veräußerers abstellt.

Hinsichtlich des Interesses des Veräußerers ist die Abgrenzung noch problematischer. Hier wird die Unschärfe der Argumentation des BayObLG zur Frage des wirtschaftlichen Interesses deutlich: Das Problem liegt in der Abgrenzung zwischen eigenem wirtschaftlichen Wert und lediglich ideellen Wert. In den bisherigen Vorkaufs- bzw. Wiederkaufsfällen wurde die Motivation, das Objekt der Familie zu erhalten, es in der Hand bestimmter Personen zu halten und zu verhindern, dass missliebige Personen Eigentümer des Grundstücks werden könnten etc., stets als nichtwerthaltig und somit ideell eingestuft. Genau diese Motivation hielt das BayObLG in seiner jüngsten Entscheidung jedoch für „offenkundig werthaltig“. Wie das Interesse, „dass der landwirtschaftliche Betrieb nicht nur im Ganzen erhalten, sondern auch in ihrer Familie bleibt und von dem von ihr ausgewählten Kind fortgeführt wird“, einen wirtschaftlichen Wert haben soll, ist nicht nachvollziehbar. Das BayObLG führt klassische Fälle des rein ideellen Interesses an und bezeichnet dies als wirtschaftliches Interesse. Im Ergebnis erklärt das BayObLG damit auch eine ideelle Motivation für werthaltig.

c) Diese Vermischung von ideellem und wirtschaftlichem Interesse lässt sich möglicherweise dadurch erklären, dass es auf diese Frage in dem vom BayObLG entschiedenen Fall nicht mehr entscheidungserheblich ankam: Das BayObLG hat bereits – mit nachvollziehbaren Argumenten – eine selbstständige Verpflichtung des Erwerbers bejaht. Nach den überzeugenden Ausführungen des OLG Zweibrücken (zu einer Bauverpflichtung) reicht dies allein schon für die Bejahung einer zusätzlichen Bewertung aus¹³. Dies entspricht auch der einhelligen Rechtsprechung und Literatur¹⁴. Ob das Interesse des Veräußerers wirtschaftlich oder ideell ist, spielt beim Vorliegen einer selbstständigen Verpflichtung (im Gegensatz zur Bewertung eines Vorkaufsrechts) keine Rolle. Auch das BayObLG vertrat bisher die Ansicht, dass im Falle einer selbstständigen Verpflichtung auch ein ideelles Interesse der Berechtigten ausreichend ist¹⁵. Ob es sich bei der selbstständigen Verpflichtung um eine Bauverpflichtung oder eine sonstige Verpflichtung – wie nun eben eine Veräußerungsbeschränkung – handelt, kann keinen Unterschied machen.

Anders ist die Situation bei Vor-/Wiederkaufsrechten, denen keine selbstständige Verpflichtung zugrunde liegt. In diesem Fall ist – nach einhelliger Ansicht – zu prüfen, ob das Vor- bzw. Wiederkaufsrecht selbst für den Veräußerer einen wirtschaftlichen Wert hat. Wie das OLG Zweibrücken überzeugend ausführt ist hierfür ausschlaggebend, ob das Vorkaufsrecht nicht nur der Durchführung des Vertrages dient, sondern der Verkäufer selbst ein wirtschaftliches Interesse am Vorkauf/Rückkauf hat. Entscheidend kommt es darauf an, dass das Interesse des Veräußerers am Vorkauf/Rückkauf wirtschaftlicher und nicht nur rechtlicher Natur ist. Dies entspricht der bisherigen Praxis.

¹² BayObLG MittBayNot 1993, 226; 1995, 488.

¹³ Auch wenn dies in dem vom OLG Zweibrücken zu entscheidenden Fall letztendlich nicht entscheidungserheblich war, da ein wirtschaftliches Interesse vorlag.

¹⁴ OLG Düsseldorf DNotZ 1994, 723; OLG Hamm DNotZ 1979, 182; OLG Frankfurt DNotZ 1967, 124; *RoWe* § 30 Rdnr. 14, 14a; *Korintenberg* § 30 Rdnr. 17.

¹⁵ BayObLG MittBayNot 1993, 226.

5. Ergebnis

Folgt man dieser klaren und überzeugenden Unterscheidung des OLG Zweibrücken ergibt sich somit folgende Abgrenzung:

- Übernimmt der Erwerber eine selbstständige Verpflichtung mit eigenem Wert (worunter sowohl eine Bauverpflichtung als auch eine Veräußerungsbeschränkung fällt), ist diese in jedem Fall zu bewerten, unabhängig von der Motivation des Veräußerers. Wichtig: Zu bewerten ist die Verpflichtung, nicht das Vor-, Wieder- bzw. Rückkaufsrecht, das diese Verpflichtung sichert.
- Liegt keine selbstständige Verpflichtung des Erwerbers vor, ist zu prüfen, ob das Vor-, Wieder- bzw. Rückkaufsrecht für den Veräußerer einen eigenen wirtschaftlichen Wert hat und nicht nur der Sicherung des Vertragszwecks dient. In diesem Fall ist das Vor-/Wieder-/Rückkaufsrecht zusätzlich zu bewerten, sonst nicht.

Diese Abgrenzung dürfte auch im Einklang mit der Entscheidung des BayObLG stehen. Sie entspricht auch der im Zusammenhang mit der Entscheidung des BayObLG geäußerten (geänderten) Auffassung der Prüfungsabteilung, wonach es sich bei einem Veräußerungsverbot in der Regel um eine eigens zu bewertende selbstständige Gegenleistung mit eigenem wirtschaftlichen Wert handelt¹⁶.

Bleibt lediglich die Frage, ob es sich auch dann um eine solche eigens zu bewertende selbstständige Verpflichtung handelt, wenn der Käufer durch ein Wiederkaufsrecht nur indirekt dazu angehalten wird, zu bauen oder nicht zu veräußern bzw. zu belasten. So sehen einige Vertragsmuster – vor allem bei Verkäufen durch Gemeinden – vor, dass dem Verkäufer ein Wiederkaufsrecht für den Fall zusteht, dass der Käufer nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums auf dem Vertragsgrundbesitz baut oder den Vertragsgrundbesitz innerhalb eines bestimmten Zeitraums bzw. vor Fertigstellung des Bauvorhabens veräußert. Auch wenn in diesen Fällen eine Verpflichtung nicht ausdrücklich und unmittelbar vereinbart wird, handelt es sich doch um eine selbstständige Verpflichtung. Es kann keinen Unterschied machen, ob eine Verpflichtung wörtlich als solche bezeichnet wird, oder ob sie sich aus den Umständen unzweifelhaft ergibt.

Nähme man hingegen an, dass das BayObLG bewusst auch bisher als ideell eingestufte Interessen nun als wirtschaftliche Interessen einstuft, müsste die Praxis der Bewertung von Vor- und Wiederkaufsrechten neu überdacht werden. Bei all den Fällen, in denen Zweck des Vor- oder Wiederkaufsrechts der Erhalt in der Familie etc. ist, müsste dann konsequenterweise angenommen werden, dass diese Vereinbarung für den Verkäufer einen wirtschaftlichen Gegenwert darstellt. Dies hätte zur Folge, dass das Vor- bzw. Wiederkaufsrecht in aller Regel auch dann bewertet werden müsste, wenn keine selbstständige Verpflichtung des Erwerbers begründet wurde.

Unzweifelhaft lässt sich aus der Entscheidung des BayObLG jedenfalls das Fazit ziehen, dass im Falle des Vorliegens einer selbstständigen Verpflichtung des Erwerbers mit eigenem Wert diese zu bewerten ist und nicht das durch die Nichteinhaltung der Verpflichtung bedingte Rückkaufs-/Wiederkaufs-/Vorkaufsrecht.

¹⁶ MittBayNot 1999, 493.

Anmerkung:

Seitens der Prüfungsabteilung der Notarkasse werden zu den Entscheidungen des BayObLG vom 27.1.1999 und des PfälzOLG Zweibrücken vom 24.2.2000 – besprochen von Frau Notarassessorin *Dr. Monika Triller* in vorstehender Abhandlung – folgende Bewertungshinweise gegeben:

1) Verfügungsbeschränkung (Veräußerungs- und/oder Belastungsverbot)

a) Hierzu wird auf die Anmerkung der Prüfungsabteilung zur Entscheidung des BayObLG vom 27.1.1999 (MittBayNot 1999, 493) verwiesen. Die bisherige Auffassung der Prüfungsabteilung, wonach eine in einem Veräußerungsvertrag vereinbarte Verfügungsbeschränkung des Erwerbers unbewertet bleibt (Streifzug durch die KostO 4. Auflage Rdnr. 851) wurde aufgegeben. Bewertung der Verfügungsbeschränkung – unter Beachtung des Austauschverhältnisses nach § 39 Abs. 2 KostO – mit einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmenden Wert wurde empfohlen.

b) Die Prüfungsabteilung kommt zum Ergebnis, dass die Bewertung in gleicher Weise vorzunehmen ist, wenn die Urkunde keine konkrete Verfügungsbeschränkung enthält, sondern lediglich die Berechtigung des Veräußerers, die Rückübertragung bei Eintritt bestimmter Bedingungen (z. B. Veräußerung oder Belastung ohne vorherige Zustimmung des Veräußerers) zu verlangen. Auch in dieser Vereinbarung liegt eine Beschränkung der Eigentümerrechte, die nach BayObLG (a.a.O.) für beide Vertragsparteien einen nicht unbeträchtlichen (positiven bzw. negativen) Wert hat. Auf die ausdrückliche Vereinbarung der Verfügungsbeschränkung dürfte es also nicht ankommen.

2) Bauverpflichtung mit Wiederkaufsrecht

Die Prüfungsabteilung wurde durch das PfälzOLG Zweibrücken mit seiner Entscheidung vom 24.2.2000 in seiner Auffassung zur Bewertung einer Bauverpflichtung bestätigt. Es wurde erneut klargestellt, dass die Bauverpflichtung als zusätzliche Käuferleistung dem Kaufpreis gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz KostO zuzurechnen ist und bei der Wertbestimmung auf das Interesse des Verkäufers abzustellen ist. Wenn sich die Bauverpflichtung auf die Errichtung gewerblicher Objekte bezieht, orientiert sich der Wert an den voraussichtlichen Baukosten, ansonsten nach dem voraussichtlichen Rückkaufpreis (ausführlich dazu Streifzug Rdnr. 638, 639, 640).

3) Wiederkaufsrecht ohne konkret vereinbarte Bauverpflichtung

Es stellt sich die Frage, ob ein gesonderter Wertansatz auch dann in Betracht kommt, wenn der Kaufvertrag keine konkrete Bauverpflichtung enthält, sondern lediglich ein Wiederkaufsrecht für den Fall der Nichtbebauung. Entsprechend der Rechtsprechung des BayObLG zur Bewertung einer Veräußerungsbeschränkung dürfte auch der Einräumung des Wiederkaufsrechts ein wirtschaftlicher Wert beizumessen sein, der sich an dem Interesse des Verkäufers orientiert. Der wirtschaftliche Wert muss jedoch aus den getroffenen Vereinbarungen, insbesondere den Bedingungen für die Ausübung des Wiederkaufsrechts, deutlich erkennbar sein. Die Bewertung des Wiederkaufsrechts kann dann nach den Grundsätzen der Bewertung einer Bauverpflichtung erfolgen, jedoch begrenzt auf den Regelwert nach § 20 Abs. 2 KostO.

4) Einräumung von Vorkaufsrechten, Ankaufsrechten und sonstigen Wiederkaufsrechten

Hierzu ändert sich die bisherige Bewertungspraxis nicht.

Nach überwiegender Rechtsprechung und Literatur sind solche Rechte, die dem Verkäufer oder einem Dritten am Vertragsobjekt eingeräumt werden, in aller Regel nicht besonders zu bewerten (vgl. *Triller* Abs. 1 b) mit Fn. 7). Nur im Ausnahmefall können derartige Rechte als Hinzurechnungen

in Betracht kommen. Allerdings muss ein eigener wirtschaftlicher Wert für den Verkäufer aus dem Kaufvertrag selbst erkennbar sein (PfälzOLG Zweibrücken a. a. O.; Streifzug Rdnr. 648).

Die Notarinnen und Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse werden um Beachtung vorstehender Bewertungshinweise gebeten.

Prüfungsabteilung der Notarkasse

Nützliche Internetadressen für die notarielle Praxis

Von Notarassessor Dr. Eckhard Wälzholz, Prien am Chiemsee

Das Internet erlangt immer größere Bedeutung. In Zukunft wird die ganz überwiegende Zahl der Notare über einen Internet-Zugang verfügen, sofern dies nicht sogar heute schon der Fall ist. Neben dem Versenden von Post oder Entwürfen oder dem Erhalt von Informationen per *E-Mail*, bietet das Internet als grenzenloses Medium der schnellen Informationsbeschaffung zusätzliche und neue Chancen. Der folgende Beitrag zeigt Möglichkeiten der Internetnutzung auf und gibt nützliche und wertvolle Internet-Adressen wieder. Der Beitrag richtet sich an interessierte Einsteiger.

I. Einführung¹

Der „Staudinger“ im Internet – ein Widerspruch in sich? Mitnichten! Nach Vorstellung des Verlages Sellier – de Gruyter und des *online*-Services der Westlaw Datenbank GmbH soll diese Vision Wahrheit werden². „*Tradition meets future*“ könnte das Motto dieses Projektes lauten. Tatsächlich: Der „Staudinger“, der seit 1898 erscheinende und mit derzeit 83 Bänden bei weitem umfang- und traditionsreichste Kommentar zum Zivilrecht, soll über das Internet verbreitet werden. Der Vorteil gegenüber der papiernen Ausgabe: Regelmäßige Aktualisierung. Jedem, der sich bisher gesagt hat, „es ging bisher doch auch ohne Internet“, sollte dies zu denken geben und Anregung genug sein, sich mit dem neuen, aufregenden Medium Internet zu befassen. Dabei will dieser Beitrag helfen.

Die nachfolgenden Internetadressen (*webpages*) sind nur eine kleine Auswahl dessen, was an Informationsquellen im Internet in Betracht kommt. Sie orientiert sich weitgehend an der Bedeutung der Adressen für die notarielle Praxis. Kommerzielle Anbieter von juristischen Diensten, deren Informationen nur gegen Entgelt abgerufen werden können, sind nur eingeschränkt und unter Hinweis auf die Entgeltlichkeit berücksichtigt. Sie dürften im Regelfall für den Notar nur wenig interessant sein. Die nachfolgenden kostenlosen Informationsquellen können dem Notar hingegen erhebliche Kosten ersparen, weil er teure Gesetzes- oder Richtlinienensammlungen aus dem Netz abrufen kann.

¹ Soweit im Folgenden unmittelbar vor oder nach einer angegebenen Internetadresse ein Satzzeichen folgen müsste, wird dieses weggelassen, um keine Zweifel an der genauen Schreibweise der Internetadresse aufkommen zu lassen.

² Vgl. die Pressemitteilung beider beteiligten Unternehmen von Ende 2000, abgedruckt in NJW 2000, Heft 48, Umschlagseite XX.

Die Erläuterungen der nachfolgenden Internetseiten sind zeitlich gebunden. Adressen von Internetseiten, deren Aufbau und Inhalt ändern sich ständig. Bei den im Folgenden wiedergegebenen Internetanschriften wird der Stand am 5.1.2001 zugrunde gelegt. Alle danach eintretenden Veränderungen konnten nicht mehr berücksichtigt werden.

Der Leser wird den größten Nutzen aus diesem Beitrag ziehen, wenn er die im Folgenden angegebenen Internetseiten, die ihn interessieren, aufruft und als sog. Lesezeichen (*bookmarks*³) bzw. Favoriten⁴ abspeichert. Dazu ist nach dem Ansteuern der Internetseite mit der Maus auf das Symbol „Favoriten/Lesezeichen“ und anschließend auf „hinzufügen“ zu klicken. Der Computer merkt sich so die Internetadresse. Bei späterem Bedarf braucht nur das Lesezeichen angeklickt zu werden, um die Internetseite aufzurufen.

II. Berufsorganisationen

Der Notar, der sich mittels des Internet schnell beruflich benötigte Informationen beschaffen will, wird bei aktuellen Themen, die die Allgemeinheit der Notare betreffen, am ehesten bei den Berufsorganisationen fündig werden. So werden aktuelle Gesetzesentwürfe, Planungen, Diskussionsthemen oder aktuelle, noch zu veröffentlichende Urteile auf deren *servern* zur Verfügung gestellt.

1. Die Bundesnotarkammer

Auf dem *server* der Bundesnotarkammer

<http://www.bnotk.de>⁵

befinden sich die Anschriften sämtlicher deutscher Notarkammern. Soweit die anderen Notarkammern⁶ bereits im Internet vertreten sind, finden sich dort auch Verbindungsstellen

³ Terminologie von Netscape Communicator.

⁴ Terminologie von Microsoft Internet Explorer.

⁵ „http“ steht für *hypertext transfer protocol* und „www“ für *world wide web* – weltweites Netz.

⁶ Zur Information und unmittelbaren Anwählbarkeit werden hier auch die Internetadressen der anderen Notarkammern aufgeführt:

Brandenburg: <http://www.notarkammer-brandenburg.de>

Frankfurt: http://www.bnotk.de/Notarkammer_Frankfurt/default.htm

Hamm: <http://www.notarkammer.de>

Hamburg: <http://www.bnotk.de/Hamburgische%20Notarkammer/default.htm>

Koblenz: <http://www.notarkammer-koblenz.de>

(links), mit deren Hilfe der Internetnutzer durch Anklicken unmittelbar mit der gesuchten Seite der anderen Notarkammer verbunden wird. Ferner sind links zu den internationalen Berufsorganisationen vorhanden. Aktuelle Gesetzesentwürfe⁷ wie derzeit das rund 600-seitige Diskussionspapier zur Schuldrechtsreform, das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts, das Signaturgesetz oder das Lebenspartnerschaftsgesetz sind dort ebenso zu finden und herunterzuladen wie die BNotO, das BeurkG oder die KostO. Ferner befinden sich auf dem server Gesetzgebungsübersichten, Merkblätter und Empfehlungen der BNotK, beispielsweise die Empfehlung zu Schiedsvereinbarungen sowie Veranstaltungshinweise.

Die Informationsmöglichkeiten jedes Notars mittels elektronischer Medien werden sich schlagartig verbessern, sobald das Notarnetz der Bundesnotarkammer ans Netz⁸ geht. Allein der unmittelbare Zugriff auf die Premium-Gutachtendatenbank des DNotI mit rund 3.000 Gutachten birgt ein riesiges, berufsspezifisches Informationspotenzial. Bei Existenz entsprechender Gutachten beim DNotI stehen binnen kürzester Zeit Informationen zu exotischen Fallgestaltungen wie etwa der Testamentsgestaltung bei Anwendbarkeit des Rechts des Staates Delaware, USA, zur Verfügung.

2. Das Deutsche Notarinstitut (DNotI)

Das Deutsche Notarinstitut mit der Anschrift

<http://www.dnoti.de>

bietet für die Bedürfnisse des Notars die derzeit bedeutendste Informationsquelle. Das DNotI ermöglicht nicht nur einen frühzeitigen Zugriff auf den DNotI-Report (bis zu einem Monat vor dessen Versand) im Volltext. Es hält auch alle wesentlichen Gesetzesänderungen und entsprechende Planungen sowie aufbereitete Synopsen dazu im Internet bereit. Beispielsweise findet sich auf diesem server die endgültige Neufassung der DONot des niedersächsischen Justizministeriums. Das DNotI hat ferner eine notarspezifische Übersicht aktueller Rechtsprechung und eine umfassende Rechtsprechungsdatenbank mit über 1000 Dokumenten, in der der Internetnutzer unentgeltlich auf Urteile ab 1997 im Volltext zugreifen kann. Durch eine differenzierte Suchmaske kann sehr speziell und damit effizient nach Entscheidungen gesucht werden. Für Notare, die nicht über die Notar-CD des DNotI verfügen, ist dies ein wichtiger Informationsersatz.

Unter

<http://www.dnoti.de/SCHRIFTE.HTM>

können die lieferbaren Veröffentlichungen des DNotI per Internet bestellt werden.

Mecklenburg-Vorpommern: <http://www.notare-mecklenburg-vorpommern.de>

Pfalz (entspricht der Seite des Bayerischen Notarvereins):

<http://www.notare.rlp.de>

Rheinische Notarkammer: <http://www.notare.nrw.de>

Sachsen-Anhalt: http://www.bnotk.de/Sachsen_Anhalt/default.htm

Sachsen: <http://www.notarkammer-sachsen.de>

Thüringen: <http://www.bnotk.de/NKThuringen/default.htm>

⁷ Zu finden unter <http://www.bnotk.de/gesetzesvorhaben/entwuerfe/gesetzesentwuerfe.htm>

⁸ Hierbei wird es sich allerdings nicht mehr um einen regulären Internetzugang handeln, sondern um ein *virtual private network*. Der angeschlossene Notar kann dann unter Minimierung der mit dem Internet verbundenen Risiken durch eine sog. *firewall* (Virenschutz) über das Notarnetz das Internet nutzen. Vgl. ausführlich *Benesch*, MittRhNotK 2000, 329 f.; *ders.*, DNotZ 2000, 724 ff.

Von besonderem Wert sind auf dem DNotI-server auch die links zu anderen notarspezifischen Internetseiten unter

<http://www.dnoti.de/Notarlinks.htm>

Dieses Angebot kann viel Zeit bei der Suche ersparen. Die links bestehen nicht nur zur Bundesnotarkammer und darüber mittelbar zu den regionalen Notarkammern und zum Deutschen Anwaltsinstitut. Darüber hinaus finden sich links zu den Gesetzgebungskörperschaften, der Bundesregierung, den Bundesländern, zahlreichen Gerichten, Verbänden und Verlagen juristischer Fachzeitschriften, ferner zu einigen, zum Teil entgeltlichen, juristischen Datenbanken und Universitätsservern. Schließlich wird die internationale Informationsbeschaffung durch zahlreiche links zu ausländischen servern erleichtert. Zu nennen sind insbesondere Verbindungen zur Europäischen Union und ihren Organen, zu ausländischen Notarkammern und webpages (Internetseiten), die international geltende Rechtsnormen enthalten.

Der DNotI-server enthält damit links zu zahlreichen Internetadressen, die auch in diesem Beitrag beschrieben und aufgelistet sind, so dass der Internetnutzer diese auch über den DNotI-server ansteuern kann.

Unter dem Dach des DNotI und mit einem link versehen befindet sich schließlich auch die webpage der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. unter

<http://www.notarinstitut.de/DNOTVer/>

3. Die Landesnotarkammer Bayerns/Der Bayerische Notarverein e.V.

Für die Bezieher der MittBayNot wird im Regelfall unter den Seiten der Notarkammern die Internetseite der Bayerischen Notarkammer, bzw. des Bayerischen Notarvereins e.V. von größter Bedeutung sein:

<http://www.notare.bayern.de>

Derzeit befinden sich auf dieser Internetseite beispielsweise die Daten und Musterschriftsätze zur obligatorischen Streit-schlichtung in einem speziellen Datenformat abrufbar. Ferner sind die Güteordnung der Bundesnotarkammer, die bayerische Güteordnung und das offizielle Muster für ein steuerlich anerkennungsfähiges Dauerwohnrecht wiedergegeben. Ebenso ist die MittBayNot mit den Heften ab Anfang 1998 im Angebot dieser Seite enthalten.

Nützlich ist gewiss auch die webpage mit Hilfsfunktionen. Dort sind insbesondere links zu Hilfsmitteln zur Euroglättung bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung⁹ sowie ein Gebührenrechner mit Umrechnungsmöglichkeiten von DM und Euro angeboten.

Wie auch auf der Internetseite der Bundesnotarkammer und des DNotI befinden sich auch auf der webpage des Bayerischen Notarvereins links zu zahlreichen anderen notarspezifischen Internetadressen, wie anderen Berufsorganisationen, Behörden und verschiedenen juristischen Datenbanken.

Neben den vorgenannten allgemein zugänglichen aktuellen Informationen haben Notare Zugriff auf die Rundschreibendatenbank der Landesnotarkammer Bayern unter

http://www.notare.bayern.de/fachanw/ind_notInt.htm

Die Datenbank beginnt mit den Rundschreiben ab dem Jahre 1999. Der Zugriff auf die Rundschreiben ist durch eine komfortable Stichwortsuchfunktion sowie eine Sortiermöglichkeit

⁹ Direkter Zugriff unter: <http://www.eg.keinsoft.de>

nach Datum oder Thema wesentlich erleichtert. Voraussetzung für den Zugriff ist allerdings die Kenntnis des aktuellen Passwortes, das in regelmäßigen Abständen mit einem Rundschreiben der Landesnotarkammer bekanntgegeben wird.

Schließlich bietet der Internetauftritt des Bayerischen Notarvereins e.V. demnächst folgenden Service: Bayerische Notare werden sich *online*, also vom eigenen Computer aus via Internet über diese Internetseite (*webpage*) ihre persönliche Internetseite einrichten können.

III. Öffentliche Körperschaften und Organisationen

1. Das Bundesjustizministerium

Das Bundesministerium bietet auf seiner *webpage* unter

<http://www.bmj.bund.de>

einen umfassenden Überblick über Gesetzesentwürfe und andere legislative Planungen. Dabei wird zwischen Referenten- und Regierungsentwürfen unterschieden. Derzeit befinden sich dort beispielsweise der Text des Namensaktengesetzes sowie der Entwurf des Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften. Auch thematische Gutachten oder Kommissionsberichte sind wiedergegeben.

Die vorhandenen Dateien können aus dem Netz heruntergeladen werden. Dafür wird, wie auch auf manchen anderen Internetseiten¹⁰, die in diesem Beitrag vorgestellt werden, das Programm „Acrobat Reader“ zur Verfügung gestellt. Es ermöglicht dem Internetnutzer nach dem Herunterladen einer sog. pdf-Datei¹¹, diese zu lesen.

Schließlich befindet sich auf der *homepage* des BMJ eine Rechenhilfe für die Umstellung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung auf Euro, die auf den eigenen Computer heruntergeladen werden kann.

2. Das Bundesfinanzministerium

Das Bundesfinanzministerium ist unter

<http://www.bundesfinanzministerium.de>

zu erreichen. Auf diesem *server* finden sich unter der Rubrik „Fachabteilungen“ neben anderem aktuelle Richtlinienentwürfe, Verwaltungsanweisungen und Planungen zu Neufassungen von Gesetzen. Beispielsweise wurden dort die Einkommensteuerrichtlinien zum *downloaden* zur Verfügung gestellt, allerdings nur für kurze Zeit nach dem In-Kraft-Treten. Seitdem sind sie nur noch über das Bundessteuerblatt (Stollfuß-Verlag) zu beziehen. Während des Gesetzgebungsverfahrens zum SteuersenkungsG 2001 konnte der interessierte Internetnutzer auf dieser Internetseite den jeweiligen Stand des Verfahrens und die aktuellen Bundestagsdrucksachen erfahren und herunterladen. Binnen weniger als fünf Tagen nach seinem Erlass wurde dort die neue Verwaltungsvorschrift des BMF zu privaten Veräußerungsgeschäften (bisher: Spekulationsgeschäften) gemäß § 23 EStG der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt. Derzeit kann von dieser *homepage* ferner das Gutachten der Sachverständigenkommission Vermögensbesteuerung für die Neufassung des Bewertungs- und Erbschaftsteuerrechts abgerufen werden. Der Internetauftritt des BMF er-

¹⁰ Beispielsweise auch auf der Seite der MittBayNot unter http://www.notare.bayern.de/mittbaynot/mbn_con.htm und auf dem *Server* der BNotK unter <http://www.bnotk.de/gesetzsvorhaben/entwuerfe/gesetzentwuerfe.htm>

¹¹ Diese Abkürzung steht für *portable data format*.

möglich es dem Notar, auf die gerade zum Jahresende drängenden Fragen der Mandanten im Hinblick auf zu erwartende Gesetzesänderungen rasch kompetente Auskünfte zu geben.

Auf die Auflistung weiterer Ministerien wird hier verzichtet. Mit Hilfe von Suchmaschinen (siehe dazu unten IX.) sind deren Adressen problemlos auffindig zu machen¹².

3. Bundestag und Bundesrat

Auf dem Bundestags- und Bundesratsserver

<http://www.bundestag.de>

<http://www.bundesrat.de>

finden sich nicht nur eine Vielzahl von interessanten Informationen über Parlamentarier und andere Entscheidungsträger, Ausschüsse sowie deren Besetzung, anstehende Entscheidungen und Planungen. Darüber hinaus hat der *server* auch eine wichtige juristische Funktion für den Notar. Er ermöglicht den *online*-Zugriff auf eine Datenbank der Bundestagsdrucksachen und Bundestagsplenarprotokolle unter

<http://dip.bundestag.de/parfors/parmain.htm>

Leider sind bisher in dieser Datenbank nur die Drucksachen ab der 13. Wahlperiode enthalten¹³. Bei Bedarf nach älteren Drucksachen oder Plenarprotokollen hilft entweder nur die schriftliche, entgeltliche Anforderung oder die Nutzung folgender Adresse

<http://www.parlamentsspiegel.de>

Auf diesem *server* des nordrhein-westfälischen Landtags findet sich auch landesbezogene, insbesondere auch bayerische Parlamentsberichterstattung.

4. Die Europäische Kommission

Der Einfluss des europäischen Rechtes nimmt ständig zu¹⁴. Nicht zuletzt europäische Einflüsse, wie die Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf führen dazu, dass nach jahrelanger Diskussion nunmehr das Schuldrecht des BGB in ganz wesentlichen Teilen reformiert werden soll¹⁵. Bei der Berücksichtigung des europäischen Rechtes hilft die Internetseite der Europäischen Kommission¹⁶ unter

<http://www.europa.eu.int>

wesentlich weiter.

Alle Internetseiten sind auf Deutsch abrufbar. Hier findet der Internetnutzer auch die *webpage* des EuGH unter

<http://www.europa.eu.int/cj/de/index.htm>

auf der neben der neuesten Rechtsprechung des EuGH im Volltext (mit differenzierter Suchfunktion) eine Sammlung

¹² Im Übrigen findet sich eine entsprechende Liste bei *Kuner*, Internet für Juristen, 2. Auflage, S. 103 f.; NJW 1999, Heft 10, Umschlagseite XVIII f.

¹³ Vgl. zum Hinweis auf Fundstellen in älteren Drucksachen *Braun*, JuS 2000, 518, 518.

¹⁴ Vgl. dazu *Limmer*, MittBayNot 1999, 325 ff.; *Baumann*, MittRh-NotK 2000, 1 ff.

¹⁵ Vgl. dazu Punkt 1. des zusammenfassenden Informationspapiers des BMJ zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, das sowohl vom *Server* des Bundesministerium der Justiz als auch von den *Servern* des DNotI und der Landesnotarkammer heruntergeladen werden kann.

¹⁶ Dort befindet sich derzeit beispielsweise auch der Entwurf der „Charta der Grundrechte der Europäischen Union“.

europarechtlicher Texte zu finden sind. Erwähnenswert ist die EU-Datenbank EUR-Lex¹⁷, die im Internet unter

<http://www.europa.eu.int/eur-lex/index.html>

abrufbar ist. Über sie kann der Internetnutzer gezielt auf das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften¹⁸, das geltende Gemeinschaftsrecht, in Vorbereitung befindliche Rechtsakte und auf die Rechtsprechung des EuGH zugreifen. Besonders hilfreich sind dabei die beiden Suchfunktionen¹⁹ des *servers* unter

http://www.europa.eu.int/geninfo/query_de.htm

und unter

<http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/search.html>

mit denen eine thematische Suche möglich ist. Auf diese Weise lassen sich beispielsweise aus Anlass der neuen Richtlinie alle relevanten europarechtlichen Dokumente zum Thema „Verbrauchsgüterkauf“²⁰ finden. Die Qualität dieses *servers* ist so gut, dass er dem europarechtlich interessierten Juristen eine Vielzahl von Büchern und Loseblattsammlungen ersparen kann.

5. Bayern, insbesondere das Bayerische Staatsministerium der Justiz

Die Internetseite des Bayerischen Staatsministerium der Justiz befindet sich unter der URL (*Uniform Resource Locator* = Internetadresse)

<http://www.justiz.bayern.de>

Sie bietet neben einem Hinweis auf das bayerische Notariat²¹ und Informationen über Tätigkeit, Organisation und Presseerklärungen des Ministeriums eine Liste von Übersetzern und Dolmetschern, die der Internetnutzer unter Angabe von Sprache, Postleitzahlenbereich, Ort oder Gerichtsbezirk mittels einer komfortablen Suchfunktion anzeigen lassen kann. Dies kann die Suche nach Dolmetschern seltener Sprachen sehr vereinfachen.

Im Übrigen ist in Bayern auf den *server* der bayerischen Staatskanzlei unter

<http://www.bayern.de>

hinzuweisen, über den alle Seiten von Bayerischen Ministerien angesteuert werden können.

Die Bayerische Vermessungsverwaltung, über die als Fachanwender entgeltlich Flurkartenausschnitte via Internet angefordert werden können, hat die Internetadresse

<http://www.geodaten.bayern.de>

¹⁷ Vgl. dazu *Weber*, NJW 1999, 2805.

¹⁸ Allerdings nur aktuelle Ausgaben, nicht der gesamte Datenbestand.

¹⁹ Beide Suchmaschinen unterscheiden sich in dem Datenbestand. Die oben zuerst genannte Suchmaschine greift auf einen wesentlich größeren Datenbestand zu. Bei ausgefallenen Dokumenten ist sie vorzuziehen. Bei Standarddokumenten – wie dem Text einer geltenden Richtlinie – beinhaltet die Verwendung der erstgenannten Adresse dagegen die Gefahr, eine Vielzahl von Treffern zu erhalten, die nicht weiterhelfen.

²⁰ Bei der Suche sind Umlaute, wie meist im Internet, zu umschreiben, obwohl der Server auch auf Deutsch sucht.

²¹ Es besteht ein unmittelbarer *link* zur Seite des bayerischen Notarvereins.

6. Das statistische Bundesamt

Das statistische Bundesamt mag für Hobbystatistiker von großem Interesse sein. Für das Notariat besteht die Bedeutung dieser Internetseite vor allem darin, dass dort unter

http://www.statistik-bund.de/indicators/d/d_pre.htm

die Angaben über die Entwicklung der Lebenshaltungsindizes wiedergegeben sind²².

7. Die Deutsche Bundesbank

Auf der Internetseite der Deutschen Bundesbank unter

<http://www.bundesbank.de>

finden sich die jeweils aktuellen Zinssätze unter einem gleichnamigen Feld zum Anklicken (*button*), für den volkswirtschaftlich interessierten Notar natürlich auch ein Vielzahl weiterer spannender Informationen.

IV. Gerichte

Die *server* der Gerichte²³ bieten teilweise nur ganz aktuelle Urteile oder Pressemitteilungen an, jedoch mit Ausnahme von BVerfG und EuGH kaum systematische Datenbanken mit Urteilen.

EuGH: <http://www.europa.eu.int/cj/de/index.htm>

BVerfG: <http://www.bundesverfassungsgericht.de>²⁴

BGH: <http://www.rz.uni-karlsruhe.de/~bgh/>²⁵

BSG: <http://www.bundessozialgericht.de>

BAG: <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

VGH Bayern: <http://www.vgh.bayern.de>

Auch das BayObLG²⁶ verfügt ebenso wie die Bayerischen Oberlandesgerichte²⁷ über eigene Internetseiten. Auf dem *server* des BayObLG findet sich unter

<http://www.justiz.bayern.de/bayobl/Rechtsprechung/rechtsprechung.html>

eine komfortable Suchfunktion für Leitsätze von Urteilen dieses Gerichts. Volltexte sind hier leider nicht erhältlich.

Neu ist der Internetauftritt des BFH. Seit dem 1.12.2000 werden unter

<http://www.bundesfinanzhof.de>

alle zur Veröffentlichung bestimmten Urteile des BFH im Volltext der Allgemeinheit unentgeltlich zur Verfügung gestellt.

Aktuelle Pressemitteilungen von EuGH, BVerfG, den Bundesgerichten und einer Auswahl anderer Gerichte finden sich auf dem *server* der Universität Saarbrücken unter

<http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen>

²² Diese sind regelmäßig auch im Eingangsteil der DNotZ oder der NJW wiedergegeben sowie über ein *link* von der *homepage* des Bayerischen Notarvereins zum nwb-Verlag: <http://www.nwb.de/aktuell/izahlen.htm>

²³ Vgl. dazu *Braun*, JuS 1999, 205 f.

²⁴ Mit Volltextwiedergabe aller Entscheidungen seit dem 1.1.1998.

²⁵ Hier finden sich allerdings nur Pressemitteilungen, keine Volltexturteile.

²⁶ BayObLG: <http://www.justiz.bayern.de/bayobl/>

²⁷ OLG München unter <http://www.justiz.bayern.de/olgm/>
OLG Bamberg unter <http://www.justiz.bayern.de/olg-ba/>
OLG Nürnberg als einziges Gericht mit kleiner Rechtsprechungsdatenbank unter <http://www.justiz.bayern.de/olgn/>

V. Entscheidungssammlungen/Datenbanken

Neben den Datenbanken, die auf den *webpages* der Zeitschriftenverlage und der Berufsorganisationen, insbesondere des DNotI, zur Verfügung stehen, gibt es weitere Datenbanken, die bei der Suche nach juristischen Informationen behilflich sein können.

Als kommerzielle Anbieter mit teilweise beachtlichen Preisen von 11,60 DM pro Dokument²⁸ (unabhängig von der Länge des Urteils) sind insbesondere

<http://www.kuselit.de>

<http://www.juris.de>²⁹

<http://www.lexis.com>

<http://www.westlaw.com>

und die *Deutsche Rechtsprechung online*

<http://www.vrp.de/online/drsp/index.htm>

zu nennen.

Kuselit bietet auch eine unentgeltliche Gastdatenbank, mit der eine Themensuche möglich ist. In dieser Datenbank sind nicht nur Urteile, sondern auch Aufsätze erfasst. Die Volltexte der Beiträge sind jedoch nicht auf diese Weise erhältlich.

Nichtkommerzielle Datenbanken bieten vornehmlich *server* von Universitäten³⁰. Zu nennen sind hier insbesondere die gesellschaftsrechtliche Datenbank der Universität Düsseldorf

<http://www.jura.uni-duesseldorf.de/gesr>

und die hervorragende und umfassende Internetdatenbank der Universität Saarbrücken

<http://www.jura.uni-sb.de>

Knapp 10.000 juristische *links*, eine juristische Suchmaschine und über 500 Gesetzestexte finden sich unter

<http://www.jura-lotse.de>

Eine ähnliche *link*-Sammlung sowie eine juristische Meta-Suchmaschine³¹ bietet ferner das *Forum Deutsches Recht*

<http://www.recht.de>

Nennenswert ist schließlich die *homepage* von Juramail:

<http://www.juramail.de>

Dieser spezielle juristische *server* bietet ein Vielzahl rechtlich interessanter *links*. So enthält er eine *webpage*³², auf der zahllose, auch exotische Verbindungen zu juristischen Fachzeitschriften hergestellt sind. Diese reichen beispielsweise von der Zeitschrift „Osteuropa-Recht“ bis zur „STREIT – die feministische Rechtszeitschrift“.

VI. Gesetze im Netz

Sucht der Internetnutzer beispielsweise einen Paragraphen des Sozialgesetzbuches, verfügt jedoch nicht über den *Aich-*

berger, so findet er auch diesbezüglich Hilfe im Internet. Neben vielen anderen sind auf folgenden Internetseiten deutsche Gesetze zu finden³³.

<http://www.rechtsanwaltsliste.de>

<http://www.bundesgesetze.de>

<http://www.refact.de>³⁴

<http://www.jura.uni-sb.de/internet/Rechtsnormen.html>

<http://www.jura-lotse.de>

Steuerrechtliche Gesetze finden sich samt ca. 1000 BFH-Entscheidungen und rund 300 Schreiben des BMF beim NWB-Verlag zum *downloaden* unter

<http://www.nwb.de/download/default.htm#SteuTex2000>

Aktuelle³⁵ Ausgaben von Nur-Lese-Versionen des Bundesgesetzblatt Teil 1 sind abrufbar unter

<http://www.bundesanzeiger.de/bgbl1.htm>

Umfangreicher ist dagegen der Dienst *Bundesgesetzblatt* von *Makrolog* unter

<http://bgbl.makrolog.de>

der das Bundesgesetzblatt Teil 1 und 2 ab 1949 im Volltext und ständig aktualisiert enthält, jedoch eine (kostenlose) Registrierung voraussetzt³⁶.

Aktuelles bayerisches Landesrecht findet der Internetnutzer über den *server* des Bayerischen Landtags unter

http://www.bayern.landtag.de/infotek/infotek_f.htm

Einen Zugriff auf die Inhaltsverzeichnisse ab 1998 vom Bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt ermöglicht

<http://www.bayern.de/GVBL>

VII. Zeitschriften

Sollte der Internetnutzer dringend einen bereits in einem Heft einer Zeitschrift angekündigten Beitrag benötigen und kann er nicht mehr abwarten, bis das gedruckte Exemplar sich in seinem Briefkasten befindet, so kann bei manchen Zeitschriften ein Blick ins Internet helfen. Dort werden die Artikel teilweise bereits geraume Zeit vor dem Abdruck ins Netz gestellt. Wie erwähnt ist beispielsweise der DNotI-Report regelmäßig schon vorab im Netz zu lesen. Aktuelle Artikel aus Zeitschriften, die der Notar nicht abonniert hat, kann er teilweise kostenlos im Internet anschauen. Auch auf alte Hefte kann zugegriffen werden. Dies kostet jedoch meistens Geld, was allerdings immer noch wesentlich günstiger sein mag, als die Zeitschrift zu abonnieren oder einen Mitarbeiter zur nächsten Bibliothek zu schicken. Die meisten Internetseiten von Zeitschriften weisen im Übrigen auf aktuelle Urteile hin. Teilweise werden auch als allgemeiner Service sonstige Dokumente abrufbereit vorgehalten.

²⁸ So die „Deutsche Rechtsprechung online“.

²⁹ Vgl. zur Nutzung von *Juris* im Internet sowie den beiden nachfolgenden weltweiten Datenbanken *Möllers*, JuS 2000, 1203, 1205.

³⁰ Eine umfassende Liste von Internetadressen der deutschen juristischen Fakultäten findet sich bei *Kuner*, Internet für Juristen, 2. Auflage, S. 86 ff. Eine zum Teil ausführliche Beschreibung des Leistungsinhalts der Universitätsserver findet sich in NJW 1999, Heft 31 Umschlagseite XXI ff.; NJW 1999, Heft 33 Umschlagseite XIV ff.; NJW 1999, Heft 39 Umschlagseite XIV ff.

³¹ Vgl. dazu unter IX.

³² <http://www.juramail.de/links/zeitschriften.html>

³³ Bei Abruf von Gesetzestexten aus dem Internet ist stets darauf zu achten, auf welchem Stand sich das Internetangebot befindet. Vgl. *Kröger*, Internet für Rechtsanwälte und Notare, 1. Auflage, S. 10 ff.; *Kuner*, Internet für Juristen, 2. Auflage, S. 78; *Braun*, JuS 1999, 518 ff.

³⁴ Der Abruf ist entgeltlich. Welche Gesetze sich auf diesem Server befinden, ist abgedruckt bei *Kuner*, Internet für Juristen, 2. Auflage, S. 79 ff. Derzeit sind es nach Angaben des *Servers* über 680 Normtexte.

³⁵ Nur die letzten drei Jahrgänge.

³⁶ Vgl. *Braun*, JuS 1999, 518, 518; *Herberger*, NJW 1998, 2801, 2802 (Beiträge inzwischen teilweise schon veraltet).

Der Zugriff auf die DNotZ erfolgt über den *server* der Bundesnotarkammer, wo sowohl das Inhaltsverzeichnis der aktuellsten Ausgabe zu sehen ist, als auch Inhaltsübersichten alter Hefte bis 1998 zurück angewählt werden können.

Die *homepage* der Zeitschrift „Der Betrieb“ unter

<http://www.vhb.de/derbetrieb/home.html>

ermöglicht den Zugang zu einem Archiv alter Ausgaben, wo unter anderem mittels Stichworten nach Dokumenten gesucht werden kann. Die Suche löst jedoch Kosten (4,69 DM pro Dokument) aus.

Der RWS-Verlag

<http://www.rws-verlag.de>

bietet ebenfalls Zugriff auf eine Datenbank mit Dokumenten aus ZIP (seit 1980) und ZfIR (seit 1997). Die Suche selbst ist noch kostenlos, die Anforderung von Volltext-Dokumenten hingegen kostenpflichtig. Der gleiche Verlag bietet ferner eine ausgezeichnete BGH-Volltext-Datenbank („BGH-free“) an, deren private Nutzung kostenlos ist. Bisher sind allerdings nur Urteile seit Anfang 1999 umfasst.

Der Haufe-Verlag verfügt auf seiner *homepage*

<http://haufe.de>

über thematisch geordnete Übersichten von aktuellen Urteilen. Eine der Rubriken ist speziell immobilienbezogen. Ferner wird eine Suchfunktion zur Verfügung gestellt, mit der themenbezogen in der Datenbank³⁷ des Verlags (unentgeltlich) gesucht werden kann. Daneben kann der Internetnutzer entgeltlich Vertragsmuster, Checklisten und Formulare von dem *server* des Haufe-Verlags herunterladen, dies allerdings erst nach Registrierung.

Der ZAP-Verlag stellt unter

<http://www.zap-verlag.de>

eine Datenbank mit Volltexten bundesgerichtlicher Leitsatzentscheidungen zur Verfügung, bei der allerdings der Abruf jeder Entscheidung 12,- DM für Abonnenten des Verlags und 25,- DM für Nichtabonnenten kostet. Die Nutzung der Leitsatzdatenbank ist kostenlos möglich.

Auch der Beck-Verlag³⁸, der jüngst seine Internetpräsentation erheblich umgestellt hat, bietet inzwischen einen vergleichbaren Informationsdienst an. Unter

<http://www.rsw.beck.de>

finden sich neben den Internetseiten der bekannten Zeitschriften dieses Verlages (NJW, ZEV, DStR, NZG unter der Rubrik „news“) mit jeweils nützlichen themenspezifischen und aktuellen Zusatzinformationen³⁹ der Informationsdienst „beck plus“. Dieser ermöglicht nach der Registrierung eine unentgeltliche Stichwortsuche auf den Datenbanken des Verlages. Der Zugriff auf Volltexte ist allerdings entgeltlich.

Der Beck-Verlag bietet schließlich eine unterjährige Fortschreibung des Kommentars *Palandt* an, was insbesondere bei Gesetzesänderungen hilfreich sein kann. Dort war beispiels-

³⁷ Diese enthält jedoch keine Volltexte, wohl aber Urteilszusammenfassungen.

³⁸ Vgl. auch die ausführliche Darstellung des Angebotes dieser Internetseite in NJW 2000, Heft 47, Umschlagseite XXI ff.

³⁹ So konnten lange Zeit von der *webpage* der ZEV die Erbschaftsteuerrichtlinien heruntergeladen werden. Derzeit befindet sich dort unter anderem das Gutachten der Sachverständigenkommission Vermögensbesteuerung.

weise bereits im Herbst 2000 eine Kommentierung von *Heinrichs/Sprau* über das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen wiedergegeben.

Folgende weitere Anschriften sind aus notarieller Sicht besonders interessant:

ZNotP: <http://www.zap-verlag.de/printprodukte/zeitschriften/znotp>

NotBZ: <http://www.notbz.de>

BB, RIW, StB: <http://www.betriebs-berater.de>

NWB-Verlag: <http://www.nwb.de>

FamRZ: <http://www.famrz.de>

GmbH, AG,

FR, MDR: <http://www.otto-schmidt.de>

VIII. Internationales

Auch viele ausländische Notarkammern⁴⁰ sind im Internet vertreten und können interessante Informationen über die notarielle Tätigkeit in dem jeweiligen anderen Staat gewähren. Voraussetzung für die Nutzung dieser Seiten ist im Regelfall die Kenntnis der jeweiligen Landessprache.

Immer wieder ist – völlig zutreffend – von der möglichst weitgehenden Nutzung des „Europäischen Netzes“ der Notare des lateinischen Notariats die Rede⁴¹. Die Möglichkeit, sich mit Kollegen aus anderen Staaten auszutauschen, ist eine wesentliche Voraussetzung für das Notariat, die rechtlichen Aufgaben einer internationaler werdenden Welt angemessen bewältigen zu können. Die Internetseiten der ausländischen Notarkammern beinhalten meistens Namen und Anschriften, e-mail-Adressen, sonstige persönliche Informationen und Spezialisierungen der in ihrem Bereich tätigen Notare. Diese Informationen können eine erste Kontaktaufnahme oder Auswahl eines hinzuzuziehenden ausländischen Kollegen erleichtern.

Für Notare, die auch im ausländischen Recht beraten, bieten die Übersichtsseiten der dortigen Notarkammern eine Möglichkeit, sich über ausländische Gesetzgebungsverfahren und Neuregelungen auf dem Laufenden zu halten, ohne das jeweilige ausländische Gesetz- und Verordnungsblatt zu abonnieren.

Für Notarassessoren kann die nachstehende Auswahl an Internetadressen auch eine Möglichkeit bieten, sich auf diesem Wege an einen ausländischen Kollegen zu wenden, um bei diesem ein Praktikum zu absolvieren.

C.N.U.E.: <http://www.cnue.be>

U.I.N.L.: <http://www.onpi.org.ar>

Belgien: <http://www.notaire.be>

Frankreich: <http://www.notaires.fr>

Italien: <http://www.notariato.it>⁴²

Österreich: <http://www.notar.at>

Spanien: <http://www.notariado-cg.es>

IX. Suchmaschinen

Sucht der Internetnutzer nach einer allgemeinen Information und hat keine Kenntnis darüber, auf welcher Internetseite sich die Daten befinden oder ist ihm die genaue Internetadresse

⁴⁰ Abgesehen von den unten angegebenen Internetadressen finden sich auf der *homepage* der Bundesnotarkammer und des DNotI ebenfalls entsprechende *links* auf die Seiten der ausländischen Berufsorganisationen.

⁴¹ Vgl. dazu *Wachter*, DStR 2000, 474, 475.

⁴² Verzeichnis der amtierenden Notare unter der Rubrik „Annuario“.

des Anbieters nicht bekannt, so helfen die Suchmaschinen weiter. Der Nutzer wählt auf die gewohnte Art und Weise eine der im Folgenden genannten Internetseiten an. Dort findet er eine Suchmaske, in die der Suchbegriff eingegeben werden kann. Nach Anklicken des „OK“-Feldes oder „Suchen“-Feldes führt die Suchmaschine die Suche im Internet durch⁴³.

Es gibt zwei unterschiedliche Typen von Suchmaschinen; einerseits solche, die selbst das Internet nach dem eingegebenen Suchbegriff absuchen; andererseits die so genannten Meta-Suchmaschinen, wie beispielsweise der *metacrawler* oder *meta-jur*. Diese greifen auf einige andere Suchmaschinen zu und lassen diese für sie suchen⁴⁴. Sie haben daher die Ergebnisse *mehrerer* Suchmaschinen im Angebot. Die Suchergebnisse verschiedener Anbieter können je nach der eingeschalteten Suchmaschine unterschiedlich ausfallen. Sollte der Nutzer im ersten Anlauf nicht fündig geworden sein, kann die Wiederholung der Suche mit einer anderen Suchmaschine weiterführen.

Einige wesentliche Internetadressen sind die Folgenden⁴⁵:

<http://hotbot.lycos.com>

<http://www.metacrawler.de>

<http://www.lycos.de>

<http://de.yahoo.com>

<http://www.altavista.com>

<http://search.about.com/fullsearch.htm>

<http://www.meta-jur.de>

<http://www.jura-lotse.de>

<http://www.jura.uni-duesseldorf.de/call/>⁴⁶

Weitere Verbindungen zu Suchmaschinen findet der Leser auf der *link*-Seite des DNotI.

X. Weiterführende Literatur

Einen *allgemeinen* Überblick über die Nutzung des Internets und alle damit einhergehenden Entscheidungen verschafft das

⁴³ Vgl. zum Suchen und Finden im World Wide Web *Herberger*, NJW 1999, 2424 ff. mit hilfreichen Hinweisen zur praktischen Anwendung. Vgl. auch *Rosig/Selge*, NJW-CoR 1999, 220 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu auch *Herberger*, NJW 1999, 2424, 2424.

⁴⁵ Vgl. auch die umfangreiche Liste bei *Rosig/Selge*, NJW-CoR 1999, 220 ff. mit Auswertung der Qualität; *Kröger*, Internet für Rechtsanwälte und Notare, 1. Auflage, S. 9 f.; *Kuner*, Internet für Juristen, 2. Auflage, S. 75 f.

⁴⁶ Dieser hoch gelobte Internetdienst (vgl. dazu *Braun/Beurskens*, JuS 1999, 202 f.) existiert zwar; die Suche des Verfassers hat jedoch bei keinem Versuch zu dem gewünschten Ergebnis geführt.

Heft der Stiftung Warentest, Test Spezial Internet, aus dem Dezember 2000.

Einige juristenspezifische Standardbücher⁴⁷ können dem unerfahrenen Internetnutzer helfen, die gewünschten Informationen aus dem Internet zu erhalten. Dort finden sich seitensweise interessante Internetadressen, die bei speziellen Wünschen weiterhelfen können. Die maßgeblichen Bücher sind insbesondere:

* *Kuner*, Internet für Juristen – Zugang, Recherche, Kommunikation, Sicherheit, Informationsquellen, 2. Auflage, München 1999;

* *Kröger* (Hrsg.), Internet für Rechtsanwälte und Notare, 1. Auflage, Neuwied 1997;

* *Tiedemann*, Internet für Juristen: eine praxisorientierte Einführung, 1. Auflage, Darmstadt 1999.

Im Übrigen werden in einigen allgemeinen juristischen Zeitschriften regelmäßig wiederkehrende Berichte über die sich verändernde Internet-Landschaft gegeben. Hier ist insbesondere der DNotI-Report zu nennen, der seit Heft 18/2000 erstmals auch über praxisrelevante Internetadressen berichtet. Ferner sind BNotK Intern⁴⁸, die NJW und die JuS zu erwähnen, die in den Umschlagseiten oder selbständigen Beiträgen über neue Entwicklungen berichten⁴⁹.

Anmerkung der Schriftleitung:

Sämtliche im Beitrag genannten Internetadressen können unter www.notare.bayern.de (Rubrik „Notare Bayern“ – Angebote für Fachanwender) als Favoritensammlung aufgerufen und herunter geladen werden.

⁴⁷ Vgl. auch die Buchbesprechungen von *Benesch*, MittBayNot, 1999, 370 f.; und *ders.*, MittBayNot 2000, 310.

⁴⁸ Beachte insbesondere den Überblick in BNotK Intern Heft 5/2000.

⁴⁹ Vgl. beispielsweise NJW 2000, Heft 47, Umschlagseite XXI ff.; NJW 2000, Heft 2000, 43, Umschlagseite XX f.; NJW 2000, Heft 37, Umschlagseite XVIII ff.; NJW 2000, Heft 32, Umschlagseite XVIII f.; NJW 2000, Heft 28, Umschlagseite XVIII ff. (mit Hinweis auf S. XX, das Angebot der Internetseite des Bayerischen Notarvereins, die MittBayNot im Internet ansehen zu können); NJW 2000, Heft 22, Umschlagseite XVIII ff.; NJW 2000, Heft 17, Umschlagseite XVI ff.; NJW 2000, Heft 14, Umschlagseite XXII f.; NJW 2000, Heft 4, Umschlagseite XVIII f.; NJW 1999, Heft 15, Umschlagseite XXII f. zu den Servern sämtlicher Landtage; NJW 1999, Heft 10, Umschlagseite XVIII f. zu den Servern der Bundesregierung und Ministerien; *Herberger*, NJW 1998, 2801 ff.; *Möllers*, JuS 2000, 1203 ff.; *Weber*, NJW 1999, 2805; JuS 2000, 100 f.; JuS 2000, 518 f.; JuS 2000, 101 f.; JuS 1999, 1031 f.; JuS 1999, 518 ff.; *Rosig/Selge*, NJW-CoR 1999, 220 ff.

Grundlagen zum Immobilienerwerb in Frankreich

Von Notarassessorin Dr. Susanne Frank, *licencié en droit (Paris II/Assas)*, München

Die nachfolgenden Ausführungen sollen einen möglichst weitreichenden Überblick über den Erwerb von Grundbesitz in Frankreich geben. Eine umfassende Darstellung kann aufgrund der Komplexität des Themas an dieser Stelle nicht erfolgen. Dafür sei auf die Hinweise in den Fußnoten verwiesen.

I. Grundlagen des französischen Liegenschaftsrechts

1. Arten des Grundeigentums

Das Eigentum (*propriété*) gewährt das Recht, eine Sache zu nutzen und in absolut unbeschränkter Weise unter Beachtung der gesetzlichen Beschränkungen und Verbote darüber zu verfügen (Art. 544 CCiv). Es umfasst die Oberfläche wie den Grund und Boden (Art. 552 CCiv). Gebäude sind wesentlicher Bestandteil des Grund und Bodens. Miteigentum (*indivision*) liegt vor, wenn das Eigentumsrecht mehreren Personen bruchteilsmäßig gemeinsam zusteht. Es ist im Code Civil nicht systematisch geregelt, sondern findet sich innerhalb der bestimmten Sachgebiete, z. B. der Erbengemeinschaft (Art. 815 ff. CCiv).¹ Gesamthandseigentum ist dem französischen Recht mit Ausnahme des Ehegüterrechts² dagegen weitgehend unbekannt.

Wohnungs- und Teileigentum (*copropriété*) wurde mit dem Wohnungseigentumsgesetz vom 10.7.1965³ in den Code Civil integriert. Man unterscheidet zwischen Sondereigentum (*parties privatives*), das der privaten Nutzung eines jeden Eigentümers zugeordnet ist, und gemeinsamem Eigentum (*parties communes*), das von allen Eigentümern genutzt wird.⁴ Die Aufteilung in die verschiedenen Einheiten erfolgt – nach den Vorgaben und Plänen des Geometers – in der notariell zu beurkundenden und im Grundbuch zu vermerkenden Teilungserklärung (*état descriptif de division*), die die Beschreibung der einzelnen Einheiten und der Gesamtanlage enthält. Die Teilungserklärung ist wiederum Teil der Eigentümergemeinschaftsordnung (*règlement de copropriété*), die außerdem nähere Bestimmungen von Sonder- und Gemeinschaftseigentum, die Festlegung der Kosten und die Verwaltung der Einheiten durch Hauptversammlung, Beirat und Verwalter (*syndic*) enthält.⁵

¹ Böhner, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Frankreich, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, 4 G I (1985), S. 3 ff.

² Auch im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft gilt dies nur hinsichtlich bestimmter Klauseln für die Verwaltung des Vermögens, nicht aber für die Eigentumslage, s. Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, S. 622.

³ Loi n.65-557 vom 10.7.1965, integriert in den Code Civil nach Art. 664 CCiv.

⁴ Art. 2 und 3 L.65-557; Wietek/Wietek-Gilet, DNotZ 1978, 130 ff. (134 f.).

⁵ Einzelheiten, auch zur Versammlung der Eigentümer, Stimmrechten, Wohngeldabrechnung, etc. bei Durr, Der Wohnungseigentümer 1999, 138 ff. und Wietek/Wietek-Gilet, DNotZ 1978, 130 ff. (insb. 132 ff.).

Aus deutscher Sicht unbekannt ist die *division en volumes*, wonach das flächenmäßige Eigentum an einem Grundstück ersetzt wird durch eine dreidimensionale Aufteilung in verschiedene (dreidimensionale) *lots de volume*, die sich sowohl unter als auch über die Erdoberfläche erstrecken. Definiert werden diese Volumina horizontal durch Bezugnahme auf die Katastergrenzen, vertikal durch Angabe eines Höhenniveaus. Jedes lot de volume gilt als eigenständiges Grundstück, Gemeinschaftseigentum gibt es nicht.⁶

Das Erbbaurecht (*bail à construction*) beinhaltet die Nutzung eines fremden Grundstücks gegen Zahlung eines jährlichen Zinses mit der Verpflichtung des dinglich Nutzungsberechtigten, auf dem Grundstück Gebäude zu errichten und diese während der Laufzeit des Vertrages (zwischen 18 und 99 Jahren) Instand zu halten.⁷

Mit dem Gesetz n.98-566 vom 8.7.1998 hat Frankreich die Time-Sharing-Richtlinie der EG vom 26.10.1994⁸ in nationales Recht umgesetzt. Das Gesetz beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die Vorgaben der Richtlinie umzusetzen, ohne das Time-Sharing an sich rechtlich einzuordnen.⁹

2. Der Eigentumserwerb im französischen Grundstücksrecht

a) Eigentumsübertragung

Anders als das deutsche Recht unterscheidet das französische Recht grundsätzlich nicht zwischen dem schuldrechtlichen Kaufvertrag und der dinglichen Übereignung. Das Abstraktionsprinzip ist unbekannt. Sind sich die Parteien über Sache und Preis einig, kommt nach dem Konsensprinzip nicht nur der Vertrag zustande, sondern es geht auch das Eigentum bereits über. Der Besitzübergabe bedarf es nicht, auch muss der Kaufpreis nicht bezahlt sein (Art. 1583 CCiv).¹⁰ Für Immobilienkaufverträge existieren keine besonderen Vorschriften.

⁶ Sizaire, JCP 1988, éd. notariale, I, 323 ff. m.w.N.; die *division en volume* ist gesetzlich nicht geregelt. Sie wurde von Pariser Notaren im Zusammenhang mit dem Bau der *Défense*, dem großen, modernen Gewerbezentrum im Osten von Paris, entwickelt, um die rechtliche Verschachtelung öffentlicher und privater, gewerblicher wie privat genutzter Einheiten regeln zu können und ersetzt heute immer häufiger Wohnungseigentumseinheiten und die katastermäßige Aufteilung von Grundstücken bei größeren Bauobjekten.

⁷ Art. L. 251-1 ff. Code de la construction et de l'habitation; nicht zu verwechseln ist das Erbbaurecht mit der Erbpacht (*emphytéose*), hierzu s. unten I.3.a).

⁸ Richtlinie 94/47/EG zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl. EG. Nr. L 280/83.

⁹ Einzelheiten bei Neises, NZM 1999, 338 ff. m.w.N.

¹⁰ Wehrens/Gresser, Der Kauf von Grundeigentum in Frankreich, Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag (im Folgenden: FS Schippel), 1996, 961 ff. (962); Diess., DAI-Skript 1998 „Notarieller Rechtsverkehr mit Frankreich“ (im Folgenden: DAI 1998), S. 6; Böhlinger, BWNotZ 1987, 25 ff. allgemein zu den verschiedenen internationalen Systemen von „Grundbüchern“.

Der Grundstückskaufvertrag kommt allein aufgrund der Einigung der Parteien zustande, ohne dass es der Eintragung in das Liegenschaftsregister bedürfte. Demgemäß kennt das französische Recht weder die Institution der Auflassung noch der Auflassungsvormerkung.

b) Form des Vertrages

Auch eine Vorschrift entsprechend § 313 BGB ist unbekannt. Die Form des Rechtsgeschäfts ist für die Wirksamkeit des Vertrags unmaßgeblich, Formvorschriften sind gemäß Art. 1108 und 1583 CCiv nicht vorgesehen. Ausnahmen gelten nur für Bauträgerverträge und unentgeltliche Grundstücksübertragungen, die zwingend der notariellen Beurkundung bedürfen.¹¹

c) Eintragung

Auch wenn sich der Eigentumserwerb der Käufers an der Immobilie nur aufgrund der Einigung der Vertragsparteien vollzieht, ohne dass es auf eine Eintragung – je nach Region – im Grundbuch bzw. im Immobilienregister¹² ankäme, wird der Eigentumswechsel dennoch fast ausnahmslos im Register eingetragen, da alle Rechtsgeschäfte, die die Übertragung von Sachenrechten an Immobilien zum Gegenstand haben, der Bekanntmachung gemäß Art. 28 des Dekrets n.55-22 vom 4.1.1955¹³ bedürfen. Anders als nach deutschem Recht bewirkt diese Bekanntmachung zwar keine Rechtsänderung, doch entfaltet der Eigentumsübergang Dritten gegenüber erst dann Außenwirkung (*opposabilité*), wenn der (notariell beurkundete) Vertrag in zweifacher Ausfertigung beim Grundstücks- und Hypothekenregister eingereicht und, nach Überprüfung der Formalia, vom Registerführer registriert worden ist. Die Registrierung darf dabei nicht mit einer Eintragung wie im deutschen Grundbuch verwechselt werden: es erfolgt lediglich eine Publikation der Kaufurkunde (*publicité foncière*) mit einem Stempelvermerk; die mit diesem Vermerk versehene Ausfertigung des Vertrages gilt als Eigentumsnachweis.¹⁴

In den Regionen, die das Grundbuchsystem kennen, erfolgt zwar eine echte Eintragung wie in Deutschland, ihre Wirkung beschränkt sich aber darauf, dem Vertrag Außenwirkung zukommen zu lassen.

Im Widerspruch zum Konsensprinzip kommt aber im Falle der Kollision zweier Verträge über das gleiche Objekt der ersten Eintragung Vorrang zu, auch wenn der nicht eingetragene Vertrag zeitlich früher geschlossen und damit rechtlich das Eigentum übergegangen ist.¹⁵ Dogmatische Begründungsversuche seien hier zurückgestellt.

Unterbleibt die Eintragung eines publikationspflichtigen Vorgangs, macht dies einen Weiterverkauf praktisch unmöglich, da der Eigentümer/Verkäufer nicht beweisen kann, dass ihm die Immobilie tatsächlich gehört. Der Eigentumsnachweis erfolgt immer nur durch eine Kette von Vorpublikationen, die

für einen Zeitraum von 30 Jahren, vom letzten Erwerb an gerechnet, nicht unterbrochen sein darf. Die Eintragung einer Weiterübertragung darf solange nicht eingetragen werden, wie der Titel des Verkäufers selbst nicht eingetragen ist (Art. 3 Dekret n.55-22 vom 4.1.1955). Die Eintragung ist damit wegen ihrer „relativen Wirkung“ unumgänglich. Ein positiver Gutgläubenserwerb ist nicht daran geknüpft, sondern nur die negative Publizität. Beim Grundbuchsystem wird die Richtigkeit der Eintragung vermutet.¹⁶

Gemäß Art. 4 des vorgenannten Dekrets muss jedes Rechtsgeschäft, das der Grundbuchpublizität unterliegt, in öffentlicher Urkundsform (*acte authentique*) errichtet werden. Das hat zur Folge, dass französische Immobilienverträge, obwohl sie materiell-rechtlich keiner Form bedürfen, um wirksam zu sein, stets durch öffentliche Urkunde, d. h. notarielle Beurkundung, errichtet werden.

d) Beurkundung durch einen deutschen Notar

In dieser Hinsicht fragt es sich, ob die Beurkundung eines Kaufvertrages über eine in Frankreich gelegene Immobilie durch einen deutschen Notar möglich oder sinnvoll ist. Gemäß Art. 4 Abs. 3 des Dekrets genügt auch der von einem ausländischen Notar beurkundete Vertrag, wenn er legalisiert ist,¹⁷ bei einem französischen Notar hinterlegt und in Frankreich vollstreckbar gestellt worden ist. Darüber hinaus ist der Vertrag in beglaubigter Form ins Französische zu übersetzen und bedarf der übrigen Formalien der *publicité foncière*.

Im Folgenden wird zudem noch näher dargelegt, dass den französischen Notar weitere Pflichten, wie die Einziehung und Abführung von Steuern, Erholung behördlicher Genehmigungen etc. treffen, die ohne Mithilfe eines französischen Notars von Deutschland aus nicht erfolgen können. Schon aufgrund dieser Abwicklungsprobleme ist eine Beurkundung durch den deutschen Notar nicht zu empfehlen, zumal dies auch von der Kostenseite durch die Hinzuziehung eines französischen Notars (zusätzlich zur deutschen Beurkundung) für die Parteien insgesamt viel teurer sein wird.

In materiell-rechtlicher Hinsicht kommt noch folgender Aspekt hinzu: der Kaufvertrag selbst könnte wohl durch Rechtswahl gemäß Art. 27 Abs. 1 EGBGB dem deutschen Recht unterstellt werden,¹⁸ dinglich ist der Vertrag aber auf jeden Fall nach dem *lex rei sitae*-Grundsatz nach den französischen Vorschriften zu vollziehen. Auch kommen unabhängig vom gewählten Recht die französischen Verbraucherschutzbestimmungen zur Anwendung.

3. Grundstücksrechte

a) Dingliche Rechte und sonstige Nutzungsrechte

Als beschränkt dingliche Rechte sind im Code Civil der Nießbrauch (*usufruit*), Art. 578 ff. CCiv, Wohn- und Nutzungsrechte (*droits d'usage et de l'habitation*), Art. 625 ff.

¹¹ S. Art. 1601-1 ff. CCiv und Art. L.261-9 ff. Code de la construction et de l'habitation für den Bauträgervertrag; *Gresser*, NZ 1994, 146 f. (147); *Böhner*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Frankreich, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, 4 G I (1985), S. 17 f. sowie unten II.3.; für Schenkungen s. Art. 931 ff. CCiv.

¹² Zur Unterscheidung s. unten I.4.

¹³ Abgedruckt im Code Civil nach Art. 2203-1 CCiv.

¹⁴ *Gresser*, DAI-Skript 2000 „Der Immobilienerwerb im Ausland – Der Kauf von Immobilien in Frankreich“ (im Folgenden: DAI 2000), S. 4.

¹⁵ *Tillmanns*, Rechtsfragen zum französischen Grundbesitz, IWB F5, Gruppe 3, 455 ff. (456).

¹⁶ Einzelheiten bei *Böhner*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Frankreich, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, 4 G I (1985), S. 26 f.; *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, S. 599 f.

¹⁷ Nach dem deutsch-französischen Legalisationsabkommen vom 13.9.1971 bedarf es allerdings für beide Länder keiner Legalisierung oder anderer Förmlichkeiten mehr.

¹⁸ Das ist allerdings im Hinblick darauf, dass das französische Recht – als Recht des Lageortes – die Trennung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft nicht kennt, nicht unproblematisch, zumal der Eigentumserwerb sich sachenrechtlich in jedem Fall nach dem französischen Recht als der *lex rei sitae* vollziehen wird.

CCiv, und verschiedene gesetzliche wie vertragliche Grunddienstbarkeiten (*servitudes*), Art. 637 ff. CCiv, integriert. Das Erbpachtrecht (*emphytéose*) berechtigt zur Nutzung eines fremden Grundstücks gegen Zahlung eines Zinses, mit der Verpflichtung verbunden, das Grundstück zu kultivieren.¹⁹ Die Reallast (*prestation foncière*) ist nur im deutsch geprägten Elsass-Lothringen für die Absicherung von Leibrenten bekannt.

Andere Nutzungsrechte sind neben der schuldrechtlichen Miete und Pacht (Art. 1708 ff. CCiv) die dingliche Nutzungsüberlassung (*concession immobilière*)²⁰ und die Miete mit Erwerbsrechts des Mieters (*location-accession*).

Von großer praktischer Bedeutung auch für die notarielle Beurkundungstätigkeit ist das Immobilienleasing (*crédit-bail*).²¹ Es versteht sich als gewerbliche Miete von Immobilien, die der Leasinggeber gekauft und gebaut hat; dem Mieter wird bei Vertragsschluss die Option eingeräumt, nach Mietende die Immobilie zu erwerben.²²

b) Grundpfandrechte

Was Grundpfandrechte anbelangt, kennt das französische Recht nur die forderungsabhängige Hypothek (*hypothèque*), Art. 2114 ff. CCiv, nicht aber die abstrakte Grundschuld. Die Hypothekenbestellung ist zwingend beurkundungsbedürftig, Art. 2127 CCiv, und bereits ab diesem Zeitpunkt wirksam. Die Eintragung ins Hypothekenregister erfolgt auch hier nur wegen der relativen Wirkung. Die Publizitätswirkung ist allerdings auf zehn Jahre begrenzt, wenn die Eintragung nicht vor Ablauf dieser Frist erneuert wird (Art. 2154 ff. CCiv). Als Formen kennt das französische Recht die vertragliche Hypothek, die als Höchstbetragshypothek ausgestaltet werden kann, die gerichtliche Hypothek aufgrund Urteils und die gesetzliche Hypothek. Wie in Deutschland kann die Hypothek auch Schulden Dritter absichern.²³

Davon zu unterscheiden sind die sog. *privilèges*, die ihrem Inhaber das Recht gewähren, vor anderen Gläubigern befriedigt zu werden. Das Privileg gewährt also kein Verwertungsrecht wie die Hypothek, sondern nur ein vorzugsweises Recht auf Befriedigung (*droit de préférence*), unabhängig, wer die Zwangsvollstreckung betreibt und vor allem auch unabhängig von seinem zeitlichen Rang. Die Stellung des Privilegs richtet sich nach der Art der Forderung, nicht nach dem Zeitpunkt seiner Entstehung, so dass ein zeitlich nachrangiges Privileg der vorab eingetragenen Hypothek vorgehen kann.²⁴ Nur noch

geringe praktische Bedeutung hat die *antichrèse*, ein sog. Nutzpfundrecht an Grundstücken.

c) Sonstiges

Vorkaufsrechte existieren als gesetzliche zugunsten der öffentlichen Hand und Privaten, sowie aufgrund vertraglicher Vereinbarung.²⁵

4. Das Grundstücksregisterwesen

In Frankreich besteht kein einheitliches Registersystem.

a) Grundbuch

Einerseits existiert aus historischen Gründen noch immer das Lokalrecht von Elsass-Lothringen, das auf dem deutschen Grundbuchprinzip beruht und insoweit eine Zwitterstellung zwischen französischem und deutschem Recht einnimmt, als es an sich ein letzterem entsprechendes Grundbuch (*livre foncier*) kennt, aber andererseits materielles französisches Recht, m.a.W. das Konsensprinzip, zur Anwendung gelangt. Die Eintragung selbst wirkt daher auch nur deklaratorisch, ein Gutgläubenserwerb ist nicht möglich. Jedoch wird die Richtigkeit der Eintragung vermutet. Das Grundbuch ist als Real-, nicht als Personalfolium aufgebaut. Die Einsicht in das Grundbuch ist bei berechtigtem Interesse möglich.²⁶

b) Grundstücks- und Hypothekenregister

Im restlichen Frankreich gibt es stattdessen das Grundstücks- und Hypothekenregister (*bureau de la conservation des hypothèques*), nach grundlegenden Reformen geregelt durch zwei Dekrete aus dem Jahre 1955.²⁷ Es untersteht der Führung durch den *Conservateur des Hypothèques*, einem Finanzbeamten, und unterliegt somit insgesamt der Finanzverwaltung. Der Conservateur wird jedoch nicht staatlich besoldet, sondern erhält persönliche Gebühren von den Antragstellern in Höhe von 0,01% aus dem Wert der Urkunde, beim Kaufvertrag daher i.d.R. aus dem Kaufpreis. Als Pendant hierzu haftet er auch persönlich nach den allgemeinen Regeln.²⁸ Das Register ist nicht für ganz Frankreich zentral geführt, vielmehr gibt es in jedem Arrondissement ein eigenes Register, das für die in seinem Amtsbezirk gelegenen Grundstücke zuständig ist.

Das französische Grundstücks- und Hypothekenregister besteht aus einem Haupt- und einem Nebenregister. Das Hauptregister (Publizitätsregister) unterscheidet wiederum zwischen dem Hypothekenregister (*registre des inscriptions*), in dem alle Hypotheken und Privilegien publiziert werden, dem Transkriptionsregister (*registre des publications*), das alle übrigen auf Grundstücke bezogenen Vorgänge enthält und dem Pfändungsregister (*registre des saisies immobilières*).²⁹

¹⁹ *Gresser*, DAI 2000, S. 3; Einzelheiten bei *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 2, 2. Aufl. 1986, S. 798.

²⁰ L. n.67-1253 vom 30.12.1967, abgedruckt im Code Civil nach Art. 1778 CCiv, Anh. V.

²¹ L. n.66-45 vom 2.7.1966, abgedruckt im Code de Commerce, Anh. IV Nr. 13, grundlegend reformiert durch das Gesetz L. n.95-115 vom 4.2.1995.

²² Einzelheiten bei *Cohen*, Le crédit-bail immobilier et la réforme de 1995, Paris 1996; zur Einführung s. auch *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 2, 2. Aufl. 1986, S. 161 ff.

²³ Einzelheiten bei *Campos Nave*, RIW 1996, 550 ff (553 ff.); v. *Bernstorff*, RIW 1997, 181 ff. (183 f.) und *Böhmer*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Frankreich, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, 4 G I (1985), S. 28 ff. auch zum besonderen Bereinigungsverfahren (*purge*) gemäß Art. 2179 ff. CCiv; zum (mitzubewerkundenden) Hypothekarkredit, der den zwingenden Verbraucherschutzvorschriften des *Loi Scrivener* und des *Loi Neiertz* unterliegt, s. *Hahn*, RIW 1994, 114 ff.

²⁴ Einzelheiten bei *Böhmer*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Frankreich, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, 4 G I (1985),

S. 30 f. und *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, S. 703 ff.; wichtig ist das Privileg des Finanzierungsgläubigers gemäß Art. 2103 n. 2 CCiv.

²⁵ Einzelheiten bei *Böhmer*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Frankreich, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, 4 G I (1985), S. 32 f.

²⁶ *Böhringer*, BWNotZ 1987, 25 ff. (27) m.w.N.

²⁷ Dekret n.55-22 vom 4.1.1955 über die Reform der Publizität in Liegenschaftssachen und Dekret n.55-1350 vom 14.10.1955, das Ausführungsbestimmungen enthält, beide abgedruckt im Code Civil nach Art. 2203-1, Anh. III, integriert auch in Art. 2196 ff. CCiv; die Dekrete wurden mittlerweile mehrfach geändert.

²⁸ Art. 1382 CCiv und Art. 2197 CCiv; *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, S. 588 f.

²⁹ Art. 15 ff. und 28 ff. des Dekrets vom 4.1.1955.

In allen drei Registern werden keine Rechtsgeschäfte echt registriert, sondern die Urkunden über die angemeldeten Rechtsvorgänge, ähnlich den deutschen Grundakten, lediglich gesammelt.

Daneben existiert das Nebenregister, bestehend aus dem Eingangregister, das den Zeitpunkt des Antragsvorgangs festhält und damit über den Rang des registrierten Rechts entscheidet³⁰ und der Grundkartei, dem *fichier immobilier*, wiederum unterteilt in die Eigentümerkartei (*fiches personnelles*), die Real- (= Grundstücks-)kartei (*fiches d'immeuble*) und die Parzellenkartei (*fiches parcellaires*). Wenn auch als Nebenregister bezeichnet, ist das *fichier immobilier* praktisch das wichtigste Register, da es Auskunft über den Namen des Eigentümers und die rechtlichen Verhältnisse über die in den eingereichten Urkunden genannten Grundstücke gibt. Es wird parallel zur Registrierung der Urkunde im Hauptregister geführt.³¹

Inhaltlich dokumentiert das französische Register keine Eigentumsverhältnisse und keine Rechte an Grundstücken, sondern registriert nur die Urkunden über die zustande gekommenen eingereichten Rechtsgeschäfte. Eine Einsicht in das Register im dem deutschen Notar bekannten Sinn ist schon aus diesem Grund nicht möglich.³² Denn, wie bereits erwähnt, ist das Register nicht konstitutiv für den Eigentumserwerb, sondern dient lediglich der Publizität des Vorgangs. Auskünfte über die Eigentumsverhältnisse sind daher nicht möglich, diese ergeben sich alleine aus der notariellen Urkunde, versehen mit dem Registrierungsvermerk. Alleine der Blick ins Hypothekenregister verschafft einen Überblick über eingetragene Belastungen. Eine Einsicht ist insoweit möglich, allerdings besteht auch hier kein allgemeines Einsichtsrecht, sondern nur für den Notar. Dieser kann gegen Zahlung von 80 FF³³ einen schriftlichen Antrag auf Auskunft über den Hypothekenstand im Hypothekenregister stellen und erhält nach ca. drei Wochen bis drei Monaten Antwort.

Die Eintragungen (Registrierungen) im Register selbst erfolgen nur auf Antrag, der von jedem mit rechtlichem Interesse gestellt werden kann. Der Notar ist bei Vorgängen im Zusammenhang mit Immobilien hierzu verpflichtet. Der Antrag ist innerhalb bestimmter, durch das Dekret vom 4.1.1955 Art. 33 festgesetzter Fristen beim Registeramt einzureichen.³⁴

II. Der Grundstückskaufvertrag

1. Der Vorvertrag

Das Konsensprinzip und der damit verbundene sofortige Eigentumsübergang haben zur Folge, dass der Kaufvertrag erst das letzte Glied der notwendigen Vorgänge ist, um ein Grundstück zu übertragen. Die notwendigen Erklärungen,

Bescheinigungen und Genehmigungen müssen bereits vorab eingeholt bzw. erteilt sein, wenn der lastenfreie und ungehinderte Eigentumsübergang zum Zeitpunkt der Beurkundung gewährleistet sein soll.

Sind sich die Vertragsparteien prinzipiell darüber einig, dass das Eigentum an einem Grundstück übergehen soll, wird daher normalerweise zunächst ein Vorvertrag zwischen künftigem Verkäufer und Käufer (*l'avant-contrat*) abgeschlossen, der bereits die wesentlichen Elemente des späteren Kaufs enthält. Dessen Sinn besteht darin, die Parteien schon frühzeitig vertraglich zu binden, ohne aber, solange ausstehende Genehmigungen noch nicht eingeholt sind, die Lastenfreistellung noch nicht erfolgt und die Finanzierung des Käufers noch nicht geklärt ist, den Eigentumswechsel, der i.d.R. mit der gleichzeitigen Bezahlung des Kaufpreises zum Beurkundungszeitpunkt verknüpft ist, herbeizuführen. Unterschieden wird hierbei einerseits zwischen dem einseitigen Verkaufsversprechen (*promesse unilatérale de vente*), bei dem sich der Verkäufer für eine Frist von meist drei Monaten einseitig verpflichtet, über das Objekt nicht zu verfügen, und dem gegenseitigen Verkaufsversprechen (*compromis de vente* oder *promesse synallagmatique de vente*), das beide Vertragsparteien mit Unterzeichnung bereits gleichermaßen bindet.³⁵

In ersterem Fall erhält der Verkäufer³⁶ eine Anzahlung von ca. 10 % des Kaufpreises (*versement d'un acompte*), die ihm beim Scheitern des Vertrags als Entschädigung zusteht (*indemnité d'immobilisation*), bei Durchführung des Kaufs – der durch schriftliche Annahme des Kaufangebots durch den Käufer zustande kommt – wird sie auf den Kaufpreis angerechnet. Das einseitige Angebot ist innerhalb von zehn Tagen nach Entgegennahme durch den Käufer beim Finanzamt einzureichen, andernfalls wird es unwirksam.³⁷

In beiden Alternativen genügt für die Wirksamkeit die privatschriftliche Abfassung des Vertrages. Da der Vorvertrag die Parteien (bzw. beim einseitigen Versprechen den Verkäufer mit entsprechenden finanziellen Nachteilen des Käufers) schon früh bindet, empfiehlt es sich – und ist auch üblich –, die Anfertigung des Vorvertrages einem Notar zu überlassen, sei es zur Beurkundung oder wenigstens als Berater der Parteien. Das gilt umso mehr, als der Vorvertrag nicht nur die wesentlichen Elemente des endgültigen Vertrags bereits enthält, sondern vor allem auch den Kern des späteren Kaufvertrages bildet. Sind die Bedingungen, unter denen der Vorvertrag abgeschlossen wird³⁸ eingetreten und hat (beim einseitigen Versprechen) der Käufer angenommen, ist der Vertrag per se sofort wirksam und letztlich nur noch aus Publizitätsgründen notariell zu wiederholen. Die bindenden Vereinbarungen des Vorvertrages können aber ohne Zustimmung beider Parteien dann nicht mehr geändert werden.³⁹ Vor einer rein privatrechtlichen Abfassung des Vorvertrages ist daher zu warnen.⁴⁰

³⁰ Art. 2200 CCiv.

³¹ Einzelheiten über den Aufbau der Register bei *Böhner*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Frankreich, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, 4 G I (1985), S. 22 ff. und *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, S. 587 f.

³² *Böhner*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Frankreich, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, 4 G I (1985), S. 23; es kann allerdings jedermann aufgrund einfachen Antrags eine Kopie eines Auszugs einer hinterlegten öffentlichen Urkunde verlangen, Art. 2196 CCiv, Art. 38-1 ff. Dekret vom 14.10.1955.

³³ Zahlen ohne Gewähr.

³⁴ Weitere Einzelheiten zum Eintragungsverfahren, insbesondere auch bei Ablehnung der Eintragung s. *Böhner*, Erwerb und Besitz einer Immobilie in Frankreich, in: Haus- und Grundbesitz im Ausland, 4 G I (1985), S. 25 f.; zu den Rechtswirkungen der Eintragung s. bereits oben I.2.c).

³⁵ Muster für einen zweiseitig bindenden Vorvertrag bei *Gresser*, DAI 2000, S. 31 ff.; zum Inhalt des Vorvertrages siehe auch *Tillmanns*, IWB F3, Gruppe 3, S. 459 ff.

³⁶ Gegebenenfalls zu treuen Händen des Notars.

³⁷ Art. 1840 A Code général des impôts; beim beurkundeten Verkaufsversprechen beträgt diese Frist einen Monat.

³⁸ Dazu gleich.

³⁹ Einfaches Beispiel: Der Verkäufer wohnt noch im Haus. Im Vorvertrag, der die Kaufverpflichtung des Käufers enthält, wurde versäumt, eine Räumungsklausel aufzunehmen. Ohne Zustimmung des Verkäufers kann im notariellen Kaufvertrag eine Räumungsklausel dann nicht aufgenommen werden, da der Kaufvertrag nur auf den Inhalt des Vorvertrages zurückgreift.

⁴⁰ Die Abfassung des Vorvertrages durch einen deutschen Notar ist möglich. Fraglich ist allerdings, ob dies sinnvoll oder praktikabel

Vorverträge sind in ihrer Wirksamkeit normalerweise dahingehend aufschiebend bedingt, dass keine beeinträchtigenden Auflagen der Baubehörde festgesetzt werden,⁴¹ keine gesetzlichen Vorkaufsrechte bestehen oder ausgeübt werden,⁴² die Finanzierung des Kaufpreises gesichert ist⁴³ sowie keine Hypotheken oder gesetzlichen Privilegien bestehen, die nicht aus dem Kaufpreis abgelöst werden können. Weiter wird im Vorvertrag eine Frist gesetzt, innerhalb derer der endgültige Kaufvertrag nach Erfüllung aller Bedingungen abgeschlossen werden muss.⁴⁴ Dieser Abschluss kann auch zwangsweise erfolgen.

2. Der notarielle Kaufvertrag

a) Vorbereitung

Sobald der Notar, sofern er nicht bereits bei der Abfassung des Vorvertrages beteiligt ist, eine Kopie des Vorvertrages erhalten hat, wird er den endgültigen Kaufvertrag vorbereiten. Hierzu wird er regelmäßig folgende Unterlagen besorgen:⁴⁵

Katasterauszug mit den Grundbesitzangaben, Auszug aus dem Hypothekenregister über bestehende Belastungen; Anforderung gegebenenfalls bestehender Ablösebeträge bei den Gläubigern; Eigentumstitel des Verkäufers zum Eigentumsnachweis,⁴⁶ Geburts- und Heiratsurkunden, ggf. Eheverträge von Verkäufer und Käufer, Vollmachten, Legitimation von Erben und gesetzlichen Vertretern, Vertretungsbefugnisse bei Gesellschaften,⁴⁷ Mietverträge über das Kaufobjekt, *Certificat d'Urbanisme* bei der Stadtverwaltung,⁴⁸ Einholen der Erklärung über Verzicht bzw. Nichtbestehen von gesetzlichen Vorkaufsrechten,⁴⁹ Bescheinigung über die Fluchtlinie und

ist, da für den späteren Kaufvertrag ein französischer Notar auf jeden Fall hinzugezogen werden muss.

⁴¹ *Certificat d'Urbanisme*, entspricht etwa dem deutschen Bauvorbescheid und gibt über die grundsätzliche Bebaubarkeit eines Grundstücks sowie konkrete Baubestimmungen Auskunft; näheres bei *Tillmanns*, IWB F3, Gruppe 3, S. 460.

⁴² Als solche bestehen insbesondere das Mietvorkaufsrecht bei Aufteilung in Wohnungseigentum sowie für den Fall, dass der Käufer das Mietverhältnis nicht unverändert fortsetzt, und das Vorkaufsrecht der landwirtschaftlichen Genossenschaft (*SAFER*) bei landwirtschaftlichem Grundbesitz.

⁴³ Festgesetzt durch die *Loi Scrivener*, das Verbraucherschutzgesetz von 1979, jetzt Art.L. 312-1 ff. CConsom (im CCiv nach Art. 1914 CCiv abgedruckt). Im Vertrag sind der Finanzierungsgläubiger und bestimmte Kreditbedingungen ausdrücklich zu nennen; wird das Darlehen nicht, wie vertraglich aufgezeichnet, bewilligt, kann sich der Käufer entschädigungslos vom Vertrag lösen. Auf Anwendung der Verbraucherschutzbestimmungen kann durch handschriftlichen Vermerk verzichtet werden.

⁴⁴ I.d.R. 2–4 Wochen; der Vertrag enthält hier schon den Beurkundungsauftrag für einen bestimmten Notar, den die Parteien in ganz Frankreich frei wählen können.

⁴⁵ *Wehrens/Gresser*, FS Schippel, 961 ff. (967 ff.).

⁴⁶ Als solche kommen die notarielle Kaufurkunde mit dem Stempelvermerk (*mention de publicité foncière*) in Betracht; s. oben I.2.c).

⁴⁷ Ggf. durch Erholen eines Handelsregisterauszugs „*extrait K-bis*“, ca. 50 FF; die Handelsregister (*registre de commerce et des sociétés*) werden beim Tribunal de Commerce oder dem TGI geführt, daneben existiert ein nationales Register, das vom Institut Nationale de la Propriété Industrielle in Paris geführt wird; es enthält alle Informationen der regionalen Register. Die Register sind frei einsehbar.

⁴⁸ S. oben Fn. 41.

⁴⁹ *Déclaration d'intention d'aliéner*, s. oben Fn. 42.

Hausnummerbescheinigung,⁵⁰ bei Wohnungseigentum außerdem Miteigentümerstatut und Anfrage beim Hausverwalter nach Zahlungsrückständen des Verkäufers.⁵¹

Sind alle Unterlagen vorhanden, die im Vorvertrag gestellten aufschiebenden Bedingungen erfüllt, insbesondere auch die Darlehensbedingungen mit dem Finanzierungsgläubiger geklärt und die im Vorvertrag vereinbarten Fristen verstrichen, kann der Kaufvertrag endgültig beurkundet werden.

b) Inhalt

Standesrechtlich zulässig und – bei größeren Geschäften – durchaus üblich ist es, dass jede Vertragspartei ihren eigenen Notar benennt. Ein Notar wird dann den Vorgang beurkunden, der andere wirkt lediglich mit. Gemäß Art. 10 Tarife du notaire haben die Notare die Gebühren untereinander aufzuteilen, den Parteien dürfen dabei keine Mehrkosten entstehen.⁵²

Inhaltlich ist der Kaufvertrag i.d.R. wie folgt gegliedert:⁵³

Urkundeneingang mit Ort, Datum und Urkundsnotar, differenzierte Bezeichnung der Parteien (Personalien, Vertretung, Verfügungsbeschränkungen, Güterstand inkl. bestehender Eheverträge, etc.), Beschreibung des Objekts mit Größe,⁵⁴ Lage und Nutzungsart, ggf. mit gesonderter Darstellung mitverkauften Inventars, Darstellung des Eigentumsnachweises des Verkäufers mit einer Aufzählung aller innerhalb der letzten 30 Jahre stattgefundenen Erwerbsvorgänge (*origine de propriété*),⁵⁵ Aufzählung eingetragener Hypotheken und sonstiger Grundstücksbelastungen sowie bestehender Mietverträge, Information über das *Certificat d'Urbanisme* sowie die gesetzlichen Vorkaufsrechte, Bestimmungen über den Kauf selbst, wie Eigentumswechsel und Nutzungsübergang, Kaufpreis, Zahlungsweise und Quittung sowie sonstige Vereinbarungen von Verkäufer und Käufer, Gewährleistung und Übernahme bestehender Dienstbarkeiten oder sonstiger Belastungen, Zwangsvollstreckungsunterwerfungen, Aufzählung und Erklärungen über die Steuern, Abgaben und Gebühren, Erklärungen für das Grundstücks- und Hypothekenregister sowie Erklärungen der Parteien, dass der Kaufvertrag den richtigen Kaufpreis enthält. Finanziert der Käufer den Kaufpreis darlehensweise, sind nach den französischen Verbraucherschutzbestimmungen⁵⁶ die finanzierende Bank sowie die Darlehensbedingungen mit aufzunehmen.

c) Abwicklung

Da sich der Eigentumswechsel aufgrund des Konsensprinzips sofort vollzieht, ist der Kaufpreis sofort zu entrichten. Je

⁵⁰ *Certificat d'alignement*; *Certificat de numérotage*.

⁵¹ Der Hausverwalter hat (für die Gemeinschaft) ein *privilège* auf vorrangige Befriedigung solcher Zahlungsrückstände.

⁵² Nachweise bei *Gresser*, DAI 2000, S. 6; zum Beurkundungsverfahren selbst s. *Zech*, MittBayNot 1999, 47 ff., *Sailer*, NotBZ 1999, 167 ff. und *Schmitz*, MittRhNotK 1999, 304 ff.

⁵³ Ein Muster eines Kaufvertrags in deutscher Sprache findet sich bei *Gresser*, DAI 2000, 34 ff.

⁵⁴ Nach den zwingenden Bestimmungen der *Loi Carrez* L.n.96-1107 vom 18.12.1996 ist beim Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum zwingend die Größe der verkauften Einheit anzugeben. Bei Fehlen dieser Angabe ist der Vertrag nichtig. Ist die tatsächliche Wohnungsgröße mehr als $\frac{1}{20}$ geringer als im Vertrag angegeben, kann der Käufer Reduzierung des Kaufpreises verlangen.

⁵⁵ Um den Eigentumsnachweis sicher zu gewährleisten, müssen hier genauestens alle vorherigen Eigentümer, Beurkundungsdaten, etc. angegeben werden.

⁵⁶ S. oben Fn. 43.

nachdem, ob hierbei noch hypothekengesicherte Darlehen des Verkäufers abzulösen sind oder nicht, kann der Kaufpreis dem Verkäufer direkt ausbezahlt werden oder ist – so die Regel – durch Übergabe eines bankbestätigten Schecks zum Einzug auf Notaranderkonto dem Notar zu übergeben.⁵⁷

Weiter hat der Käufer dem Notar einen weiteren Scheck für die auf ihn anfallenden Steuern, Gebühren und Abgaben, inklusive der Notargebühren auszuhändigen. Anders als der deutsche Notar fällt dem französischen Notar neben der eigentlichen Beurkundungstätigkeit die Aufgabe zu, treuhänderisch für den Fiskus die Grunderwerbsteuer des Käufers (oder die Mehrwertsteuer des Verkäufers), das Entgelt für die Registrierung im Grundstücks- und Hypothekenregister⁵⁸ sowie die Wertzuwachssteuer⁵⁹ zu errechnen, einzuziehen und an die entsprechenden Stellen weiterzuleiten.

Der Notar händigt den Parteien alsbald nach Beurkundung eine Bestätigung über den Eigentumsübergang (*attestation de propriété*) aus und reicht eine Ausfertigung des Vertrages innerhalb einer Frist von zwei Monaten zusammen mit einem Scheck über die zu zahlenden Steuern und Gebühren an das Grundstücks- und Hypothekenregister bzw. das Grundbuchamt zur Registrierung ein. Erst wenn der Vertrag von dort mit der *mention de publicité foncière* zurückkommt, darf er den Vertragsparteien Ausfertigungen des Vertrages, versehen mit dem Stempelvermerk als Eigentumsnachweis aushändigen. Ab dem Zeitpunkt der Registrierung hat der Vertrag die gewünschte Außenwirkung.⁶⁰

3. Besonderheiten beim Erwerb noch zu erstellender Gebäude

Ähnlich wie die deutsche MaBV kennt auch das französische Grundstücksrecht seit 1967 für den Erwerb erst noch zu erstellender Wohnungen oder Häuser⁶¹ zwingende formelle und inhaltliche Vorschriften, deren Missachtung sowohl zur Nichtigkeit des Vertrags führt als auch strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen kann.⁶²

Das Gesetz kennt bei solchen noch zu erstellenden Objekten zwei Gestaltungsvarianten: eine davon ist der Kauf nach Zeitablauf (*vente à terme*), wonach das Eigentum an Grundstück und Gebäude auf den Käufer erst mit Fertigstellung übergeht. Der Verkäufer hat den Neubau zu liefern, der Käufer hat diesen abzunehmen und nach Fertigstellung zu bezahlen (Art. 1601-2 CCiv). In der Praxis kommt dieser für den Bauträger ungünstige Vertragstyp fast nie vor. Regelmäßig erfolgt die Beurkundung daher als Kauf nach Maßgabe der Fertigstellung (*vente en l'état futur d'achèvement*, „VEFA“) gemäß Art. 1601-3 CCiv, wonach mit Abschluss des Kaufvertrages das Eigentum am Grund und Boden sowie an den bis zu diesem Zeitpunkt bestehenden Bauwerken auf den Käufer über-

⁵⁷ Das französische Notaranderkonto ist ein Sammelkonto; es wird nur buchhalterisch nach den einzelnen Geschäften aufgeschlüsselt. Es ist zwingend zinslos (für alle Parteien sowie den Notar) zu führen.

⁵⁸ S. hierzu oben I.4.b).

⁵⁹ Zu den Steuern im Einzelnen s. unten III.2.

⁶⁰ Im Einzelnen hierzu oben I.2.c).

⁶¹ Die Vorschriften gelten zwingend nur für Wohnraum, haben sich aber auch für den gewerblichen Bereich durchgesetzt, s. *Gresser*, NZ 1994, 146 ff. (147).

⁶² L. n.67-3 vom 3.1.1967 mit Ergänzungen, nunmehr Art. 1601-1 ff. CCiv, sowie Art. L. 261-9 ff. und Art. R. 261-1 ff. Code de la construction et de l'habitation, abgedruckt im Code Civil nach Art. 1601-4 CCiv.

gehen. Die noch zu erstellenden Bauteile gehen jeweils automatisch bei ihrer Errichtung in das Eigentum des Käufers über. Dieser zahlt den Kaufpreis in (gesetzlich festgelegten) Raten, dem jeweiligen Fertigstellungsstand entsprechend.⁶³

Anders als der „normale“ Grundstückskaufvertrag ist der Bauträgervertrag zwingend beurkundungspflichtig (Art. L.161-11 CConstr Hab) und muss besondere gesetzlich festgelegte Angaben über das zu erstellende Gebäude, Baupläne und Baubeschreibung enthalten. Eine Freistellung für Mängel kann nur in begrenztem Maße erfolgen, außerdem hat der Bauträger eine Reihe spezieller Versicherungen, die auch Baumängel in der gesetzlichen Verjährungsfrist umfassen, abzuschließen.⁶⁴ Der wirksamste Schutz für den Käufer resultiert aus dem Verbot für den Verkäufer, andere Zahlungen als die nach dem Baufortschritt gestaffelten entgegenzunehmen. Weiter ist der Verkäufer zur Abgabe einer Fertigstellungs- oder Rückzahlungsgarantie in Form einer Bankbürgschaft verpflichtet, die die Fertigstellung des Gebäudes oder die Rückerstattung des Kaufpreises im Falle der Nichtfertigstellung sicherstellt. Kein Vertrag kann ohne eine dieser Garantien, die bestimmten Voraussetzungen genügen müssen, abgeschlossen werden.⁶⁵

Auch für den vorab zu schließenden Vorvertrag gelten besondere Bestimmungen. Der sog. *contrat de réservation* enthält eine Reihe zwingender Regelungen, vor allem auch über die vom Käufer zu leistende Anzahlung.⁶⁶ Wird er privatschriftlich abgeschlossen, hat der Käufer ein gesetzliches Rücktrittsrecht innerhalb von sieben Tagen.

4. Besonderheiten beim Erwerb durch Ausländer, insbesondere der Erwerb unter Beteiligung von Deutschen

a) Erwerbsbeschränkungen für Ausländer

Devisenrechtliche Beschränkungen oder Erwerbsbeschränkungen für Ausländer existieren seit zehn Jahren nicht mehr, auch ist nichts über Besonderheiten beim Erwerb von Grundstücken in Küsten- und Militärregionen, Inseln oder Urlaubsgebieten bekannt.

b) Erwerb durch deutsche Gesellschaften

Der Erwerb französischer Immobilien durch deutsche Kapitalgesellschaften, OHG und KG wird in Frankreich aufgrund deren „Grundbuchfähigkeit“ anerkannt. Dagegen kommt der Erwerb durch eine deutsche BGB-Gesellschaft nicht in Betracht, da das französische Recht die Gesamthand als Rechtsinstitut nicht kennt; eine Eintragung würde in diesem Fall abgelehnt werden, gegebenenfalls könnte die Eintragung durch die Personen in indivision, also Bruchteilsgemeinschaft, erfolgen.

c) Erwerb durch deutsche Ehegatten

Der Eintragung eines deutschen Ehepaars im gesetzlichen Güterstand steht nichts im Wege, dagegen bringt der Wunsch, einen Ehepartner alleine einzutragen, in der Praxis bisweilen Verständnisprobleme mit sich, da das französische Güterrecht dies – für Franzosen – nur bei nachgewiesener Gütertrennung zulässt.⁶⁷

⁶³ Art. R.261-14 und R.261-19 CConstr Hab.

⁶⁴ Einzelheiten bei *Gresser*, NZ 1994, 146 ff. (147 f.).

⁶⁵ Einzelheiten bei *Gresser*, NZ 1994, 146 ff. (148).

⁶⁶ Art. R. 261-25 ff. CConstr Hab.

⁶⁷ Im französischen gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft hat die Eintragung zwingend für beide Ehegatten ge-

Mit Ausnahme von Elsass-Lothringen, wo der Vertrag in deutscher Sprache beurkundet werden kann, ist in Restfrankreich der Vertrag zwingend französisch abzufassen. Beherrscht der französische Notar die deutsche (oder andere Fremd-) Sprache, kann er aber halbseitig französisch-deutsch beurkunden. Für die Zuziehung von Dolmetschern bestehen dem deutschen Recht vergleichbare Regeln.

d) Stellvertretung und Nachgenehmigung

Stellvertretung beim Kauf von Immobilien ist zulässig, beim Kauf durch Ausländer, die beim Vertragsschluss nicht zugegen sein können, durchaus auch üblich; die Vollmacht wird in diesem Fall oft den Angestellten des französischen Notars erteilt. Der Vertreter handelt im Namen des Vertretenen, der Wille, für einen anderen handeln zu wollen, muss nach außen erkennbar sein.⁶⁸ Eine Generalvollmacht, die in Frankreich grundsätzlich bekannt ist, ist für Grundstücksverträge nicht zulässig, hierfür bedarf es ausdrücklicher Spezialvollmachten, die das Grundstück und die Erwerbsvoraussetzungen genau bezeichnen.⁶⁹ Die Form der Vollmacht richtet sich grundsätzlich nach der Form des Hauptgeschäftes: Vollmachten für Bauträgerverträge, Grundstücksschenkungen und Hypothekenbestellungen sind damit zwingend beurkundungsbedürftig. Rechtsgeschäfte, die nur aus Publizitätsgründen beurkundet werden, wie die anderen Grundstücksgeschäfte, unterliegen nach h.M. nicht dieser Formbedürftigkeit. Vom französischen Notar werden aus Rechtssicherheitsgründen i.d.R. aber notariell beurkundete oder zumindest beglaubigte Vollmachten gefordert.⁷⁰ Die Vollmacht erlischt mit dem Tod des Vollmachtgebers, transmortale Vollmachten sind unbekannt.⁷¹ Postmortale Vollmachten können dagegen wie im deutschen Recht erteilt werden; sie müssen sich auf einen bestimmten Vollmachtengegenstand beziehen und sind durch die Erben frei widerruflich.⁷²

Die Möglichkeit des Handelns als Vertreter ohne Vertretungsmacht mit der Möglichkeit der anschließenden Nachgenehmigung (*ratification*) ist dem französischen Recht nicht unbekannt,⁷³ sie wird aber im Rahmen des Kaufvertrages bei Verhindern des Erscheinens einer Vertragspartei nicht praktiziert, da das Nachgenehmigen des Vertrages unvereinbar mit dem Konsensprinzip ist. Es bedarf daher immer einer (speziellen) Vollmacht im Vorhinein. Grundsätzlich können hierbei auch

meinsam zu erfolgen; aufgrund Übersetzungs- und/oder Verständigungsproblemen kommt es aber auch immer wieder vor, dass deutsche Ehegatten, die in Zugewinnsgemeinschaft verheiratet sind, laut der Urkunde versehentlich in Gesamtgut der Errungenschaftsgemeinschaft erwerben, s. *Wehrens/Gresser*, FS Schippel, 961 ff. (973).

⁶⁸ Art. 1984 ff. CCiv; die Vollmacht wird im Code Civil im Rahmen des Auftrags mitgeregelt und von diesem auch nicht exakt unterschieden.

⁶⁹ Art. 1988 CCiv; für Muster s. die Vollmachtenmuster der U.I.N.L. sowie bei *Gresser*, DAI 2000, S. 27 ff.

⁷⁰ *Wehrens/Gresser*, FS Schippel, 961 ff. (976).

⁷¹ Art. 2003 CCiv; das gilt auch für die in Deutschland erteilte Vollmacht eines Deutschen, da Vollmachtenstatut bei Verfügungen über Immobilien die *lex rei sitae* als Belegenheitsort des Grundstücks ist, s. hierzu MüKo-Spellenberg, Bd. 10, 3. Aufl. 1998, vor Art. 11 EGBGB, Rdnr. 249.

⁷² Nach einer Entscheidung der Cour de Cassation aus dem Jahr 1988, CCass, D. 1989, 181 f. dürfen allerdings zwingende erbrechtliche Grundsätze nicht durch die postmortale Vollmacht außer Kraft gesetzt werden.

⁷³ Art. 1998 Abs. 2 CCiv, *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 624 f. und 637 ff.

mehrere Beteiligte durch die gleiche Person vertreten werden, Käufer und Verkäufer jedoch nicht. Das Handeln für sich und einen Dritten kommt nur bei ausdrücklicher vorheriger Gestattung in Betracht.⁷⁴

III. Kosten, Gebühren und Steuern des Immobilienerwerbs

1. Kosten und Gebühren

Hinsichtlich der Gebühren für das Grundstücks- und Hypothekenregister bzw. das Grundbuchamt wird auf obige Ausführungen verwiesen.⁷⁵

Die Notargebühren werden durch das Dekret vom 11.3.1986 geregelt. Grundsätzlich gilt: die Notargebühr setzt sich aus einer Beurkundungsgebühr für das Geschäft, z. B. dem Kaufvertrag, und Nebengebühren, wie für das Einholen von Genehmigungen etc. zusammen. Es handelt sich dabei um Wertgebühren, die nach dem Wert des Geschäfts degressiv ansteigen. Die Tarife sind durch das vorgenannte Dekret festgelegt.⁷⁶

Beispielsweise erhält der Notar für einen Kaufvertrag über eine Immobilie mit einem Kaufpreis von 800.000 FF ca. 8.500 FF an Gebühren.⁷⁷

2. Steuern⁷⁸

Beim entgeltlichen Erwerb von Grundbesitz fällt i.d.R. für den Käufer Grunderwerbsteuer (*droit de mutation immobilière*) an. Diese setzt sich aus einer Department- und einer Kommunalsteuer zusammen und beträgt beim Erwerb von Wohngebäuden, Nebengebäuden, Kellern und Garagen je nach Department nun max. 6,33 %. Bei gewerblichen Immobilien beträgt die Grunderwerbsteuer derzeit 4,89 %, vorausgesetzt, das Objekt wird mindestens drei Jahre nach dem Erwerb gewerblich genutzt. Daneben fällt noch eine unerhebliche Stempelsteuer an.⁷⁹

Nicht der Grunderwerbsteuer, sondern der Mehrwertsteuer durch den Verkäufer (*taxe sur la valeur ajoutée, TVA*) unterliegt der Kauf von noch nicht fertiggestellten Gebäuden oder Wohnungseigentum, sowie der Verkauf solcher Gebäude und Einheiten innerhalb von fünf Jahren nach Fertigstellung. Die TVA beträgt derzeit 20,6 %.

Eine Wertzuwachssteuer (*impôt sur la plus value*) fällt für den Verkäufer bei jeder entgeltlichen Veräußerung von Immobilien innerhalb von 22 Jahren nach dem Erwerb an. Zu ver-

⁷⁴ Einzelheiten bei *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, S. 626 f. mit Differenzierungen; *Gresser*, DAI 2000, S. 20.

⁷⁵ S. oben I.4.b).

⁷⁶ *Rioufol/Rico*, Le notariat, 2. Aufl. 1992, S. 55 f.

⁷⁷ So die Angabe auf der homepage der Notarkammer von Versailles, s. unter: <http://www.chambre-versailles.notaires.fr>; dort kann eine Kalkulation der Notarkosten bei Eingabe der nötigen Daten auch selbst vorgenommen werden; eine Kostenrechnung für einen Kaufvertrag ist abgedruckt bei *Gresser*, DAI 2000, S. 26.

⁷⁸ Steuerliche Änderungen erfolgen in der gleichen Geschwindigkeit und Komplexität wie im deutschen Steuerrecht; außerdem bestehen im ansonsten zentralistisch geprägten Frankreich große Unterschiede in den verschiedenen Departements. Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich daher nur als „Annäherungen“ und erfolgen ohne Gewähr der Richtigkeit und Vollständigkeit; s. auch *Gresser*, DAI 2000 S. 14 f., Fn. 38–40 m.w.N.

⁷⁹ Die neuen Steuersätze sind seit dem 1.1.1999 in Kraft.

steuern ist der Teil des Wiederverkaufspreises, der den ursprünglichen Kaufpreis übersteigt, mit 33¹/₃ %. Eine Ausnahme gilt für das selbstgenutzte Eigenheim, das steuerfrei bleibt. Für den Steuerinländer fällt diese Steuer im Zusammenhang mit der jährlichen Einkommensteuer an und ist in der Steuererklärung aufzunehmen. Für den Steuerausländer, m.a.W. i.d.R. auch den deutschen Verkäufer, muss der den Kaufvertrag beurkundende Notar die anfallende Wertzuwachssteuer errechnen und zusammen mit einem Entwurf des Kaufvertrags an die Finanzbehörden schicken. Die Steuer ist dann vom Notar aus dem auf Notaranderkonto hinterlegten Kaufpreis zu tilgen. Weiter ist für eventuelle Differenzbeträge ein Zweitschuldner in Frankreich zu benennen.

Sonstige Gebühren sind u.a. die gemeindliche Grundsteuer (*taxe foncière*), die sich aus einem gemeindlichem Hebesatz und den katastermäßigen Maßen berechnet, und die Wohnsteuer (*taxe d'habitation*), der jede Person unterliegt, die als Eigentümer, Mieter oder aus sonstigem Grund eine möblierte Wohnung zur Verfügung hat. Bemessungsgrundlage für diese ist der katastermäßige Mietwert.

IV. Die Immobilie im Erbfall

Der Thematik der Immobilie im Erbfall gehört an sich ein eigener Aufsatz gewidmet. Nur der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle ein Überblick über die Grundzüge des französischen Erbrechts, der Nachlassabwicklung und der Nachfolgeplanung gegeben werden. Hier interessierend ist dies insbesondere unter dem Blickwinkel eines deutschen Ehepaars, das eine Immobilie in Frankreich besitzt und diese vererben oder zu Lebzeiten weitergeben möchte.⁸⁰

1. Erbstatut

Nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB richtet sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen grundsätzlich nach dem Heimatrecht des Erblassers, bei deutschen Staatsangehörigen demnach nach deutschem Recht. Dieser Grundsatz der Gesamtverweisung wird gemäß Art. 3 Abs. 3 EGBGB durchbrochen, wenn das Recht des ausländischen Staates besondere Vorschriften für die Vererbung vorsieht. Nach den (nicht kodifizierten) Regeln des französischen IPR gilt dort der Grundsatz der Nachlassspaltung, wonach unbewegliches Vermögen nach dem Lagerort des Grundbesitzes (*lex rei sitae*), bewegliches Vermögen nach dem letzten Wohnsitz des Erblassers (*domicile*) vererbt wird.⁸¹ Diese kollisionsrechtlichen Vorschriften des Rechts der *lex rei sitae* für Immobilienvererbung werden nach ganz h. M. als das Gesamtstatut durchbrechendes Einzelstatut i.S.d. Art. 3 Abs. 3 EGBGB anerkannt.⁸² Das hat zur Folge, dass es in diesem Fall auch für deutsche Staatsangehörige zu einer Nachlassspaltung kommt: der in Frankreich belegene Grundbesitz wird nach französischem Erbrecht, der restliche Nachlass nach deutschem Erbrecht vererbt.

Eine Rechtswahl kommt nach deutschem IPR gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB für die ausländischen Immobilien nicht in Be-

tracht, das französische erbrechtliche Kollisionsrecht erlaubt gar keine Rechtswahl.⁸³

Für deutsche Staatsangehörige mit in Frankreich belegenen Immobilien stellen sich damit vor allem die Fragen nach der gesetzlichen Erbfolge, der Möglichkeit, frei Erben oder Vermächtnisnehmer einzusetzen und zwar auch, in welcher Form, der Möglichkeit von Erb- und Pflichtteilsverzicht, der Existenz von Pflichtteils- oder Noterbrechten nach französischem Recht sowie der Möglichkeit der Übertragung unter Lebenden.⁸⁴

2. Grundzüge des französischen Erbrechts

a) Gesetzliche Erbfolge

Wie im deutschen Recht gilt der Grundsatz der Universalsukzession, ansonsten unterscheiden sich beide Rechtsordnungen erheblich.⁸⁵ Gesetzliche Erben sind die Verwandten einerseits, der Ehegatte andererseits, mangels dieser der Staat (Art. 723 CCiv). Das Verwandtenerbrecht ist wiederum in vier Erbordnungen unterteilt, wobei die nähere Ordnung die entferntere ausschließt: 1. die Abkömmlinge (*descendants*),⁸⁶ 2. die privilegierten Aszendenten (*ascendants privilégiés*), d.h. Eltern, Geschwister und deren Ankömmlinge,⁸⁷ 3. die nichtprivilegierten Aszendenten (*ascendants ordinaires*), d.h. Großeltern, Urgroßeltern etc.⁸⁸ und 4. sonstige Seitenverwandte bis zum 6. Grad (*collatéraux ordinaires*).⁸⁹ Innerhalb einer Ordnung wird zu gleichen Teilen geerbt. Für die erste und zweite Erbordnung gilt das Repräsentationsprinzip, wonach ein verstorbener Aszendent durch seine Nachkommen repräsentiert wird. In der zweiten Erbordnung wird außerdem danach unterschieden, ob beide Eltern des Erblassers verstorben sind,⁹⁰ ob beide Elternteile oder einer von ihnen neben Geschwistern des Erblassers noch leben⁹¹ oder ob nur die Eltern ohne Geschwister und deren Abkömmlinge überleben. In letzterem Fall tritt nach dem Grundsatz der Linearteilung Nachlassspaltung (*fente*) ein, wonach die Erbschaft in zwei Hälften, nämlich eine mütterliche und eine väterliche, zerfällt.⁹²

Der Ehegatte ist im Vergleich zum deutschen Recht den Blutsverwandten gegenüber schlechter gestellt. Er erhält bei Vorhandensein von Kindern einen Nießbrauch von 1/4 am Nachlass, wenn Eltern oder Geschwister leben, einen Nießbrauch von 1/2. Vollerbe (i.S.d. deutschen Rechts) wird er erst, wenn

⁸³ Sonnenberger, DAI 1998, S. 90.

⁸⁴ Einzelheiten zur Qualifikation nach dem Erbstatut bei Riering, ZEV 1994, 225 ff. (226 ff.).

⁸⁵ Zusammenfassung der Unterschiede bei Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 1987, S. 470 f.; Wehrens/Gresser, BWNotZ 2000, 49 ff. (50).

⁸⁶ Bestehend aus ehelichen und unehelichen Kindern, Art. 745 CCiv; eine Ausnahme gilt für sog. Ehebruchskinder, Art. 759 ff. CCiv.

⁸⁷ Art. 748-752 CCiv.

⁸⁸ Art. 746, 747 CCiv.

⁸⁹ Art. 753-755 CCiv.

⁹⁰ Art. 750 CCiv: der gesamte Nachlass geht in diesem Fall auf die Geschwister und deren Abkömmlinge über.

⁹¹ Art. 751 CCiv: dann erhalten die Eltern – insoweit anders als im deutschen Recht – die Hälfte (bei Überleben eines Elternteils ein Viertel), die Geschwister die andere Hälfte (Dreiviertel) des Nachlasses.

⁹² Art. 733, 746 CCiv; Einzelheiten bei Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Bd. 3, 2. Aufl., 1987, S. 496; Gresser, ZEV 1997, 492 ff. (492); Pütz-Kücking, MittRhNotK 1981, 273 ff. (275).

⁸⁰ Sehr instruktiv dazu Wehrens/Gresser, BWNotZ 2000, 49 ff.

⁸¹ Dies wird aus Art. 3 Abs. 2 CCiv gefolgert; Loussouarn/Bourel, Droit international privé, 4. Aufl. Paris 1993, Anm. 430; Ferid/Firsching/Lichtenberger, Internationales Erbrecht, Bd. II, Frankreich, München 1986, Grdz. C I, Rdnr. 6; Riering, ZEV 1994, 225 ff. (227).

⁸² Für alle: Palandt/Heldrich, BGB, 59. Aufl., Art. 3 EGBGB, Rdnr. 14 m.w.N.

er nur mit anderen Verwandten als den vorgenannten zusammenrifft. In diesem Fall erbt er die Hälfte. Alleinerbe wird er nur, wenn gar keine Verwandten vorhanden sind. Eine güterrechtliche Verbesserung, entsprechend § 1371 BGB gibt es nicht.⁹³ Allerdings steht dem Ehegatten bei gesetzlichem Güterstand (Errungenschaftsgemeinschaft) vorab die Hälfte des Gesamtguts zu, nur die andere Hälfte ist Teils des Nachlasses. Auch genießt er andere Vermögensvorteile, die ihn ggf. wirtschaftlich sichern.⁹⁴

b) Gewillkürte Erbfolge

Die gesetzliche Erbfolge kann durch letztwillige Verfügung grundsätzlich nicht beseitigt oder geändert werden. Auch entsprechende, darauf abzielende lebzeitige Verfügungen sind nicht wirksam, desgleichen kennt das französische Recht keinen Erb- oder Pflichtteilsverzicht.⁹⁵ Das Vermögen des Erblassers ist zweigeteilt in denjenigen Teil, welcher der gesetzlichen Erbfolge zwingend vorbehalten bleibt (Erbvorbehalt = *la réserve*) und in den Freiteil (*quotité disponible*). Nur über letzteren kann frei verfügt werden, der erstere bleibt der Verfügung entzogen. Anders als das deutsche Recht gewährt die französische Rechtsordnung den „pflichtteilsberechtigten“ Erben (*héritiers réservataires*) nicht nur einen geldwerten Vorteil, sondern eine echte Nachlassbeteiligung. Werden diese Grundsätze bei Abfassung eines Testaments (oder auch bei einer lebzeitigen Verfügung) nicht beachtet, wird die Verfügung nicht per se unwirksam. Die Pflichterben haben jedoch das Recht, durch Herabsetzungsklage nach Art. 920 ff. CCiv eine entsprechende Reduzierung herbeizuführen. Die Klage verjährt erst nach 30 Jahren.⁹⁶

Pflichterben sind die Abkömmlinge, sind solche nicht vorhanden, die Aszendenten, welche gesetzliche Erben wären.⁹⁷ Der Ehegatte ist nicht pflichtteilsberechtigt. Die Vorbehaltsquoten, die immer unberührt bleiben, belaufen sich bei Vorhandensein eines Kindes auf 1/2 des Nachlasses, bei zwei Kindern auf 2/3, bei drei oder mehr Kindern auf 3/4 des Nachlasses. Sind keine Abkömmlinge vorhanden, steht den Aszendenten der mütterlichen wie der väterlichen Linie je eine Quote von 1/4 als Vorbehalt zu.⁹⁸ Der überlebende Ehegatte kann mit der, nach dem Vorgenannten verbleibenden disponiblen Quote – je nach der Zahl der Kinder – bedacht werden oder aber stattdessen wahlweise – unabhängig von der Kinderzahl – mit 1/4 zu Eigentum und 3/4 zu Nießbrauch oder dem Gesamtnachlass zu Nießbrauch.⁹⁹

⁹³ Art. 767 CCiv; Einzelheiten bei *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 3, 2. Aufl., 1987, S. 498 ff.; *Ferid/Firsching/Lichtenberger*, Internationales Erbrecht, Bd. II, Frankreich, München 1986, Grdz. E II, Rdnr. 76 ff.; § 1371 BGB findet nach h.M. auch keine Anwendung bei einem deutschen Ehegatten, der hinsichtlich seines in Frankreich belegenen Vermögens nach französischem Recht beerbt wird; dazu sowie zur Problematik der kollisionsrechtlichen erb- oder güterrechtlichen Qualifizierung von § 1371 BGB *Schotten*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, München 1995, Rdnr. 275.

⁹⁴ Einzelheiten bei *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 3, 2. Aufl., 1987, S. 500; s. auch *Gresser*, BWNNotZ 2000, 49 ff. (50 f.).

⁹⁵ Dazu DNotI-Report 1997, 35 ff. (37 f.).

⁹⁶ *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 3, 2. Aufl., 1987, S. 574 und S. 577 ff.

⁹⁷ Einzelheiten bei Art. 913–930 CCiv und bei *Pütz-Kücking*, Mitt-RhNotK 1981, 273 ff. (280 f.).

⁹⁸ Art. 913–915 CCiv; *Gresser*, BWNNotZ 2000, 49 ff. (51).

⁹⁹ Art. 1094, 1094-1 CCiv.

Mit einem Testament werden keine Erben (*institution d'un héritier*) eingesetzt,¹⁰⁰ sondern nur Vermächtnisse ausgesetzt, welche die gesetzliche Erbeinsetzung und Quoten der vorgenannten *réserve* grundsätzlich unberührt lassen. Als Vermächtnisse werden das Universalvermächtnis (*legs universel*),¹⁰¹ das dem Bedachten (im Rahmen des Erbvorbehalts) die wirtschaftliche Stellung entsprechend des Universalerben verleiht, das Erbteilsvermächtnis (*legs à titre universel*)¹⁰² und das Stückvermächtnis (*legs à titre particulier*) unterschieden.¹⁰³ Als Vindikationslegat ausgestaltet begründet das französische Vermächtnis unmittelbar Eigentum an der vermachten Sache.¹⁰⁴

c) Testamentsarten

Das französische Recht unterscheidet das privatschriftliche (*testament olographe*),¹⁰⁵ das notarielle (*testament par acte public*)¹⁰⁶ und das in der Praxis nicht relevante verschlossene Testament (*testament mystique*).¹⁰⁷ Gemeinschaftliche Testamente sowie Erbverträge sind gemäß Art. 986, Art. 1130 Abs. 2 und Art. 1389 CCiv verboten und nichtig.

Das von deutschen Ehegatten in Deutschland errichtete gemeinschaftliche Testament wird hinsichtlich seiner Form allerdings in Frankreich nach kollisionsrechtlichen Grundsätzen anerkannt.¹⁰⁸ Die dem gemeinschaftlichen Testament charakteristische Bindungswirkung wird jedoch materiell-rechtlich qualifiziert. In materiell-rechtlicher Hinsicht unterliegt das Testament aber in Bezug auf den in Frankreich belegenen Grundbesitz dem französischen Recht. Da dieses gegenseitige Bindungen in letztwilligen Verfügungen nicht zulässt, wird das gemeinschaftliche Testament deutscher Ehegatten in Frankreich zwar als formgültig, aber ohne Bindungswirkung anerkannt und als zwei voneinander unabhängige Einzeltestamente ohne die wechselseitige Bindung ausgelegt.¹⁰⁹

¹⁰⁰ Auch die Einsetzung von Nacherben ist gemäß Art. 896 CCiv grundsätzlich unzulässig; Einzelheiten und Ausnahmen bei *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 3, 2. Aufl., 1987, S. 567 f.

¹⁰¹ Art. 1003 CCiv.

¹⁰² Art. 1010 CCiv.

¹⁰³ Art. 1014 CCiv., Einzelheiten bei *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 1987, S. 553 ff.

¹⁰⁴ Im deutsch-französischen Verhältnis kann hinsichtlich der in Deutschland belegenen Sache allerdings nur der Anspruch auf Übereignung begründet werden.

¹⁰⁵ Art. 970 CCiv: es muss handschriftlich und unterschrieben sein.

¹⁰⁶ Art. 971 ff. CCiv: es wird in französischer Sprache vor zwei Notaren oder einem Notar unter Mitwirkung von zwei Zeugen errichtet; nach CCass v. 18.12.1956, JCP 1957, II, 9718 ist die Zuziehung eines Übersetzers/Dolmetschers unzulässig und das Testament nichtig. Versteht der Notar die Fremdsprache, darf er zweisprachig beurkunden, s. *Sonnenberger*, DAI 1998, S. 122.

¹⁰⁷ Art. 976 CCiv.

¹⁰⁸ Die Form letztwilliger Verfügungen richtet sich im deutsch-französischen Verhältnis nach dem Haager Abkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5.10.1961. Gemäß dessen Art. 1 genügt für die Einhaltung der Form alternativ die Einhaltung der Ortsform, der Form des Heimatrechts des Erblassers, der Form am gewöhnlichen Aufenthalt oder des Wohnsitzes des Erblassers. Dies gilt gemäß Art. 4 auch für Verfügungen mehrerer Personen in einer Urkunde; Einzelheiten über die Anerkennung bei *Schotten*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 1995, Rdnr. 316.

¹⁰⁹ Einzelheiten und Nachweise bei *Ferid/Firsching/Lichtenberger*, Internationales Erbrecht, Bd. II, Frankreich, München 1986, Grdz. F, Rdnr. 174; differenzierend *Riering*, ZEV 1994, 225 ff. (228).

Für den in Deutschland beurkundeten Erbvertrag sieht es anders aus. Erbverträge werden in praxi vielfach wegen des Verstoßes gegen das Verbot gegenseitiger Bindungen in letztwilligen Verfügungen als *pactes successoraux* weder formell noch inhaltlich anerkannt und können auch nicht in zwei Einzeltestamente umgedeutet werden.¹¹⁰ Ausnahmen gelten ggf. nur für von Ehegatten abgeschlossene Erbverträge: Voreheliche Eheverträge deutscher Ehegatten werden bisweilen wohl wie ein gemeinschaftliches Testament als wirksam anerkannt;¹¹¹ während der Ehe, auch zusammen mit einem Ehevertrag beurkundete Erbverträge werden i.d.R. formell und materiell als gültig, jedoch ohne Bindungswirkung anerkannt. Höchststrichterliche Entscheidungen, die dies verbindlich bestätigen würden, existieren m.E. jedoch nicht.¹¹²

Bei der Beurkundung gemeinschaftlicher Testamente oder Erbverträge deutscher Staatsangehöriger mit Immobilien in Frankreich ist daher Vorsicht zu walten. Es empfiehlt sich insoweit, einen Vorbehalt für einseitige testamentarische Verfügungen hinsichtlich des dem französischen Recht unterliegenden künftigen Nachlasses aufzunehmen und darüber gesonderte Einzeltestamente zu beurkunden. Zur Sicherheit und schnelleren Nachlassabwicklung¹¹³ könnten diese auch vor einem französischen Notar beurkundet bzw. wiederholt werden.

3. Schenkungen

Schenkungen zu Lebzeiten (*donations*) werden im Code Civil zusammen mit dem letztwilligen Verfügungen behandelt und sind ebenso nur in den Grenzen des gesetzlichen Erbvorbehalts bzw. der freien Quote zulässig.¹¹⁴ Erlaubt sind in den gesetzlichen Grenzen insbesondere die Schenkung in vorweggenommener Erbfolge (*donation-partage*) an Abkömmlinge¹¹⁵ und die Schenkung an den Ehegatten auf den Todesfall (*donation entre époux*).¹¹⁶

4. Nachlassabwicklung

Dem französischen Notar kommen bei der Nachlassabwicklung (*liquidation de la succession*) im Vergleich mit seinem deutschen Kollegen besondere Aufgaben zu, als er die Hauptperson des Nachlassverfahren ist und nachlassgerichtliche Funktionen innehat. In fünf Schritten veranlasst und überwacht er die Abwicklung des Nachlasses, dabei unternimmt er Folgendes: 1. Feststellung der Erbrechte und Vorbereitung der Vermögensüberleitung, 2. Überwachung der Optionen der Erben und der Vermächtnisnehmer hinsichtlich Annahme und Ausschlagung, 3. Vorbereitung, Berechnung und Abgabe der Erbschaftsteuererklärung für die Erben und Einziehung der Erbschaftsteuer und Abführung an das Finanzamt, 4. Vorbereitung der Auseinandersetzung und 5. Durchführung der Auseinandersetzung.¹¹⁷

¹¹⁰ Anders als das gemeinschaftliche Testament wird die Gestaltung des Erbvertrages an sich wegen Art. 1130 und 1389 CCiv als materiell-rechtlich und nicht als Formvorschrift qualifiziert, und wird nach h.M. dem *ordre public* zugerechnet, s. DNotI-Report 1997, 35 ff. (37) m.w.N.

¹¹¹ So *Gresser*, BWNotZ 2000, 49 ff. (52), da diese inhaltlich vergleichbar mit der *institution contractuelle* gemäß Art. 1091 CCiv seien.

¹¹² *Gresser*, BWNotZ 2000, 49 ff. (52).

¹¹³ Dazu gleich.

¹¹⁴ *Gresser*, BWNotZ 2000, 49 ff. (50 und 51); s. auch unten IV.5.b).

¹¹⁵ Art. 1076 ff. CCiv.

¹¹⁶ Art. 1081 ff. und Art. 1091 ff. CCiv.

Für den Erben eines deutschen Erblassers mit Grundstücken in Frankreich ist Folgendes zu beachten: mit Ausnahme von Elsass-Lothringen ist ein Erbschein in Frankreich unbekannt, die Berichtigung des Liegenschaftsregisters kann auch nicht aufgrund Erbscheins erfolgen.¹¹⁸ Die Erbeneigenschaft wird stattdessen vom Notar aufgrund der ihm vorliegenden Unterlagen festgestellt.¹¹⁹ Ist keine Verfügung von Todes wegen vorhanden, errichtet er einen *acte de notoriété*, in dem er aufgrund der Verwandtschaftsverhältnisse das Erbrecht feststellt. Diese Urkunde ist von zwei Zeugen, die den Erblasser kannten und seine Verwandtschaftsverhältnisse bestätigen, zu unterzeichnen. Diese Erklärung kann auch vor dem deutschen Notar abgegeben werden. Liegt ein öffentliches Testament vor, ist es bei der Steuerstelle registrieren zu lassen. Privatschriftliche Testamente sind an den Notar abzuliefern und werden von ihm eröffnet.¹²⁰ Bei einem deutschen Testament, das z.B. durch die gegenseitige Alleinerbeinsetzung der Ehegatten ohne Berücksichtigung der Kinder gegen den französischen Erbvorbehalt verstößt, müssen die Kinder durch entsprechende Erklärungen dem Testament inhaltlich zustimmen, da es ansonsten nicht vollzogen werden kann.¹²¹

Zur Berichtigung des Liegenschaftsregisters bedarf es weiter einer vom Notar auszustellenden Bescheinigung, der *attestation notariée*. Nach den allgemeinen Vorschriften zur Registerpublizität¹²² könnte diese auch von einem deutschen Notar beurkundet werden, müsste aber im Original bei einem französischen Notar hinterlegt und in Frankreich vollstreckbar gestellt werden. Darüber hinaus ist sie in beglaubigter Form ins Französische zu übersetzen. Die Hinzuziehung eines französischen Notars wird aus praktischen Gründen daher nicht zu vermeiden sein.

5. Nachfolgeplanung deutscher Ehegatten mit Immobilien in Frankreich

Aus dem Vorgesagten ergibt sich, dass eine gegenseitige Alleinerbeinsetzung von Ehegatten hinsichtlich ihres in Frankreich belegenen (Immobilien-)Nachlasses nicht ohne weiteres möglich ist, bzw. dort im Falle des Todes nicht anerkannt wird. Dennoch stellt auch das französische Recht ein Instrumentarium zur Verfügung, mit dessen Hilfe man im Ergebnis zum gewünschten Ziel gelangen kann.¹²³

a) Die *communauté universelle* und die *clause d'attribution*

Gemäß Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB können die deutschen Ehegatten für ihren in Frankreich belegenen Grundbesitz die Anwendung des französischen Güterrechts vereinbaren¹²⁴ und dann gemäß Art. 1526 CCiv die Gütergemeinschaft (*com-*

¹¹⁷ Einzelheiten der Nachlassabwicklung finden sich bei *Gresser*, DAI 1998, S. 142 ff. und 159 ff. sowie bei *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 1987, S. 654 ff.

¹¹⁸ Ob ein von einem deutschen Gericht ausgestellter Erbschein die *attestation notariée* ersetzt ist m.E. sehr zweifelhaft.

¹¹⁹ Eine Liste der dem Notar vorzulegenden Unterlagen findet sich bei *Gresser*, DAI 1998, S. 163.

¹²⁰ Zum Verfahren s. *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 1987, S. 657.

¹²¹ *Gresser*, DAI 1998, S. 160, der auch auf die steuerlichen Nachteile in diesem Fall hinweist.

¹²² S. oben I.2.d).

¹²³ Zur Thematik sehr instruktiv *Gresser*, BWNotZ 2000, 49 ff. (54 ff.).

¹²⁴ Gemäß Art. 6 Abs. 3 des Haager Ehegüterrechtsabkommen vom 14.3.1978 kennt Frankreich eine entsprechende Regelung.

munauté universelle des biens) unter Einbeziehung der Zuteilungsklausel gemäß Art. 1524 Abs. 2 CCiv (*clause d'attribution de la communauté au survivant*) vereinbaren. Der französische Grundbesitz wird dann zum Gesamtgut der Ehegatten erworben. Die Zuteilungsklausel bewirkt, dass der Gesamtgutsanteil des erstversterbenden Ehegatten dem Überlebenden kraft Güterrecht anwächst, ohne dass Noterbrechte geltend gemacht werden können sowie ohne erb- oder schenkungssteuerliche Auswirkungen. Auch die französischen Nachlassformalitäten fallen weg.¹²⁵ Strittig und m.E. höchst- richterlich noch nicht geklärt ist, ob der Vertrag der gerichtlichen Genehmigung gemäß Art. 1397 CCiv, die ein entsprechender Ehevertrag unter Franzosen nach Eheschließung bedürfte, bedarf.¹²⁶

b) Schenkungen

Durch zu beurkundenden Schenkungsvertrag auf den Todesfall (*donation entre époux à cause de mort*) können sich die deutschen Ehegatten das in Frankreich belegene Immobilienvermögen gegenseitig auf den Todesfall des Erstversterbenden schenken. Schenkungen sind allerdings frei widerruflich und dürfen das Noterbrecht der Abkömmlinge nicht beeinträchtigen.¹²⁷ Das gleiche gilt für die Schenkung unter Lebenden (*donation simple entre époux*) gemäß Art. 893 ff. CCiv. Ein vergleichbares Ergebnis – allerdings mit den gleichen Nachteilen – kann auch ehevertraglich vor Abschluss der Ehe durch eine *institution contractuelle* gemäß Art. 1091 ff. CCiv erreicht werden. In der Praxis spielt diese aber keine große Rolle.¹²⁸

Anstelle der Übertragung von Grundbesitz bzw. Miteigentumsanteilen daran an den Ehegatten kommt auch eine direkte schenkungsweise Übertragung an Kinder (*donation à un enfant*) in Betracht. Dabei kann sich der veräußernde Elternteil auch ein vertragliches Rückforderungsrecht vorbehalten, auch der Vorbehalt eines Nießbrauchs oder Wohnungsrechts, sowie ein Verfügungsverbot zu Lebzeiten des Schenkers sind zulässig.¹²⁹ Bei mehreren Kindern empfiehlt sich die *donation-partage*, die sog. Teilungsschenkung gemäß Art. 1076 ff. CCiv, und zwar sowohl bei Übertragung des Grundbesitzes an mehrere Kinder als auch bei Übertragung an eines von ihnen gegen Ausgleichszahlung an die Übrigen. Das Empfangene wird auf das gesetzliche Noterbrecht angerechnet.¹³⁰

c) Société civile immobilière

Eine andere Möglichkeit besteht darin, zwischen den Ehegatten eine Grundstücksgesellschaft des bürgerlichen Rechts nach französischem Recht (*Société civile immobilière*) gemäß Art. 1845 ff. CCiv. zu gründen und in das Handels- und Gesellschaftsregister eintragen zu lassen. Sie besitzt dann eine eigene Rechtspersönlichkeit, kann selbst Grundeigentum erwerben und wird als solche auch als Eigentümerin im Liegenschaftsregister bzw. im Grundbuch eingetragen. Auch wenn ihr Zweck auf den Ankauf und die Verwaltung einer einzigen Immobilie gerichtet ist, werden die Gesellschaftsanteile nach dem internationalen Privatrecht nicht als unbewegliches, son-

dern als bewegliches Vermögen qualifiziert, mit der Folge, dass sich ihre Vererbung sowohl nach dem deutschen als auch dem französischen IPR nach deutschem materiellen Erbrecht richtet. In diesem Sinne können die Ehegatten dann letztwillige Verfügungen nach deutschem Recht errichten.¹³¹

6. Nichteheleche Lebensgemeinschaft

Offen geblieben ist noch die Frage, wie nichteheleche Lebenspartner hinsichtlich ihrer gemeinsamen Immobilie in Frankreich das Problem der erbrechtlichen Weitergabe an den Überlebenden von ihnen beiden lösen.

Früher wurde im Zusammenhang mit dem Kauf der Immobilie oft eine Klausel in den Vertrag eingefügt, wonach beim Tod des Erstversterbenden der Grundbesitz dem Längstlebenden alleine gehört (*Clause Tontine*). Konstruktiv erfolgt dies dadurch, dass der Längstlebende ab dem Tode des Ersten als von Anfang an als Alleineigentümer angesehen wird. Steuerlich wird diese Klausel seit dem Jahr 1979 nur noch sehr eingeschränkt anerkannt und wird dementsprechend selten verwendet, auch wenn sie zivilrechtlich nach wie vor zulässig ist. Eine Befreiung von der Erbschafts- und Schenkungssteuer kommt nur in Betracht, wenn die Immobilie im Todeszeitpunkt den Wert von 500.000 FF nicht übersteigt und es sich um den gemeinsamen Wohnsitz handelt. Ist dies nicht der Fall, wird nach den allgemeinen Grundsätzen besteuert, je nach dem Wert der Immobilie bis zu 60 %.¹³²

Eine interessante Gestaltungsmöglichkeit bietet auch hier die Gründung und Einbringung des Grundstücks in die französische SCI.¹³³

7. Steuern¹³⁴

Erbschafts- und Schenkungssteuer (*droits de mutation par décès et à titre gratuit*) unterliegen grundsätzlich den gleichen Steuersätzen. Besteuert wird der Reinnachlass, Grundstücke sind mit dem Verkaufswert anzusetzen.

Der steuerliche Freibetrag beträgt bei Erben in direkter Linie und beim Ehegatten 300.000 FF bzw. 500.000 FF, ansonsten i.d.R. 10.000 FF. Der schenkungssteuerliche Freibetrag beträgt für Enkel 100.000 FF, im Falle der Erbschaft gilt dies nicht. Der Steuersatz variiert je nach Höhe des vererbten Vermögens zwischen 5 % (bis 50.000 FF) und 40 % (über 11.200.000 FF), bei Nichtverwandten bis zu 60 %.¹³⁵ Frühere Schenkungen sind bei der Berechnung des Erbteils einzubeziehen, der bereits ausgeschöpfte Freibetrag wird angerechnet. Die Steuerfreibeträge können alle zehn Jahre wieder ausgenützt werden. Sonderbefreiungen gelten für Betriebe.¹³⁶

Die Frist zur Abgabe der Steuererklärung und Zahlung beträgt sechs Monate, bei Erblassern mit Wohnsitz im Ausland ein Jahr. I.d.R. wird der mit der Nachlassabwicklung beauftragte Notar damit betraut.¹³⁷

¹²⁵Gresser, BWNotZ 2000, 49 ff. (54 f.).

¹²⁶Hoffmann, DNotI-Report 1995, 24 f. (25); Gresser, BWNotZ 2000, 49 ff. (55).

¹²⁷Gresser, BWNotZ 2000, 49 ff. (55).

¹²⁸Gresser, BWNotZ 2000, 49 ff. (54).

¹²⁹Einzelheiten bei Gresser, BWNotZ 2000, 49 ff. (55 f.).

¹³⁰Einzelheiten bei Gresser, BWNotZ 2000, 49 ff. (55).

¹³¹Gresser, BWNotZ 2000, 49 ff. (56 f.), mit Einschränkungen für Erbverträge und in steuerlicher Hinsicht.

¹³²Dazu gleich.

¹³³S. oben IV.5.c).

¹³⁴Allg. s. Flick/Piltz, Der internationale Erbfall, S. 396 ff.

¹³⁵Art. 777 ff. CGI.

¹³⁶Das Erbschaftssteuerrecht wurde mit Wirkung zum 1.1.2000 in weiten Teilen reformiert.

¹³⁷S. oben IV.4.

Die Neutralität des Verhandlungsleiters

Von Notarassessor *Hans-Ulrich Sorge*, München

Der für beide Seiten erfolgreiche Abschluss einer Verhandlung ist nicht nur von den sachbezogenen Interessen der Beteiligten abhängig. Verhandlungen sind häufig schon gescheitert, bevor die Beteiligten über die eigentlichen Sachfragen geredet haben. Hierfür gibt es vielfältige Gründe, wobei insbesondere das gegenseitige Misstrauen der Beteiligten und eine ungleiche Verhandlungsstärke eine Rolle spielen. Die Beziehung einer dritten Person, die den Verhandlungsprozess leitet und evtl. auch an der Vermittlung der Einigung aktiv mitwirken soll, hilft solche Hindernisse zu überwinden.

Bei vielen Vertragsverhandlungen wird der Notar als Verhandlungsleiter beigezogen. Entweder weil dies das Gesetz für besondere Rechtsangelegenheiten vorsieht und/oder weil die Beteiligten die besondere Stellung des Notars als unabhängigen und qualifizierten Rechtsberater beider Vertragsteile für sich nutzbar machen wollen. Eine überaus moderne, wenn auch z.T. vernachlässigte Vermittlungsrolle des Notars kennt das FGG bei Erbauseinandersetzungen, die sich der Gesetzgeber auch im Rahmen der Sachenrechtsbereinigung erfolgreich zu Nutze gemacht hat. Neu hinzugekommen ist die Befugnis der bayerischen Notare, das obligatorische Schlichtungsverfahren zu führen (Art. 5 Abs. 1 BaySchlG). In Zukunft werden Notare auch verstärkt als Gütestelle i.S.d. § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO, als Mediator oder Schiedsrichter an der außergerichtlichen Streitbeilegung mitwirken.

In allen genannten Tätigkeitsfeldern ist wesentliches Qualitätsmerkmal des Verhandlungsleiters seine Unparteilichkeit bzw. Neutralität. Die für den Notar eher neuen Tätigkeiten als Schlichter und Schiedsrichter oder eben als Mediator sind bzw. werden von der aus den Vereinigten Staaten herüberschwappenden Mediationswelle beeinflusst. Auch wenn die Begriffe *Mediation* und insbesondere *Vertragsmediation* im Kernbereich der notarieller Tätigkeit nur als Begriffe neu sind, in ihren grundsätzlichen Aussagen aber keine Neuigkeiten anbieten können, kann es nur lohnend sein, bei der Frage, was Neutralität eigentlich ausmacht, auch die Ergebnisse der amerikanischen Forschungen einzubeziehen, die sich dieser Frage allein funktionsbezogen und losgelöst von einem traditionellen und gesetzlich geprägtem Berufsbild angenommen haben.

1. Die Neutralität als Schlüsselqualifikation

Die Neutralität des Verhandlungsleiters wird allseits als beinahe selbstverständlich vorausgesetzt. Zu beschreiben, was Neutralität ausmacht, ist schon schwieriger.

Zunächst einmal ist nach der Sichtweise zu unterscheiden. Jeder Verhandlungsleiter wird an sich selbst den Anspruch stellen und für sich in Anspruch nehmen, neutral zu sein. Dies will ich mit *innerer Neutralität* bezeichnen. Die Verhandlungspartner haben ihrerseits eine eigene Wahrnehmung des Verhandlungsleiters, die jeweils als *äußere Neutralität* beschrieben sein soll. Und schließlich könnte nur ein imaginärer Dritter in der Lage sein, über die *objektive Neutralität* des Verhandlungsleiters zu urteilen.

2. Was macht die Neutralität des Notars aus?

Schon von Berufs wegen liegt es nahe, sich den Anforderungen an die Neutralität des Verhandlungsleiters über die vertrauten Anforderungen des Berufsrechts der Notare zu nähern.

a) Die Vertrauensstellung aus Sicht der Beteiligten

Der Notar ist unparteiisch (§§ 1, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 28 BNotO). Die Bundesnotarordnung begnügt sich mit dieser kurzen, negativen Definition der Neutralität und verzichtet auf eine weitergehende positive Begriffserläuterung. Das Gesetz setzt das Vorhandensein dieser Schlüsselqualifikationen des Notars voraus; nur solche Bewerber sind zu Notaren zu bestellen, die nach ihrer Persönlichkeit für das Amt geeignet sind (§ 6 Abs. 1 S. 1 BNotO). Das Gesetz beschäftigt sich vor allem damit, Gefahren einer Neutralitätspflichtverletzung vorzubeugen, wozu auch die Pflicht, die gesetzlichen Gebühren zu erheben (§ 17 BNotO), bzw. das Verbot, Gebührenvereinbarungen zu treffen (§ 140 KostO), gehören.

Jeder Berufsträger, der seine Pflichten ernst nimmt, wird seine Neutralität immer wieder selbstkritisch und kontrollierend hinterfragen. Die Eigenkontrolle der *inneren Neutralität* setzt das Gesetz voraus, indem es dem Urkundsgewährungsanspruch das Recht und die Pflicht des Notars gegenüberstellt, sich der Ausübung des Amtes wegen *Befangenheit* zu enthalten (§ 16 Abs. 2 BNotO).

Die überwiegende Zahl der Berufspflichten des Notars dienen dem Schutz der *äußeren Neutralität*. Der Notar muss bereits den Anschein eines Verstoßes gegen die ihm auferlegten Pflichten vermeiden (§ 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO). Er muss sich in bestimmten, typisierten Fällen der Amtstätigkeit enthalten (§ 16 Abs. 1 BNotO, §§ 3, 6 BeurkG), darf bestimmte Tätigkeiten gar nicht oder nur mit Genehmigung ausüben (§ 14 Abs. 4 und 5, § 8 BNotO), hat amtswidrige Werbung zu unterlassen (§ 29 BNotO) und muss bei wirtschaftlicher Schiefelage sogar mit der Amtsenthebung rechnen (§ 50 Abs. 1 Ziff. 8 BNotO), obwohl er in jedem dieser Fälle *innerlich und objektiv neutral* bei Ausübung seines Amtes sein kann.

Das Gesetz bewertet die *äußere Neutralität* des Notars mit Recht am höchsten. Zum einen lässt sich der Charakter eines Menschen, der ganz entscheidend für die *innere Neutralität* des Notars ist, von außen kaum bewerten. Zum anderen schützt die *innere Neutralität* nicht zwingend vor einem Vertrauensverlust bei den Beteiligten. So kann der auf Basis von Sachverhaltsangaben eines Beteiligten gefertigte Ehevertragsentwurf aus der Sicht des Notars völlig ausgewogen und gerecht sein, aus der Sicht des anderen, bisher in die Entwurfs-erstellung noch nicht einbezogenen Beteiligten kann er sich hingegen als völlig unausgewogen darstellen, weil der Sachverhalt tatsächlich anders ist oder er denselben anders wahrnimmt.

Das Vertrauen der Beteiligten in die Neutralität und Kompetenz ist die *unerlässliche Basis der notariellen Tätigkeit* (Ros-

sak, a.a.O. S. 8). Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars sind untrennbar mit der Achtung und dem Vertrauen, die dem Notaramt entgegengebracht werden, verwoben (§ 14 Abs. 3 Satz 1 BNotO). Auch die Dienstaufsicht und die sie unterstützende Tätigkeit der Notarkammer dienen nichts anderem als der Sicherung der Vertrauensposition des Notars.

b) Vom Schreiber zum Berater

Einige Mediatoren achten penibelst darauf, keinen Einfluss auf das materielle Verhandlungsergebnis zu nehmen (sog. *transformative approach*, vgl. *Bush/Folger*). Der Mediator ist für den Prozess verantwortlich, die Parteien für das Ergebnis. Ein so striktes Rollenverständnis ist mit dem gesetzlichen Leitbild des Notars nicht zu vereinbaren. Der Pflichtenkreis des Notars beschränkt sich nicht nur auf seine historisch überkommene Funktion der wahrheitsgetreuen und durch Formulierungshilfe zweifelsfreien Wiedergabe des Willens der Beteiligten. Der Notar muss außerdem über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und gegebenenfalls Gestaltungsalternativen aufzeigen; er hat darauf zu achten, Irrtümer zu vermeiden, und soll zum Schutz des Rechtsverkehrs nichtige Rechtsgeschäfte erst gar nicht beurkunden. Unter diesen Rahmenbedingungen organisiert der Notar die Vertragsfreiheit. Im Einzelfall gebietet das Gesetz dem Notar aber auch, seine objektiv neutrale Stellung aufzugeben und zur Sicherung der Vertragsgerechtigkeit den strukturell schwächeren Beteiligten zu schützen (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG). Im Interesse des Verbraucherschutzes hat er darauf zu achten, dass gesetzliche Schranken z.B. des AGB-Gesetzes eingehalten werden und in Zweifelsfällen darauf hinzuweisen. Gerade weil der Notar nicht nur für das Verfahren, sondern im vorgegebenem Rahmen auch für das Ergebnis Verantwortung übernehmen muss, ist er auch für den schwächeren Vertragsteil als unabhängige Vertrauensperson anerkannt.

3. Neutralität in der Schlichtungs- und Mediations-tätigkeit des Notars

a) Der Grad der Einflussnahme: Activist Mediation vs. Transformative Approach

Das soeben beschriebene Verständnis der Rolle des Notars als unabhängigen und unparteilichen Betreuer findet in der US-amerikanischen Mediationsliteratur gewisse Parallelen bei *Susskind* als Verfechter der sog. „*Activist Mediation*“. *Susskind* zeichnet sich als Mediator nicht nur für das Verfahren, sondern auch für die Qualität des Ergebnisses verantwortlich, die er nach der Maximierung des Gewinns für beide Teile bemisst (*Kolb*, a.a.O., S. 309 ff.). Nach seinem Verständnis hat der Mediator ein strukturelles Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht der Parteien zu beachten, einen nach seiner Auffassung zu engen Streitgegenstand zu hinterfragen und bei den Parteien anzuregen, über ihre Alternativen außerhalb der Streitbeilegung durch Verhandlung nachzudenken (*Best alternative to a negotiated agreement – BATNA*). Für ihn ist dabei entscheidend, dass der Mediator seine – kurz umschrieben – Dienstleistungen beiden Seiten gleichermaßen anbietet.

An dieser Stelle sind weniger *Susskind's* konkrete Aussagen von Interesse, sondern deren streitbare Außenwirkung. Ihm wird weithin vorgeworfen, wegen der Übernahme von inhaltlicher Verantwortung für das Ergebnis *nicht neutral* zu sein. Viele Mediatoren lehnen die Intensität, mit der er in die Verhandlung eingreift und damit auf das Verhandlungsergebnis Einfluss nimmt, als zu hoch ab. Die Vertreter des sog. *trans-*

formative approach streben dagegen eine Rolle des Mediators an, der sich völlig davon freimacht, auf den Inhalt des Verhandlungsergebnisses Einfluss zu nehmen. Diese Diskussion deutet darauf hin, dass die Vorgaben des § 17 BeurkG nicht ohne weiteres auf den Prozess der Streitbeilegung übertragen werden können.

b) Der verstellte Blick auf die Sachfragen

Vertragsgestaltung des Notars dient der *Streitvermeidung*. Schlichtung und Mediation dienen der *Streitbeilegung*. Gemeinsam ist allen Tätigkeiten das Ziel, nämlich der Ausgleich gegenläufiger Interessen. In der Regel völlig anders ist dagegen die Verfassung der Beteiligten. Im Stadium des Vertragsschlusses überwiegt das Bewußtsein der tatsächlichen oder vermeintlichen Gemeinsamkeiten, Interessengegensätze können rational verhandelt werden oder werden emotional unterschätzt. Im Stadium des ausgebrochenen Streits haben sich Bewusstsein und Einschätzung umgekehrt. Die Übergänge können allerdings fließend sein. Dabei denke ich an die mitunter höchst schwierigen Verhandlungen bei Scheidungsvereinbarungen, Vertragsauflösungen, Erb- oder Gesellschaftsauseinandersetzungen.

c) Einige Hinweise zur Neutralität im Schlichtungs- und Mediationsverfahren

Zur Kunst des Verhandlungsleiters gehört es daher, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Streitenden ihr gegenseitiges Misstrauen überwinden, um sich wieder den Sachfragen zuwenden zu können. Besonders der Notar als Schlichter oder Mediator muss sich dabei vor Augen halten, dass sich die Beteiligten seiner neutralen Rolle nicht so selbstverständlich bewusst sind, wie das bei Beurkundungsgeschäften der Fall ist. Seine *äußere Neutralität* und damit auch die Chancen einer gütlichen Einigung stehen und fallen in dem Maße, in dem ihm die Beteiligten Vertrauen entgegenbringen.

aa) Vertrauensbildung vor der Verhandlung

Bereits bei der Einleitung des Verfahrens muss der Vermittler mit Widerständen rechnen, wenn er – wie im Fall der obligatorischen Schlichtung nach dem BaySchlG – von einem Beteiligten einseitig zur Übernahme der Verhandlungsleitung beauftragt wird. Die Erfahrungen mit der bei der Landesnotarkammer Bayern eingerichteten „Schlichtungshotline“ bestätigen, dass der Antragsteller nicht selten davon ausgeht, die beauftragte Gütestelle sei „seine“ Gütestelle, während der Antragsgegner der beauftragten Gütestelle aus eben diesem Grund zunächst mit Misstrauen begegnet. Naturgemäß ist die besondere Erwartung des Antragstellers bzw. das besondere Misstrauen des Antragsgegners gegenüber als Gütestellen zugelassenen Rechtsanwälten größer, die in erster Linie als Parteivertreter im Bewusstsein der Bevölkerung präsent sind, als gegenüber Notaren, von denen viel eher Unparteilichkeit erwartet wird. Aus der notariellen Beurkundungstätigkeit sind allerdings ähnliche Einschätzungen beim Kauf vom Bauträger bekannt, wo auf Grund der häufig zentralen Abwicklung des Gesamtobjekts der Käufer mitunter eine unzulässige Nähe des Notars zum Bauträger vermutet (Stichwort „Bauträgernotar“).

Der Verhandlungsleiter muss daher einerseits der Fehlvorstellung der einen Partei entgegenwirken, ihr aus irgendeinem Grund besonders verpflichtet zu sein. Versäumt er dies im Vorfeld der Verhandlung, muss sich diese Partei in der Verhandlung in ihrem besonderen, wenn auch unberechtigten, Vertrauen getäuscht fühlen. Zugleich muss er durch geeignete „vertrauensbildende Maßnahmen“ vorbeugen, dass die Ge-

genpartei ihr Mißtrauen gegenüber ihrem Gegner von Beginn an auch auf den beauftragten Verhandlungsleiter projiziert. Da die tatsächliche *innere Neutralität* des Verhandlungsleiters möglicherweise nach außen nicht in aller Deutlichkeit erkennbar ist, muss sie – getreu dem Motto „Tue Gutes und rede darüber“ – *nach außen* auch transparent gemacht werden.

Die jeweils erste Kontaktaufnahme mit den Beteiligten sollte hierzu bereits genutzt werden. Dabei sollte der Verhandlungsleiter keine Scheu haben, auch scheinbare Banalitäten anzusprechen, was mit einem typischen Beispiel aus der Beurkundungspraxis verdeutlicht werden soll: In Grundstücksangelegenheiten werden Vertragsentwürfe nicht selten auf Anforderung einer Partei oder des Maklers an die Beteiligten versandt, ohne dass zuvor mit der anderen Partei ein unmittelbarer Kontakt aufgenommen worden ist. Dabei geht der Notar ganz selbstverständlich von der Unverbindlichkeit der im Entwurf vorgeschlagenen Regelungen aus. Die Beteiligten sprechen aber sehr häufig nicht vom *Entwurf*, sondern vom *Vorvertrag*, was darauf hindeutet, dass sie dem Entwurf durchaus eine gewisse Verbindlichkeit zumessen – schon weil er vom Notar kommt. In der Tat muss der einmal schriftlich fixierte Vorschlag vom anderen Vertragsteil erst einmal „wegverhandelt“ werden. Die Entwurfsfertigung auf Grund der Angaben eines einzelnen Vertragsteils kann daher durchaus Einfluss auf die Verhandlung nehmen. Wenn dieser Entwurf ohne weitere Erläuterungen über dessen Zustandekommen und Unverbindlichkeit im Anschreiben versandt wird, ist bereits der Samen für erhebliche Missverständnisse gesät. Das gilt umso mehr, wenn vor der Beurkundung einseitige Änderungswünsche einer Partei ohne unmittelbare Rücksprache des Notars bei der anderen Seite in den Entwurf aufgenommen werden.

Übertragen auf das Schlichtungs- bzw. Mediationsverfahren heißt das z.B., dass beide Verhandlungspartner auf die strikte Neutralität des Verhandlungsleiters hinzuweisen sind, aus der z.B. zu folgern ist, dass der Verhandlungsleiter sich, von den verfahrenseinleitenden Fragen wie der Zuständigkeit einmal abgesehen, nicht mit dem Streitgegenstand befassen kann, bevor ihm auch die Stellungnahme der Gegenseite vorliegt, und von ihm Äußerungen zur Sache außerhalb des Verhandlungstermins nicht zu erwarten sind (vom Ausnahmefall des schriftlichen Verfahrens einmal abgesehen).

Besondere Offenheit ist bereits in diesem Stadium zur Frage einer möglichen Befangenheit des Verhandlungsleiters angeraten, da schon in der Beurkundungssituation der Umstand, dass dem Notar einer der Beteiligten persönlich bekannt ist, bei so manchem Anlass zu Zweifeln an der Unparteilichkeit gibt.

bb) Neutralität während der Verhandlung

Auch die die Verhandlung einleitende Eröffnungsrede des Verhandlungsleiters sollte dazu genutzt werden, die eigene Rolle transparent zu machen. Hierzu gehört angesichts eines im Fall des Scheiterns der Verhandlung drohenden Prozesses auch der Hinweis auf die Berufsverschwiegenheit (§ 18 BNotO). Sofern die Rolle nicht durch eine von den Beteiligten selbst gesetzte Verhandlungsordnung definiert ist, hat der Verhandlungsleiter in der Regel einen großen Gestaltungsspielraum (vgl. Art. 10 Abs. 4 BaySchlG). Den Beteiligten muss daher die Gestaltung des Verfahrens durch den Verhandlungsleiter bekannt gemacht werden, damit seine späteren verhandlungsleitenden Maßnahmen und Eingriffe (z.B. Redezeitbeschränkungen) nicht willkürlich erscheinen.

Die gemeinsame Verhandlung mit den Beteiligten ist für den Notar als Verhandlungsleiter zwar die vertrautere Methode,

birgt für seine *äußere Neutralität* aber nicht unerhebliche Risiken, da jede Äußerung gegenüber einer Partei von der Gegenseite kritisch beobachtet und rasch auf die Goldwaage gelegt wird. Der Verhandlungsleiter muss sich dabei immer bewusst sein, dass jede Partei dazu neigt, den neutralen Dritten mit mehr oder weniger subtilen Mitteln auf ihre Seite zu ziehen.

Wird statt dessen getrennt verhandelt¹, muss der Verhandlungsleiter das Thema Vertraulichkeit mit den Beteiligten klären, insbesondere welche Informationen er an die andere Seite weitergeben darf und welche nicht². Auch bei getrennter Verhandlung ist Vorsicht geboten, wenn der Verhandlungsleiter für die Positionen einer Partei ihr gegenüber Verständnis und Sympathie zeigt oder umgekehrt für die Positionen der Gegenseite darum wirbt.

cc) Neutralität bei der Einigung

Die Parteien sind für das Zustandekommen und den Inhalt einer Einigung oder das Scheitern der Verhandlung selbst verantwortlich. In der notariellen Beurkundungspraxis wird von den Vertragsteilen und z.T. sogar von der Haftungsrechtssprechung häufig erwartet, dass der Notar zu Einzelfragen konkrete Gestaltungshinweise und -alternativen aufzeigt. Der häufige Wunsch der Beteiligten, sogar in wirtschaftlich bedeutenden Einzelfragen des Vertrages vom Notar zu erfahren, was denn üblicherweise vereinbart wird, ist allseits bekannt. Da der Notar als Spezialist in den von ihm betreuten Rechtsgebieten aus einem umfangreichen Erfahrungsschatz schöpfen kann, fällt es ihm auch häufig nicht schwer, einen unparteilichen Lösungsvorschlag anzubieten, der die Interessen der einen und der anderen Seite und das geltende Recht berücksichtigt.

In der Mediations- und Schlichtungsverhandlung ist die Situation anders. Die Streitfragen sind in der Regel nicht so typisiert wie die bei der Beurkundung eines Kaufvertrages oder Ehevertrages auftretenden Fragen. Somit fehlt dem Verhandlungsleiter schon ein vergleichbarer Erfahrungsschatz, um als Außenstehender abschätzen zu können, welche Lösung die Interessen beider Teile optimal innerhalb des möglichen Einigungsspektrums berücksichtigt.

Ein Streit, z.B. zwischen Nachbarn, hat oft eine lange Vorgeschichte, die über den konkreten Streitgegenstand hinausgeht und in einer ein- oder zweistündigen Sitzung kaum vollständig aufgearbeitet werden kann. Gerade bei der obligatorischen Streitschlichtung kann der Schlichter angesichts der geringen Vergütung in einen Zielkonflikt zwischen wirtschaftlich effizienter Sachbearbeitung und effektiver Streitbeilegung geraten. Wenn sich der Schlichter sachlich stark in die Verhandlung einbringt, seine eigene rechtliche Bewertung in einem frühen Stadium äußert oder ohne vorherige Diskussion einen „neutralen“ Lösungsvorschlag unterbreitet, mag es ihm gelingen eine schnelle Einigung zur konkreten Streitfrage herbeizuführen. Eine schnelle Einigung muss aber für die Beteiligten wie für den Vermittler nicht gleichbedeutend mit einer guten Einigung sein. Bereut einer der Beteiligten – aus welchen Gründen auch immer – später die gefundene Einigung, wird er dem Verhandlungsleiter umso mehr eine Mitverantwortung zuschieben, als sich dieser sachlich in den Einigungsprozess eingebracht hat.

¹ Zu den Vor- und Nachteilen siehe *Walz*, Eine Basisstrategie zur vorprozessualen Mediation, *MittBayNot Sonderheft Schlichtung und Mediation 2000*, 32, 33 f.

² *Walz*, Vertraulichkeit in der Mediation, in diesem Heft S. 53.

4. Ergebnis

Der Notar bringt für die Tätigkeit als Schlichter und Mediator sehr gute Voraussetzungen mit. Die vom Schlichter und Mediator geforderte Neutralität ist dem Notar vertraut und im Vergleich zu anderen Berufsgruppen wird es ihm sehr viel leichter fallen, seine Neutralität auch glaubwürdig nach außen darzustellen.

Die Vorgaben der BNotO und des BeurkG können aber nicht ohne weitere Reflexion auf den Prozess der Streitbeilegung übertragen werden. Dem Verhandlungsleiter droht der Verlust seiner *äußeren Neutralität* im Rahmen der Streitbeilegung weit eher, als dies im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege der Fall ist.

Die Tätigkeit als Schlichter und Mediator birgt auch Risiken für den Notar und seine Reputation als neutraler Betreuer aller Parteien. Im Zweifel muss der Vermittler m.E. das Vertrauen in seine Neutralität über den Einigungserfolg stellen. Oftmals ist es schon ein Erfolg, dass die Beteiligten überhaupt mitein-

ander verhandelt haben. Mit inhaltlicher Betreuungstätigkeit sollte der Notar in der Schlichtung und Mediation zurückhaltender sein, als es das Gesetz von ihm in seiner Beurkundungstätigkeit erwartet.

Literatur zum Thema:

- *Rossak*, Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars, Diss. Augsburg 1986.
- *Michael L. Poirier Elliot*, The Role of Facilitators, Mediators, and Other Consensus Building Practitioners, in *Susskind et al.* (ed.), The Consensus Building Handbook, Chapter 5, S. 199 ff.; 1999.
- *Metzger*, Mediation im Nachbar-, Miet- und Verbraucherrecht, in *Breidenbach/Henssler* (Hrsg.), Mediation für Juristen, S. 183 ff., Köln 1997.
- *Schippel*, Bundesnotarordnung, München, 7. Auflage 2000.
- *Kolb and Associates (ed.)*, When Talk Works – Profiles of Mediators, San Francisco 1994.
- *Bush/Folger*, The Promise of Mediation, San Francisco, 1994.

Vertraulichkeit in der Mediation

Von Notar *Dr. Robert Walz* (LL.M.), Ingolstadt

Verhandlungen unter Beteiligung eines neutralen Dritten versprechen in vielen Fällen mehr Erfolg als Verhandlungen ohne einen neutralen Dritten. Hierfür kann eine ganze Reihe von Gründen benannt werden: Der Mediator kann einer Vielzahl von – teils gar nicht vermeidbaren – verhandlungstechnischen Schwächen der Parteien entgegenwirken (etwa dem vielfach nicht gerechtfertigten Optimismus der Parteien, was die Aussichten in einem Klageverfahren angeht, oder der Neigung vieler Menschen, alles zu vermeiden, was nach einer Niederlage aussehen könnte); er kann die unter Umständen unproduktive Art und Weise der Kommunikation der Parteien verbessern; er kann die Interessen und Präferenzen der Parteien erforschen und Dank seiner Sachkenntnis und Neutralität unvoreingenommen nach intelligenten Lösungen suchen bzw. die Parteien anhalten, dies selbst zu tun; er kann die rechtlichen Rahmenbedingungen erläutern und die Rechtswirksamkeit und den gesicherten Vollzug etwaiger Vereinbarungen gewährleisten.

Ein weiterer Grund für den Erfolg von Verhandlungen in Anwesenheit eines neutralen Dritten steht im Zusammenhang mit der Vertraulichkeit, die der Neutrale insbesondere dann bieten kann, wenn er mit den Beteiligten getrennt verhandelt. Der Erfolg des Verfahrens kann auch davon abhängen, dass problematische Informationen nicht in einem späteren Gerichtsverfahren verwendet werden können, falls die Einigung scheitert. Auf beide Aspekte soll hier eingegangen werden.

A. Informationsweitergabe im Verhandlungsgeschehen

Nahezu jeder Teilnehmer einer Vergleichsverhandlung geht mit einer bestimmten Vorstellung davon in die Verhandlung, was er als Ergebnis gerade noch akzeptieren würde und wo gewissermaßen seine Einigungsgrenze (auch: reservation price) verläuft. Ein allwissender Dritter, der die Einigungsspiel-

räume aller Parteien vergleicht, könnte erkennen, ob sich diese überschneiden und wie diese ZOPA (zone of possible agreement) beschaffen ist, ob also eine Einigung überhaupt möglich ist. Theoretisch könnten nun die Parteien ihr Wissen einander mitteilen und so effizient und ohne Zeitverlust erkennen, ob Verhandlungen überhaupt Sinn machen.

Der Ablauf tatsächlicher Verhandlungen stellt sich häufig genau umgekehrt dar: Die Parteien verhehlen einander, wie ihre Interessen und Präferenzen beschaffen sind, und veröffentlichen ihre Einigungsgrenze gerade nicht. Jede Seite versucht, im Laufe der Gespräche Informationen über die Verhandlungssituation der anderen Seite zu erlangen, ohne jedoch selbst etwas preiszugeben. Wenn Informationen preisgegeben werden, entsprechen sie häufig nicht der Wahrheit. Diese Vorgehensweise führt zu langwierigen und mühseligen Verhandlungen. Wird etwa über den Preis einer Immobilie verhandelt, gibt der Verkäufer in der Regel nicht den geringsten Preis bekannt, zu dem er verkaufen würde, sondern einen höher liegenden, und betont vielleicht sogar – wahrheitswidrig –, dass er die Immobilie nicht verkaufen müsse, sondern – wenn der Preis nicht stimme – auch dort wohnen bleiben könne. Der Käufer mag die Dringlichkeit, mit der er ein neues Eigenheim erwerben muss, in ähnlicher Weise herunterspielen. Selbstverständlich wird er nicht bekannt geben, was er äußersten Falles zu zahlen bereit wäre.

Diese traditionelle, basarartige Verhandlungsstrategie mag in der verhandlungstechnischen Literatur kritisch erörtert werden. Es bestehen aber durchaus Gründe, die für eine solche Vorgehensweise sprechen: Wenn etwa der Verkäufer einer Immobilie den geringsten Preis mitteilt, den er noch akzeptieren würde, braucht er sich nicht zu wundern, wenn er genau diesen geringen Preis erzielt. Ähnliches gilt, wenn der Käufer erfährt, dass der Eigentümer zwingend in der nächsten Woche verkaufen muss oder wenn der Verkäufer erfährt, dass der Käufer aus beliebigen Gründen sehr stark am Kauf interes-

siert ist. Wer seine Interessenlage und seine Präferenzen offenbart, teilt zugleich mit, wie dringend er der Einigung bedarf. Dieses Wissen kann die andere Seite gewinnbringend verwenden, es verschafft Hebelwirkung.

Auf diese Weise ist nun dargestellt, weshalb in Verhandlungen regelmäßig – wenn auch in ganz unterschiedlichem Ausmaß – mit verdeckten Karten gespielt wird. Diese Strategie bringt aber auch erhebliche Nachteile mit sich. Vielfach bleiben Verhandlungen in einem Geflecht aus nicht aufgedeckten Interessen, Präferenzen sowie verhandlungstaktischen Desinformationen der anderen Seite stecken. Präsentiert etwa der Verkäufer einen in Wahrheit durchaus noch verhandelbaren Preis wahrheitswidrig als nicht verhandelbaren Mindestpreis, so mag der Käufer die Verhandlungen abbrechen. Ohne Gesichts- und Glaubwürdigkeitsverlust kann nun der Verkäufer keine neue Verhandlungsrunde vorschlagen. Nicht selten scheitern auf diese Weise Verhandlungen, obwohl ein gemeinsamer Einigungsbereich gegeben war (also eine ZOPA), d.h. obwohl bei rationaler, wirtschaftlicher Betrachtung Einigungen möglich wären, die für beide Seiten interessengerechter als die Nicht-Einigung sind. Das Nicht-Offenbaren von Interessen und Präferenzen erhöht für den einzelnen regelmäßig die Chance auf eine besonders gewinnbringende Einigung, führt aber zugleich tendenziell zu suboptimalen Verhandlungsergebnissen, weil interessengerechte Einigungen nicht erzielt werden können.

B. Getrenntes Verhandeln des Mediators mit den Parteien

Vor diesem Hintergrund kann der Mediator eine wichtige Rolle spielen. In getrennten Gesprächen kann er die Interessen und Präferenzen der Parteien ausloten und dabei Vertraulichkeit zusichern. Auf diese Weise erkennt er, ob ein Einigungsbereich tatsächlich gegeben ist und wie dieser beschaffen ist. Die Parteien sehen sich von dem Dilemma befreit, wonach Offenheit gegenüber der anderen Seite die Chance auf Kooperationsgewinne optimiert, zugleich aber auch die eigenen Chancen verringert, von diesem Kooperationsgewinn einen großen oder wenigstens fairen Teil zu erringen. Der Mediator als vertrauenswürdiger Neutraler kennt die Einigungsgrenzen und Präferenzen beider Seiten und nutzt dieses Wissen – soweit möglich – im Interesse beider Parteien. Damit verbleibt dem Mediator nicht selten ein gewisser Spielraum, innerhalb dessen er die Einigung ansiedeln kann, wobei es seine Aufgabe ist, hiervon verantwortungsvoll Gebrauch zu machen. Parteien die dem Mediator ein nur beschränktes Vertrauen entgegenbringen, erheben daher bisweilen Einwände gegen getrennte Verhandlungen des Mediators mit den Beteiligten.¹

I. Vertraulichkeit während des Verhandlungsgeschehens

Wichtig ist zunächst, dass der Mediator vor jeder Einzelsitzung anbietet, auf Wunsch Informationen vertraulich zu behandeln, d.h. diese nur mit ausdrücklichem Einverständnis an die andere Seite weiterzugeben. Dabei sei dem Mediator dringend empfohlen, keine vagen und letztlich nicht einhaltbaren Versprechen abzugeben, etwa dahingehend, er werde alles in der getrennten Sitzung Gesprochene vertraulich behandeln.

¹ Der sog. transformative approach in der Mediationsliteratur, wonach eine Trennung der Parteien aus anderen Gründen unzulässig sein soll, wird hier nicht erörtert; vgl. hierzu R. Bush, J.P. Folger, *The Promise of Mediation*, 1994.

Vielmehr sollte der Mediator zu Beginn der Einzelsitzung klarstellen, dass er all diejenigen Informationen nach seinem Ermessen weitergeben werde, die die Partei nicht ausdrücklich als vertraulich kennzeichnet. Am Ende der Einzelsitzung sollte er sodann die danach als vertraulich gekennzeichneten Informationen noch einmal zusammenfassen.

Auf diese Weise gelingt es, Missverständnisse hinsichtlich des Umfangs der Vertraulichkeit zu vermeiden. Solche sind nämlich regelmäßig geeignet, den Glauben an die Neutralität des Mediators zu erschüttern. Zugleich lässt diese Vorgehensweise die jeweilige Partei selbst die Verantwortung für die Abgrenzung des vertraulichen vom nicht-vertraulichen Bereich tragen. Nur was ausdrücklich als vertraulich kennzeichnet wurde, muss auch so behandelt werden.

II. Vertraulichkeit in einem späteren Gerichtsverfahren

Für die Frage, ob eine Partei dem Mediator Informationen offenbart, kommt es auch auf deren mögliche Verwertbarkeit in einem späteren Gerichtsverfahren an. Sollte keine Einigung zustande kommen, so könnte eine Partei den Mediator als Zeugen benennen, und zwar auch soweit es um die in der getrennten Sitzung offenbarten Informationen geht. Die entsprechenden Berufsträger werden dann nur aussagen, falls alle Beteiligten sie von ihrer Verschwiegenheitspflicht befreit haben; vgl. §§ 53 I Nr. 3 StPO, §§ 383 I Nr. 5, 385 II ZPO, 18 BNotO. Damit besteht an sich ein ausreichender Schutz der Vertraulichkeit. Gleichwohl mag sich eine Partei vor Gericht genötigt sehen, der Zeugenvernehmung zuzustimmen, um nicht den Eindruck zu erwecken, sie habe etwas zu verbergen. Einen weitergehenden Schutz der Vertraulichkeit, insbesondere vor solchen Beweisanträgen, können Abreden erreichen, die zwischen den Parteien getroffen werden. In den USA werden solche Vereinbarungen häufig als Teil einer umfassenden Mediationsvereinbarung vorab unterzeichnet.

C. Vertraulichkeitsabreden zwischen den Parteien

In vielen Fällen hängt die Bereitschaft, ein Mediationsverfahren durchzuführen und daran konstruktiv mitzuarbeiten auch davon ab, inwieweit im Zuge der Verhandlung Informationen offenbart werden müssen, die in einem späteren Gerichtsverfahren schädlich für die eigene Prozessführung sein können. Wenn etwa eine Partei aus prozesstaktischen oder sonstigen Gründen ihre Kalkulationsgrundlagen keinesfalls offen legen will, wird ein Mediationsverfahren weniger Aussicht auf Erfolg haben; denn kooperatives Verhandeln setzt das Übermitteln von Informationen an die andere Seite voraus. Die Einschaltung eines Mediators, der getrennt mit beiden Seiten verhandelt, kann hier Abhilfe schaffen, allerdings nicht in allen Fällen. Vor allem im komplexen Mediationen müssen kritische Informationen auch der anderen Seite offengelegt werden, um eine sachorientiertes Verhandlungsgespräch zu ermöglichen.

Vielfach – vor allem in den USA – werden daher Vereinbarungen zwischen den Parteien getroffen, die die Verwertung von Informationen verbieten, die innerhalb des Mediationsverfahrens erlangt wurden. Damit soll die Offenheit der Parteien in der Mediation gefördert werden, was die Chancen einer interessengerechten Einigung erhöhen kann.

Hinsichtlich der Verwertbarkeit in einem Zivilprozess wäre etwa an die Verpflichtung zu denken, keine Beweisanträge zu

stellen, die sich auf Vorgänge im Rahmen der Mediation beziehen. Solche Parteivereinbarungen über die Beweisführung sind auch in Deutschland rechtlich anerkannt und führen zur Unzulässigkeit des Beweisantrages; vgl. BGH vom 30.11.1972, DB 1973, S. 1451. Auch an die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wäre zu denken. Soweit es um eine Zeugenaussage des Mediators geht, würde damit das jeweilige berufliche Verschwiegenheitsgebot flankiert. Das Vorliegen einer solchen Vereinbarung mag es dann weniger anrühlich erscheinen lassen, wenn eine Partei der Vernehmung des Mediators nicht zustimmt.

Darüber hinaus kann etwa vereinbart werden, dass schriftliche und mündliche Äußerungen, das Verhalten der Beteiligten und die Ereignisse während des Mediationsverfahrens, auch soweit es um rechtliche Berater geht, vertraulich sind und nicht an Dritte weitergegeben werden dürfen. Alle Verhandlungsteilnehmer einschließlich etwaiger Rechtsanwälte sind dann Teile dieser Vereinbarung. Allerdings geht eine solche Klausel wohl zu weit, wenn Informationen allein deshalb als unverwertbar gelten, weil sie zuerst in der Mediation erlangt wurden.

Soweit es um andere Personen und Beweismittel als den Mediator selbst geht, kommt es in erster Linie auf die Durch-

setzbarkeit der fraglichen Vertraulichkeitsvereinbarung an. Da Informationen regelmäßig aus verschiedenen Quellen stammen können, wird eine Verwertung des fraglichen Wissens als solche nicht verhindert werden können. Beweisanträge, die auf solchem Wissen aufbauen, werden sich meist auch ohne Bezug zur eigentlichen Mediationsverhandlung formulieren lassen. Die Wirkungen, die von einer solchen Vertraulichkeitsabrede ausgehen, sollten daher nicht überschätzt werden, soweit es um andere Personen als den Mediator geht bzw. soweit es um andere Beweismittel geht. Gleichwohl mag eine Vertraulichkeitsabrede zu einem gewissen Maß die Bereitschaft der Parteien erhöhen, an einem Mediationsverfahren konstruktiv teilzunehmen.

D. Schlussbemerkung

Die Effizienz von Mediationsverfahren hängt auch davon ab, welchen Personen unter welchen Bedingungen Informationen übermittelt werden müssen und wie diese zu einem späteren Zeitpunkt verwendet werden können. Nicht zuletzt anhand dieser Rahmenbedingungen entscheidet die einzelne Partei, inwieweit sie bereit ist, kooperativ zu verhandeln. Eine Verfahrensgestaltung, die hierauf eingeht, kann die Erfolgsaussichten von Mediationsverfahren erhöhen.

Balser, Bokelmann, Piorreck, Die GmbH: Umfassende Erläuterungen, Beispiele und Musterformulare für die Rechtspraxis, 12. Auflage 2000, Haufe Verlag, Berlin, 401 Seiten mit Mustertexten auf CD-Rom, DM 128,-

Dem nunmehr in der 12. Auflage in der Reihe „Berliner Praxishandbücher“ erschienenen Buch ist in der Neuauflage eine CD-Rom mit den Vertragsmustern beigelegt. Das Buch trennt strikt zwischen dem Erläuterungsteil (knapp dreihundert Seiten) und dem Formularteil (circa einhundert Seiten).

Im ersten Kapitel (Rechtsgrundlagen – Rechtsnatur) werden insbesondere die Vorgesellschaft und die Differenzhaftung behandelt. Die Ausführungen zur Differenzhaftung sind etwas knapp gehalten. Ein Hinweis auf die Problematik der sogenannten Verlustdeckungshaftung bei Scheitern der Eintragung oder Entfallen der Eintragsabsicht fehlt (unbeschränkte Innenhaftung, u.U. sogar unmittelbare Außenhaftung der Gesellschafter, vgl. BGH, DStR 1997, 1007).

Das zweite Kapitel enthält im ersten Abschnitt Hinweise zu den Formalia der Gründung, wobei allerdings zur Frage der Beurkundung im Ausland hauptsächlich auf weiterführende Fundstellen verwiesen wird (einige wichtige Fundstellen neueren Datums z.B. *Goette* DStR 1996, 711 ff., fehlen). Bei den Ausführungen zum Inhalt des Gesellschaftsvertrages wird der Firma, dem Sitz und dem Gegenstand des Unternehmens breiter Raum gewidmet; der Abschnitt enthält auch eine gute Zusammenstellung eventuell erforderlicher Genehmigungen bzw. Erlaubnisse (Rdnrn. 45 ff.). Außerhalb der Mindestbestimmungen des § 3 Abs. 1 GmbHG sind die Ausführungen zum Inhalt des Gesellschaftsvertrages sehr knapp und kurssorisch gehalten. Dabei merkt man, dass das Buch von Richtern und nicht von Kautelarjuristen geschrieben ist. Dies macht sich umgekehrt jedoch positiv bemerkbar bei den sehr exakten Hinweisen zur Anmeldung der Gesellschaft, der Prüfungspflicht des Registergerichts sowie der Eintragung und Veröffentlichung.

Im Kapitel über die Geschäftsführer und deren Aufgaben sind bereits die sich durch das Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz (KapCoRiLiG) vom 24.2.2000 ergebenden Änderungen bei der Aufstellung, der Prüfung und der Offenlegung des Jahresabschlusses eingearbeitet worden (Rdnrn. 218 ff.).

Böhm, Konfliktbeilegung in personalistischen Gesellschaften, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2000, 214 Seiten, DM 68,-

Bei dem Buch von *Böhm* handelt es sich um eine Dissertation, die 1999 an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt/Oder vorgelegt und von Prof. Dr. *Stephan Breidenbach*, der 1995 über das Thema „Mediation, Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt“ habilitierte, betreut wurde.

Wiederum etwas knapp fallen die Ausführungen zur Problematik des Eigenkapitalersatzes aus (Rdnrn. 255 ff.). Hier ist vor allem kritisch anzumerken, dass Fundstellen neueren Datums fast völlig fehlen.

Ein eigenes Kapitel ist der Zweigniederlassung gewidmet. Hier findet man eine komprimierte Darstellung der damit zusammenhängenden Fragen, insbesondere auch zum Zusammenwirken von den Gerichten der Haupt- und Zweigniederlassung. Auch die Centros-Entscheidung des EuGH (Urteil vom 9.3.1999, MittBayNot 1999, 298) wird angesprochen (Rdnr. 299 a). Das Buch enthält sich allerdings weitgehend einer eigenen Stellungnahme, ob diese Entscheidung das Ende der Sitztheorie bedeutet.

Gelungen sind die Darstellung der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (Rdnrn. 348 ff.) sowie die Kapitel zum Handelsrechtsreformgesetz und zur Auflösung, Liquidation und Erlöschen. Die (sehr kurzen) Kapitel zur Umwandlung und zur GmbH & Co KG beschränken sich schwerpunktmäßig auf Erläuterungen zur Zulässigkeit der Firmenwahl.

Im Anschluss an den Textteil enthält das Buch einen gesonderten Formularteil mit insgesamt 103 Mustern. Neben den eigentlichen Vertrags- und Satzungsmustern sind immer auch die entsprechende Handelsregisteranmeldung sowie die Eintragungsverfügung des Gerichts zu finden. Generell ist anzumerken, dass die Muster sehr exakt im Hinblick auf die vom Gesetz zwingend geforderten Angaben gehalten sind. Andererseits fehlen manchmal Formulierungsvorschläge für in der Praxis häufig auftretende Fragen. So enthält kein Satzungsmuster zur GmbH (Muster 1, 7 und 11) Regelungen für den Fall des Todes eines Gesellschafters. Der Nutzen der Muster für die notarielle Praxis wird weiter dadurch eingeschränkt, dass Erläuterungen dazu fast völlig fehlen bzw. der Text- und Musterteil kaum miteinander verknüpft werden. Meines Erachtens ist beispielsweise ein bloßer Formulierungsvorschlag für die Verpfändung eines Geschäftsanteils (Muster 35) ohne jegliche Erläuterungen wenig hilfreich (vgl. z.B. zur Verpfändung *Heidenhain/Meister* in: Münchner Vertragshandbuch, Band 1, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2000, FV IV.68).

Insgesamt überwiegt jedoch der positive Gesamteindruck. Für den Notar ist es zudem zweifellos eine Bereicherung, GmbH-Recht einmal aus etwas anderer Perspektive, nämlich der des Registerrichters, zu betrachten.

Notar *Michael Grötsch*, Münchberg

Böhm beschränkt seine Ausführungen auf personalistische Gesellschaften, die folgende Kriterien erfüllen: eingeschränkte Übertragbarkeit der Geschäftsanteile, Überschaubarkeit des Gesellschafterkreises und das persönliche Engagement der Gesellschafter. Diese Gesellschaftsform ist unabhängig von der konkreten rechtlichen Ausgestaltung mit Abstand am weitesten in Deutschland verbreitet. Aufgrund der engen persönlichen Beziehungen der Gesellschafter werden Konflikte meist besonders erbittert geführt. *Böhm* unter-

sucht die Konfliktursachen und stellt verschiedene Konfliktlösungsmechanismen mit ihren Vor- und Nachteilen vor.

Böhm sieht ein Konfliktpotenzial im Gesellschafterverhältnis, wenn die Gründe oder die Voraussetzungen der Kooperation ganz oder teilweise nicht mehr vorliegen und auch nicht durch andere ersetzt werden. Derartige Gründe für die Auswahl von Mitgesellchaftern sind beispielsweise deren Kapitalstärke, Arbeitskraft, besonderes Fachwissen, Eigentum an wichtigen Produktionsmitteln aber auch ein bestehendes Vertrauensverhältnis oder Familienzugehörigkeit.

Am Beispiel der Gesellschafterauseinandersetzungen bei den Unternehmen Bahlsen KG und Dornier GmbH (nach dem Einstieg der Daimler Benz AG) werden einzelne Fallgruppen möglicher Konfliktursachen gebildet. Es geht hier unter anderem um gestörte Austauschverhältnisse, Geschäftsführungsdifferenzen und gestörte Vertrauensbasis.

Unter dem Begriff „Konfliktausprägung“ versucht *Böhm* die unterschiedlichen Erscheinungsformen eines Konflikts zu kategorisieren. Mögliche Reaktionen unzufriedener Gesellschafter sind beispielsweise der Versuch, Gewinn oder Vermögen der Gesellschaft zu eigenen Gunsten umzuverteilen, oder einen Mitgesellchafter aus der Geschäftsführung zu drängen. Auch die Abwertung eines Gesellschaftsanteils z. B. durch eine Kapitalerhöhung, an der ein Mitgesellchafter mangels Liquidität nicht teilnehmen kann, oder der Ausschluss eines Gesellschafter sind gängige Mittel.

Im dritten Kapitel beschreibt *Böhm* die übliche Konfliktbehandlung eines Gesellschafterstreits. Zunächst werden die innergesellschaftlichen Konfliktlösungsmechanismen dargestellt. Der Normalfall ist auch in personalistischen Gesellschaften, dass ein Streit durch eine verhandelte Vereinbarung gelöst wird. Anhand mehrerer Beispiele werden die Chancen von Verhandlungen veranschaulicht. Da in der Praxis allerdings zahlreiche Verhandlungen scheitern, versucht *Böhm* unter Bezugnahme auf amerikanische Literatur die bestehenden Verhandlungsbarrieren zu analysieren. Neben taktischen Barrieren, also wenn ein Verhandlungspartner beispielsweise seine Interessen verschleiert, um seine Position zu verbessern, sind institutionelle Barrieren, die sich aus dem wirtschaftlichen oder rechtlichen Umfeld ergeben, häufig ein Grund für das Scheitern der Verhandlungen. Gerade bei personalistischen Gesellschaften besteht einerseits der Zwang, den Konflikt auszutragen. Denn die Möglichkeit, dem Streit auszuweichen, scheitert in der Regel daran, dass die Gesellschaftsanteile rechtlich oder tatsächlich (mangels öffentlichem Markt) nicht veräußerlich sind. Andererseits gibt es genügend Möglichkeiten, den Konflikt von der streitauslösenden Frage auf das gesamte Beziehungsgeflecht der Gesellschaft auszuweiten.

Ein weiteres Problem liegt nach *Böhm* darin, dass das Gesellschaftsrecht nur eine geringe Konfliktlösungsfunktion bietet. Konfliktursachen und die Erscheinungsform des Konflikts fallen inhaltlich oft auseinander. Die rechtliche Lösung könne nur an den nach außen getretenen Konflikt anknüpfen, ohne die tatsächliche Ursache zu beseitigen.

Als außergesellschaftliche Konfliktlösungsmechanismen sieht *Böhm* zunächst die Einschaltung Dritter, auf die sich die Parteien entweder einigen oder die jede Partei getrennt beraten. Ein Dritter kann aufgrund seiner Fachkenntnisse häufig leichter die möglichen Verhandlungsalternativen ermitteln und vergleichen als die jeweilige Partei. Auch psychologische Verhandlungsbarrieren können möglicherweise mit Hilfe eines Dritten überwunden werden.

Neben der Heranziehung eines Dritten als Berater untersucht *Böhm* die forensischen Konfliktlösungsmechanismen. Ganz in der Tradition der Mediationsbefürworter kritisiert auch *Böhm* die Verrechtlichung des Konflikts im Rahmen eines Gerichtsverfahrens. Die sachliche Verengung des Konfliktstoffes und die Ausblendung der emotionalen Seite, aber auch die mangelnde Gestaltungsmöglichkeit der Richter für die Zukunft führen nach *Böhm* dazu, dass Gerichtsverfahren weniger Konfliktlösungsmittel als vielmehr Auseinandersetzungsmittel sind.

Ähnliche Probleme sieht *Böhm* bei der Schiedsgerichtsbarkeit, wenn auch hier aufgrund der fehlenden Rechtsmittel die Bereitschaft zu einer Einigung in einem Vergleich höher scheint.

Das vierte Kapitel widmet sich der Mediation als Instrument der Konfliktlösung für personalistische Gesellschaften. Neben zahlreichen Parallelen zu zweiseitigen Verhandlungen weist *Böhm* auf folgende Unterschiede hin: Der Erfolg der Mediation beruhe unter anderem auf der Eigendynamik des Verfahrens, die darin bestehe, dass beide Seiten die Mediation als Chance zu ernsthaften Verhandlungen begreifen und der anderen Seite Kompromissbereitschaft signalisieren würden. Der Mediator sei in der Lage, insbesondere durch Einzelverhandlungen strategische und psychologische Verhandlungsbarrieren zu durchbrechen. Anders als in einem Gerichtsverfahren sei das Mediationsverfahren ergebnisoffen, da kein konkreter Klageantrag formuliert werden müsse. Im Ergebnis sieht *Böhm* daher das Mediationsverfahren als sinnvollstes Konfliktlösungsmittel für personalistische Gesellschaften an. Im letzten Kapitel schlägt er eine Mediationsklausel im Gesellschaftsvertrag vor, die aus drei Komponenten bestehen sollte. Es sollte zunächst der Tatbestand formuliert werden, der die Mediation auslöst. Neben der Mediationsverpflichtung selbst seien schließlich noch vorläufige Festlegungen zur Verfahrensgestaltung erforderlich. *Böhm* bietet folgenden Formulierungsvorschlag an¹: *„Bei allen Streitigkeiten aus diesem Vertrag sollen die Gesellschafter nach dem Scheitern von Verhandlungen vor der Einleitung eines (Schieds-) Gerichtsverfahrens ein Mediationsverfahren durchführen. Das Scheitern von Verhandlungen wird durch eingeschriebenen Brief an die Gesellschaft (den Beirat/die Person XY/den Verein XY) und die Mitgesellchafter durch eine der Vertragsparteien festgestellt. Die Durchführung eines Mediationsverfahrens ist keine Voraussetzung für die Anrufung eines (ordentlichen/Schieds-) Gerichts. Die Parteien stimmen aber überein, dass eine gütliche Einigung der gerichtlichen Entscheidung vorzuziehen ist, und daher ein Mediationsverfahren in jedem Stadium einer eventuellen Auseinandersetzung durchgeführt werden kann.“*

Die Partei, die das Mediationsverfahren durch eingeschriebenen Brief an die Gegenpartei initiiert, schlägt zugleich einen Mediator vor. Die Gegenpartei äußert sich innerhalb von zwei Wochen zu dem Vorschlag der Mediation und zu dem vorgeschlagenen Mediator. Lehnt sie den vorgeschlagenen Mediator ab, kann sie ihrerseits einen Vorschlag zu der Person des Mediators abgeben, zu dem sich die Gegenpartei innerhalb von zwei Wochen äußert. Nach Ablauf dieser Frist, spätestens aber fünf Wochen nach Zugang des Mediationsverlangens, bestimmt der Beirat/die Person XY/der Verein XY („A“) einen Mediator. Die Parteien können auch auf eigene Vorschläge verzichten und sofort A einen Mediator bestimmen lassen.“

¹ *Böhm*, S. 185 f., Fn. 557, 559.

Das vorliegende Buch von *Böhm* gehört sicherlich nicht zur Standardausstattung eines Notars. Als Fazit für die Gestaltung gesellschaftsvertraglicher Klauseln lässt sich leider nur festhalten, dass trotz ausgefeilter vertraglicher Regelungen ein Streit wahrscheinlich nicht gelöst werden kann, wenn die Gesellschafter nicht kompromissbereit sind.

Wer sich jedoch eingehender mit gesellschaftsrechtlichen Konfliktursachen und insbesondere mit innergesellschaftlichen Konfliktlösungsmechanismen beschäftigen will, findet

bei *Böhm* ein sehr anschauliches und gut strukturiertes Werk. Vor allem die Kollegen, die über die obligatorischen Verfahren des Schlichtungsgesetzes hinaus Interesse an Schlichtungen zwischen Gesellschaftern haben oder auch als Schlichtrichter in entsprechenden Verfahren berufen sind, finden hier Anregungen, die über die übliche juristische Literatur hinausgehen.

Notarassessorin *Dr. Annette Schneider*, Eichstätt

Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Naturschutzrecht in Bayern, Stand 1.8.2000, Verlagsgruppe Jehle-Rehm, 17. EL, 218 Seiten, DM 109,- u. 18. EL, 234 Seiten, DM 98,- (Grundwerk DM 168,-)

Die 17. und die 18. Ergänzungslieferung des Standardwerkes zum Bayerischen Naturschutzrecht bringen die Kommentierung auf den Stand von August 2000. Allerdings ist hierzu noch die 19. Ergänzungslieferung notwendig und bereits geplant. Im Hinblick auf die Preisgestaltung wird sich der potenzielle Käufer überlegen, ob er mit einem Kauf des Standardwerkes nicht bis zum Erscheinen der letzten Ergänzungslieferung warten soll. Dies ist umso bedauerlicher, als die Bedeutung des Naturschutzrechtes auch für den zivilen Grundstücksverkehr zunehmen wird. Die Verknüpfungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zeigen nicht nur die von *Fischer-Hüftle* teilweise neu kommentierten Betretungsrechte der Art. 21 ff. BayNatSchG und das Zutrittsrecht für Bedienstete und Beauftragte der zuständigen Behörden (Art. 48 BayNatSchG, neu kommentiert von Brenner). Besondere Bedeutung für die notarielle Praxis werden die ab 1.1.2001 auch in Bayern notwendigen Kompensationsmaßnahmen und der sich daran anknüpfende Kostenausgleich erlangen (vgl. hierzu *Fischer-Hüftle*, vor Art. 6 Rdnr. 27 ff.). Eng damit im Zusammenhang steht die zunehmende Bedeutung des Vorkaufsrechtes nach Art. 34 BayNatSchG, dessen Kommentierung *Fischer-Hüftle* nunmehr nochmals überarbeitet und im Hinblick auf die Verbindungen zum Grundstücksverkehr vertieft hat. Er zeigt

auch Fallstricke für die Vertragsgestaltung auf. Beispiel ist der verfrühte Kaufvertrag, wenn gleichzeitig ein Adoptionsverfahren läuft (Rdnr. 15), wobei allerdings fraglich ist, ob insoweit nicht eine verfassungsrechtliche Einschränkung geboten ist, wenn das Adoptionsverfahren unabhängig von dem Verkauf durchgeführt wird. Naturschutzrechtliche Vorkaufsrechte sind, insbesondere bei Seeufergrundstücken, bei den Betroffenen nicht sehr beliebt, für die sie sich meist als Entgeignung darstellen. Dies gilt insbesondere bei der Ausübung eines limitierten Vorkaufsrechtes; langjährige Rechtstreitigkeiten sind meist Folge einer diesbezüglichen Vorkaufsausübung. Hierzu sollte der Grundstückskaufvertrag, wenn die Ausübung eines Vorkaufsrechtes zu erwarten ist, zumindest hinsichtlich des Schwebezustandes zwischen Eigentümer und Erstkäufer eine Regelung enthalten. Es kann sich für die Beteiligten empfehlen, die Frage der Vorkaufsausübung vor Beurkundung eines Grundstückskaufs einvernehmlich mit der Behörde zu klären. Ein gegebenenfalls mehrpoliger öffentlich-rechtlicher Vertrag bietet hierzu eine Möglichkeit. Hierauf weist *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 7. Aufl. 1999, § 28 Rdnr. 19 hin.

Ein Notar, der die Beteiligten sachverständig beraten will, benötigt eine sachverständige Kommentierung des Bayerischen Naturschutzgesetzes. Hierzu kann das Standardwerk von *Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle* nur wärmstens empfohlen werden; allerdings sollte der Verlag seine Preisgestaltung anlässlich der Überarbeitung überdenken.

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

Hagen/Brambring, Der Grundstückskauf. Höchstrichterliche Rechtsprechung und notarielle Gestaltungshinweise. 7. Auflage 2000. RWS-Verlag Kommunikationsforum Köln, XXX. u. 466 Seiten, DM 96,-

Das RWS-Skript des ehemaligen Vizepräsidenten des BGH und langjährigen Vorsitzenden des für Grundstückssachen zuständigen Senats, Prof. *Dr. Horst Hagen* und des durch zahlreiche Veröffentlichungen und Mitherausgeberschaften bekannten Notars, Prof. *Dr. Günter Brambring* ist den Notaren ohnehin bekannt. Die Besprechung kann sich deshalb auf das Notwendigste beschränken. Wie bisher stellt der von *Hagen* bearbeitete Teil A, der mehr als zwei Drittel des Buches ausmacht, die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Grundstückskauf umfassend und aktuell dar. Dabei werden auch öffentlich-rechtliche Verträge und weitere Sonderformen des Grundstückserwerbs (ausgenommen Bauträgerverträge und sonstige Baumodelle) mit einbezogen. Die Darstellung ist

spannend und für den Praktiker im Grundstücksrecht äußerst wohlthuend, da sie trotz der hervorragenden Sachkompetenz des Autors nie besserwisserisch wirkt. Sachlich bringt die Bezugnahme auf die höchstrichterliche Rechtsprechung freilich eine wichtige Einschränkung, da sie sich auf das bereits Entschiedene beschränkt und damit künftige Entwicklungen einschließlich einer Rechtsprechungsprognose nicht enthält.

Hierzu enthält der 2. Teil von *Brambring*, der die formellen Pflichten, aber auch die materielle Gestaltung des Grundstückskaufs im Hinblick auf die wechselseitige Absicherung der Parteien zum Gegenstand hat, wertvolle Hinweise. Eingearbeitet ist bereits das missglückte Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000, das *Brambring* (Rdnr. 685) zu Recht als verfehlt und korrekturbedürftig bezeichnet, Streitfragen über die richtige Ausgestaltung des Grundstückskaufs (insbesondere die Auseinandersetzung über die Beurkundung der Auflassung und die Abwicklung über Notaranderkonto) werden ausführlich behandelt, desgleichen die Möglichkeit von Zwangsvollstreckungsunterwerfungen in nota-

rieller Urkunde und die sich diesbezüglich aus der Rechtsprechung ergebenden Einschränkungen in Verbraucherverträgen (vgl. Rdnr. 94 ff., 623 ff., 645 ff.).

Die von *Hagen* und *Brambring* behandelten Problemfälle sowie die „Zwei-Pflichten-Theorie“ des BGH zur Belehrung über ungesicherte Vorausleistungen und zur Vermeidung von Risiken sind geeignet, Lesern unruhige Nächte zu verschaffen. Zutreffend weist allerdings *Brambring* (Rdnr. 633) darauf hin, dass auch der Bundesgerichtshof in seinen Lösungsvorschlägen nicht unfehlbar ist. Mitunter hätten nämlich auch sie nicht zu einer ausgewogenen Vertragsgestaltung geführt. Demgegenüber sind den Autoren kaum Fehler nachzuweisen.

Juris Formular für Windows Bundesrecht CD ROM Stand August 2000, DM 490,- je Lieferung zzgl. MwSt. (Abonnement, 2 Lieferungen je Jahr); einmaliger Bezug DM 690,- zzgl. MwSt.

Die juris GmbH betreut das juristische Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland. Das Projekt entstand bereits in den 70er Jahren unter Federführung des Bundesministeriums der Justiz. Die Dokumentation von Normen gehört zu einem der Aufgabenbereiche von juris. Sie erfolgt durch das für die Rechtsförmlichkeitsprüfung zuständige Bundesministerium der Justiz. Die juris GmbH darf inhaltliche Änderungen nicht vornehmen.

Die CD speichert alle Vorschriften, die im Fundstellennachweis des Bundesgesetzblatts A aufgeführt sind, im Langtext. Nachgewiesen werden alle aktuell gültigen und vorausgegangen Fassungen.

Wer den Umgang mit dem BGBI, vor allem bei der Suche nach einer bestimmten Fassung einer Vorschrift, gewöhnt ist, wird von der Software (Version 3.0 und neuer) angenehm überrascht sein. Die Suche erfolgt je nach Anforderung nach Norm, Text oder Überschrift, Fassungsdatum, Fundstelle im BGBI, Typ (etwa Gesetz oder Verordnung) usw. Nach Abschluss des Suchvorgangs erscheint eine Übersicht über alle Fundstellen. Die Fundstellen mit Kurzbezeichnung der Norm lassen sich mit einem Blick erfassen und optisch vorsortieren. Wird der Langtext aufgerufen, kann in der Vorschrift nach Belieben nach vorne oder hinten geblättert werden oder man

Langenfeld, Gerrit: Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 4. Auflage, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 427 Seiten, mit Mustertexten auf Diskette, DM 98,-

Nach nur vier Jahren liegt die Neuauflage des *Langenfeld'schen* Standardwerks zur Vertragsgestaltung zwischen Ehegatten vor. Das Werk wurde im Hinblick auf die umfangreichen Änderungen durch die familienrechtlichen Reformgesetze des Jahres 1998 aktualisiert. Gleichzeitig hat es eine inhaltliche Erweiterung, insbesondere im Hinblick auf ehebezogene Rechtsgeschäfte und Scheidungsvereinbarungen, erfahren. Sein Umfang ist deswegen auch um weitere rund 100 Seiten angewachsen, wobei erfreulicherweise der Verkaufspreis konstant blieb.

Lediglich das Literaturverzeichnis bedürfte der Vervollständigung und Aktualisierung. Ferner sollte im 2. Teil eine Angleichung an die Zitierweise der Rechtsprechung mit Entscheidungsdatum und Aktenzeichen erfolgen, um so die Auffindbarkeit der teilweise aus abgelegenen Zeitschriften zitierten Entscheidungen zu erleichtern. Das Werk ist bereits jetzt unverzichtbar. Es würde für die Grundstückspraxis noch besser, wenn die Verbindung zwischen beiden Teilen und die Darstellung von sich möglicherweise ergebenden Problemen, insbesondere auch im Hinblick auf das AGB-Gesetz und die Inhaltskontrolle von notariellen Verträgen, erfolgen würden.

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

kehrt zur Übersicht zurück. Beziehungen der Rechtsvorschriften untereinander werden durch „Anklicken“ erschlossen. Gefundene Texte können kopiert und in Textverarbeitungssysteme übernommen werden.

Die Installation erfolgt einfach über eine CD-Rom. Die Datenbank kann ohne Aufwand auf die Festplatte kopiert werden. Die optische Qualität ist sehr gut. Hohe Suchgeschwindigkeit bei geringem Speicheraufwand bieten einen schnelleren Zugriff als bei etwa der Beck'schen Notar CD. Mit der Datenbank lässt sich täglich und angenehm arbeiten. Sie ersetzt Schönfelder und Sartorius. Allerdings sollte man einen guten, großen Bildschirm verwenden.

Vor allem werden binnen Sekunden entfernte Rechtsgebiete erschlossen. Wer die aktuellen Regelsätze bei Kindesunterhalt oder die Bestimmungen des SGB zu Kindererziehungszeiten benötigt, dem wird ebenso rasch geholfen, wie bei der Suche nach der Altfassung der Schiffsregisterverordnung.

Die CD bietet Authentizität und seit Jahrzehnten gepflegte, amtlich dokumentierte Aktualität, mit regelmäßigen Neuauflagen. Das macht sie den Billigangeboten anderer Anbieter überlegen. Zugleich sind die jahrzehntelang aufbewahrten Bände des BGBI überflüssig und im Grunde wertlos geworden. Es genügt die Aufbewahrung der Blätter seit der letzten Aktualisierung. Angebote und Preislisten sowie Testversionen können im Internet unter <http://www.juris.de> eingesehen werden. Anstelle des Abonnements ist auch ein einmaliger Bezug zum Preis von DM 690,- zzgl. MwSt. möglich.

Notar *Gerhard Weichselbaumer*, Augsburg

In der Darstellungsweise hält *Langenfeld* an dem bisherigen Aufbau fest, erweitert aber von 8 auf 10 Kapitel: In Kapitel 1 wird wie bislang das Basiswissen über Ehevertrag und Scheidungsvereinbarung (Vertragsfreiheit, Schranken, Form, Abgrenzung zueinander und zur Getrenntlebensvereinbarung) vermittelt. Kapitel 2 gibt einen Überblick über das geltende Eherecht. Kapitel 3 ist für die Vertragsgestaltung zwischen Ehegatten von essentieller Bedeutung, da dort das Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht (v. a. Zugewinnausgleich, Behandlung von Ehegattenzuwendungen und -schenken bei Scheitern der Ehe, Gesamtschuldnerausgleich, Versorgungsausgleich, Ehegattenunterhalt) erläutert wird. Die in diesem Kapitel außerdem vorhandenen Ausführungen über Kindesunterhalt, elterliche Sorge und Umgangsrecht wurden dem neuen Gesetzesstand nach In-Kraft-Treten des KindRG

und KindUntG angepasst und gleichzeitig erweitert. Mit Kapitel 4 („Eheverträge“) wendet sich *Langenfeld* der eigentlichen Vertragsgestaltung zu, indem dort neben Gütertrennung und Gütergemeinschaft insbesondere die ehevertraglichen Vereinbarungsmöglichkeiten im Rahmen der Zugewinnngemeinschaft, hinsichtlich des Versorgungsausgleichs und des Unterhalts dargestellt werden. Auch auf sonstige Regelungsinhalte von Eheverträgen (wie z. B. erbrechtliche Vereinbarungen), Fragen der Auslandsberührung und Rechts- und Steuerfragen des Güterstandswechsels wird in diesem Kapitel eingegangen. Diesem „theoretischen“ Teil über die Ehevertragsgestaltung korrespondiert der im 8. Kapitel enthaltene „praktische“ Teil über die Ehevertragsgestaltung nach Eheypen, für die *Langenfeld* schließlich bekannt ist. Parallel dazu wird im 5. Kapitel alles Wissenswerte über Inhalt und Ausgestaltung von Getrenntlebens- und Scheidungsvereinbarungen erläutert, während in dem neu aufgenommenen 10. Kapitel konkrete Formulierungsmuster für einzelne Fallgruppen (wie z. B. Scheidungsvereinbarung nach kurzer, kinderloser Doppelverdienerhe, Scheidungsvereinbarung nach Hausfrauenehe mit Kindern ohne bzw. mit Grundbesitz, usw.) zu finden sind. Abgerundet wird die Darstellung von *Langenfeld* durch ein Kapitel über Vorsorgemaßnahmen außerhalb des Ehevertrags, wie z. B. Vollmachten oder „Scheidungsklauseln“ bei Ehegattenzuwendungen (Kapitel 6), einen Überblick über Kosten und Gebühren von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen (Kapitel 7) sowie ein neues Kapitel über „ehebezogene“ Rechtsgeschäfte, wie z. B. unbenannte Zuwendungen zwischen Ehegatten, Zuwendungen an Schwiegerkinder oder Vermögensgesellschaften zwischen Ehegatten, jeweils mit Formulierungsbeispielen (Kapitel 9).

Seinen Platz als Klassiker für die Vertragsgestaltung zwischen Ehegatten hatte das Handbuch von *Langenfeld* bereits mit den Voraufagen zu Recht erobert. Mit der Neuauflage ist es ihm gelungen, dem Anspruch, den man an ein solches Werk stellt, weitgehend gerecht zu werden. Dies gilt auch im Hinblick auf das Kindesunterhalts-, das Sorge- und das Umgangsrecht, das gegenüber der Neuauflage nicht nur notwendigerweise aktualisiert, sondern gleichzeitig vertieft wurde. Auch für die Aufnahme von Formulierungsmustern zu den wichtigsten ehebe-

zogenen Rechtsgeschäften bzw. Scheidungsvereinbarungen in den neuen Kapiteln 9 und 10 kann man *Langenfeld* nur dankbar sein. Denn diesbezüglich mangelt es zwar nicht unbedingt an brauchbarer Vertiefungsliteratur, wohl aber an Formulierungsbeispielen, die als Formulierungshilfen und gleichermaßen als Checklisten für die eigene Vertragsgestaltung herangezogen werden können.

Das Problem der – im Rahmen eines Handbuchs unvermeidlichen – inhaltlichen Wiederholungen ist dagegen m. E. nicht ganz befriedigend gelöst. Hier könnte noch konsequenter mit Verweisungen gearbeitet werden, um z. T. identische Erläuterungen (wie z. B. in den Rdnr. 168 ff. und 1001 ff. bei den ehebedingten Zuwendungen oder in den Rdnr. 718 ff. und 985 hinsichtlich der pflichtteilsrechtlichen Folgen eines Güterstandswechsels in die Gütergemeinschaft) zu vermeiden. Für ein Handbuch i. S. eines Nachschlagewerks für ein bestimmtes Fachgebiet wäre es m. E. auch wünschenswert gewesen, wenn in den Fußnoten in größerem Umfang auf die in den letzten Jahren zahlreich erschienenen Vertiefungsaufsätze zu Einzelproblemen hingewiesen worden wäre. Dies ist zugegebenermaßen nicht ganz einfach, da die familienrechtliche Spezialliteratur, auch im Bereich der Zeitschriften, in letzter Zeit stark angewachsen ist (so gibt es neben der „FamRZ“ mittlerweile auch die „FuR“ – Familie und Recht –, die „FPR“ – Familie, Partnerschaft, Recht –, die „FF“ – Forum Familien- und Erbrecht – sowie die „NJWE-FER“ – Entscheidungsdienst der NJW für Familien- und Erbrecht). Zumindest in den Bereichen, in denen eine bestimmte Materie nur in Grundzügen dargestellt wird, wie dies z. B. im Kindesunterhaltsrecht (Rdnr. 306 ff., 1051 ff.) der Fall ist, wäre eine Angabe von (dem Notar zugänglicher) Vertiefungsliteratur, z. B. in Form von DNotZ-Aufsätzen (vgl. zum KindUntG *Riemann*, DNotZ 1998, 456 ff.), äußerst hilfreich gewesen. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass eine „schlanke“ Darstellungsweise die Verständlichkeit gerade dogmatisch schwieriger Rechtsbereiche fördert. So habe ich bis heute keine Abhandlung gesehen, in der das Problem der Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen im Scheidungsfall ähnlich übersichtlich und plausibel erläutert wurde wie „im *Langenfeld*“.

Rechtsanwältin *Dr. Gabriele Müller*, Würzburg

Schwarzmann/Walz, Das Bayerische Schlichtungsgesetz, Kommentar und Leitfaden zur Verhandlungsführung für den Schlichter; Richard Boorberg Verlag; 187 Seiten; DM 45,-

Wer sich als Jurist mit der Anwendung eines neuen Gesetzes zu befassen hat, ist für die Bereitstellung eines Kommentars naturgemäß dankbar. Für das Bayerische Schlichtungsgesetz liegt bereits kurze Zeit nach In-Kraft-Treten das gelungene Werk der Kollegen *Johannes Schwarzman* und *Robert Walz* vor.

Neben dem Abdruck der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen (einschließlich § 15a EGZPO) im ersten Teil enthält das Buch als zweiten Teil eine Kommentierung des BaySchlG, als dritten Teil eine Einführung zur Verhandlungsführung durch den Schlichter sowie als abschließenden vierten Teil eine Sammlung der von der Landesnotarkammer

Bayern zur Verfügung gestellten Musterformulare zur Durchführung eines Schlichtungsverfahrens.

Dem Vorwort zufolge soll dem Leser „eine erste Landkarte an die Hand gegeben werden“, um sich bei Problemen der Praxis schnell orientieren zu können. Trotz der kurzen Vorlaufzeit sowie der Erstellung der Gesetzeserläuterung ohne jede tatsächliche Anwendungsmöglichkeit, kann ohne Zweifel festgestellt werden, dass die Autoren ihr Ziel erreicht haben und dem Leser ein kompakter praxisorientierter Kommentar zur Verfügung gestellt wird.

Der Kommentierung des BaySchlG im zweiten Teil des Buches gelingt es, mit stetem Blick auf die Grundbestimmung des § 15a EGZPO zu erahnen, welche Anwendungsprobleme die landesgesetzliche Umsetzung aufwerfen könnte. Dabei zeigt sich, dass das Werk nicht nur den Schlichtern, sondern auch Parteivertretern und Richtern, die in Kontakt mit dem BaySchlG kommen werden, sehr gute Dienste leisten wird.

So finden sich Ausführungen zu den Folgen der Anrufung einer örtlich unzuständigen Schlichtungsstelle (Erläuterung zu Art. 6 BaySchlG, S. 84) ebenso wie zur Frage einer Nachbesetzung unvollständiger Erfolglosigkeitsbescheinigungen im Prozess (Erläuterung Nr. 9 zu Art. 4 BaySchlG S. 71), zur Behandlung einer Fehleinschätzung des Schlichters zum Erfordernis der Durchführung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens (Erläuterung Nr. 5 zu Art. 1 BaySchlG, S. 38) sowie zur Durchführung eines Schlichtungsverfahrens im Falle einer Antragshäufung (Erläuterung Nr. 6 zu Art. 1 BaySchlG, S. 39) und die Lösung des Falles einer Säumnis sämtlicher Parteien im Schlichtungstermin (Erläuterung Nr. 4 zu Art. 11 BaySchlG, S. 121).

Es liegt in der Natur der Sache, dass bei einer unter großem Zeitdruck verfassten Erstkommentierung nicht sämtliche Einzelfragen umfassend behandelt sein können. Die folgenden Anmerkungen zu vier Detailproblemen mindern daher in keiner Weise den Wert der hilfreichen Darstellungen, regen aber die Kommentatoren möglicherweise zu weiteren Erläuterungen in einer zweiten Auflage an:

1. *Schwarzmann/Walz* betonen an einigen Stellen (z.B. in der Erläuterung Nr. 5 zu Art. 9 BaySchlG, S. 106), dass bei Entgegennahme des Antrags gemäß Art. 9 BaySchlG für den Schlichter keine Verpflichtung besteht, den Schlichtungsantrag dem Antragsgegner mitzuteilen. Nach der bislang für Güteverfahren entwickelten Ansicht, von welcher der Gesetzgeber auch für die obligatorische Streitschlichtung ausging (vergleiche LT-DR. 14/2265, S. 12), hat erst die Mitteilung an den Antragsgegner die in § 209 Abs. 2 Nr. 1 a BGB vorgesehene verjährungsunterbrechende Wirkung. Zumindest für den Notar als Schlichter ist in diesem Zusammenhang nunmehr auf § 2 Abs. 3 der Bayerischen Güteordnung für Notare (abgedruckt im letztjährigen Sonderheft „Schlichtung und Mediation“ der MittBayNot, S. 71 f.) hinzuweisen, wonach der Notar unverzüglich die Zustellung des Güteantrags an den Antragsgegner zu veranlassen hat. Dies gilt infolge der Bezugnahme in § 1 Abs. 3 Nr. 2 der genannten Güteordnung auch im Verfahren nach Art. 5 ff. BaySchlG. Ob eine derartige Mitteilungspflicht des Schlichters auch dem Gesetz selbst inzident zu entnehmen ist, darf trotz der Bestimmung des Art. 9 Satz 3 BaySchlG, der von einer „förmlichen Mitteilung“ spricht, angesichts der grundsätzlichen Wesensverschiedenheit von Ladung (zu welcher der Schlichter nach Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BaySchlG verpflichtet ist) und Antragsmitteilung (zu der das Gesetz keine näheren Bestimmungen enthält) meines Erachtens mit den Autoren bezweifelt werden.

2. Ebenso wird von *Schwarzmann/Walz* zu Recht die sprachliche Unterscheidung zwischen der „Vereinbarung zur Konfliktbeilegung“ in Art. 12 BaySchlG und der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung auf Grund eines vor dem Schlichter der Gütestelle geschlossenen „Vergleichs“ (Art. 18 BaySchlG, § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) hervorgehoben (Erläuterung Nr. 2 zu Art. 18 BaySchlG, S. 140). Eine streitbeilegende Lösung ist somit nur dann kraft Gesetzes Vollstreckungstitel, wenn sie sich als Vergleich darstellt, also ihr ein gegenseitiges Nachgeben zugrunde liegt. Ob bereits der Abschluss der Vereinbarung nach Art. 12 BaySchlG stets infolge der streitentziehenden Wirkung einer schriftlichen Niederlegung als ausreichendes Nachgeben beider Seiten angesehen werden kann, wird im Kommentar leider nicht behandelt. Unerwähnt bleibt in diesem Zusammenhang auch die Möglichkeit des Gesetzgebers, mit der Regelung des Art. 12 BaySchlG von der Ermächtigung des § 801 ZPO Gebrauch zu machen. Ob jede Konfliktbeilegung stets ein Vollstreckungstitel ist, hat Bedeutung auch für die Frage, ob im Falle eines Rechtsstreits über die getroffene Konfliktbeilegung erneut ein Schlichtungsver-

fahren durchgeführt werden muss. Zumindest Klagen nach §§ 795, 797a Abs. 3, 797 Abs. 5 i.V.m. § 767 ZPO bedürfen gemäß § 15a Abs. 2 Nr. 6 EGZPO keiner vorherigen obligatorischen Streitschlichtung. In der Erläuterung Nr. 5 zu Art. 12 BaySchlG (S. 126) kommt dies bei *Schwarzmann/Walz* nicht deutlich zum Ausdruck.

3. Kurz geraten sind die Ausführungen zur Bindung der Parteien an eine getroffene konfliktbeilegende Vereinbarung gemäß Art. 12 BaySchlG. So heißt es bei *Schwarzmann/Walz* in der Einleitung (S. 30) lediglich, das Verfahrensergebnis entfalte „keine Rechtskraft“. Später findet sich die Aussage, eine derartige Vereinbarung habe eine „Neuordnung der materiellen Rechtslage“ zur Folge (Erläuterung Nr. 5 zu Art. 12 BaySchlG, S. 126). Zutreffend dargestellt ist dagegen zweifellos, dass die schriftliche Niederlegung der Vereinbarung nicht weitergehende Formerfordernisse ersetzen kann, da dem Landesgesetzgeber hierfür die erforderliche Zuständigkeit fehlt (Erläuterung Nr. 3 zu Art. 12 BaySchlG, S. 124 f.).

4. Hingewiesen sei schließlich auf die Möglichkeit der „sonstigen Gütestellen“ nach § 15a Abs. 3 EGZPO, im Rahmen der „einverständlichen obligatorischen Schlichtung“ Erfolglosigkeitsbescheinigungen zur Vorlage vor Gericht zu erstellen. Die Feststellung von *Schwarzmann/Walz*, dies sei „nach Bundesrecht nicht vorgesehen“ (Erläuterung Nr. 3 zu Art. 4 BaySchlG, S. 67), übersieht die Regelung in § 15a Abs. 3 Satz 3 EGZPO, in welcher auf die Bestimmung des § 15a Abs. 1 Satz 2 EGZPO mit dem Erfordernis der Beibringung einer Erfolglosigkeitsbescheinigung ausdrücklich Bezug genommen wird. Der fast unvermeidlichen Gefahr, sich im Labyrinth der §§ 794 ff. ZPO, § 15a EGZPO und der landesgesetzlichen Umsetzung zu verirren, entgehen somit *Schwarzmann/Walz* wie leider auch der Gesetzgeber (erkennbar z. B. an der systematisch verfehlten Stellung der Bestimmung des Art. 5 Abs. 3 BaySchlG) nicht immer.

Der im dritten Teil des Buches präsentierte Beitrag „Verhandlungsführung durch den Schlichter“ beruht auf dem im letztjährigen Sonderheft „Schlichtung und Mediation“ der MittBayNot veröffentlichten Aufsatz „Eine Basisstrategie zur vorprozessualen Mediation“ von *Robert Walz*. Die in der praktischen Umsetzung sehr nützlichen Ratschläge für die Gestaltung eines Schlichtungstermins zeigen Wege auf, die auch unter Berücksichtigung der zu erwartenden Widerstände der Beteiligten eine Einigung möglich erscheinen lassen.

Im vierten Teil findet der Benutzer die Musterformulare der Landesnotarkammer Bayern zur Durchführung eines Schlichtungsverfahrens. Diese sind zwar auch im letztjährigen Sonderheft „Schlichtung und Mediation“ der MittBayNot enthalten. Der erneute Abdruck neben der Kommentierung erlaubt aber dem Schlichter den unmittelbaren und schnellen Zugriff im selben Buch.

Die Darstellung der Autoren endet mit einem kurzen Abschnitt unter der Überschrift „Erfolgreiche Schlichtung“. In jeder Hinsicht ist dem Gesetzesprojekt „Schlichtung“, ebenso wie den einzelnen konkret vorzunehmenden Schlichtungen, aber auch dem erfreulichen Werk von *Schwarzmann/Walz* großer Erfolg zu wünschen. Der dort getroffenen abschließenden Aussage, dass eine Schlichtungstätigkeit stets auf der Basis sozialen Verantwortungsgefühls beruhen und nicht mit dem Ziel der Gewinnmaximierung für den Schlichter durchgeführt werden sollte, darf ich mich mit voller Überzeugung anschließen.

Notarassessor *Alexander Krafka*, Bad Reichenhall

Bürgerliches Recht

1. BGB § 134; MaBV § 3 Abs. 2 (Fassung 7.11.1990), § 12; GewO § 34 c (*Anwendbarkeit der MaBV bei nichtigem Ratenzahlungsplan*)

- a) **Eine Abschlagszahlungsvereinbarung in einem Bauträgervertrag ist insgesamt nichtig, wenn sie zu Lasten des Erwerbers von § 3 Abs. 2 MaBV abweicht.**
- b) **Die Nichtigkeit der Abschlagszahlungsvereinbarung führt nicht zur Nichtigkeit der übrigen vertraglichen Vereinbarungen.**
- c) **Der Abschlagszahlungsplan des § 3 Abs. 2 MaBV tritt nicht als Ersatzregelung an die Stelle einer nichtigen Abschlagszahlungsvereinbarung.**
- d) **An die Stelle einer nichtigen Abschlagszahlungsvereinbarung tritt § 641 Abs. 1 BGB.**

BGH, Urteil vom 22.12.2000 – VII ZR 310/99 –

Zum Sachverhalt:

Die Beklagte warb für ein von ihr in B. zu erstellendes Mehrfamilienhaus mit einem Prospekt, der Flächenangaben zu den geplanten Wohnungen enthielt. Die Klägerin und ihr Ehemann – Kläger des Parallelverfahrens VII ZR 311/99 – interessierten sich für die beiden Wohnungen im Dachgeschoss des Hauses. Die Abschlagszahlungsvereinbarung in § 4 Nr. 3 des Vertrages entspricht weitgehend § 3 Abs. 2 MaBV (Fassung vom 7.11.1990). Die erste Abschlagszahlung sollte abweichend von § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV nicht erst mit Beginn der Erdarbeiten, sondern bereits „nach Vertragsabschluss“ fällig werden. § 8 Nr. 3 des Vertrages sieht eine förmliche Abnahme vor; ausstehende „geringfügige Fertigstellungsarbeiten oder Ausbesserungen“ sollten den Erwerber nach § 8 Nr. 2 des Vertrages nicht zur Abnahmeverweigerung berechtigen. Die Wohnungen sollten spätestens zum 31.12.1994 bezugsfertig werden.

Die Fertigstellung verzögerte sich. Die Klägerin konnte ihre Wohnung erst im Mai 1995 beziehen. Eine förmliche Abnahme führten die Parteien nicht durch. Die Beklagte bat mit Schreiben vom 1.6.1995 um Zahlung der vierten und der fünften Rate und für noch ausstehende Restarbeiten um Geduld. Die Schlussabrechnung der Beklagten vom 28.9.1995 erwähnt einerseits Mängelbeseitigungsarbeiten, andererseits Mehraufwand für Sonderwünsche. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die Klägerin zahlreiche Mängelrügen erhoben.

Nachdem die Beklagte angekündigt hatte, dass sie wegen des rechnerisch offenen Rest-„Kaufpreises“ von 191.177 DM, der sich aus der sechsten Abschlagsforderung und einem Restbetrag aus der fünften Abschlagsforderung zusammensetzt, und vermeintlich aufgelaufener Verzugszinsen in Höhe von 16.207,90 DM aus der notariellen Urkunde vollstrecken werde, hat die Klägerin Vollstreckungsgegenklage erhoben.

Das Landgericht hat der Klage wegen der Zinsen insgesamt stattgegeben, wegen der Hauptforderung nur insoweit, als wegen eines 148.145,20 DM übersteigenden Betrages vollstreckt wird. Die Berufung blieb erfolglos. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag weiter, die Zwangsvollstreckung insgesamt für unzulässig zu erklären. Diese hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

II.

(...)

III.

1. (...)

2. (...) Maßgeblich für die Fälligkeit der Hauptforderung ist nicht die vertragliche Vereinbarung über die Abschlagszahlungen, weil diese Vereinbarung nichtig ist (a). An die Stelle dieser nichtigen Regelung tritt § 641 Abs. 1 BGB (b). Eine ergänzende Vertragsauslegung dahingehend, dass der Erwerber die Abschlagszahlungen entsprechend § 3 Abs. 2 MaBV schuldet, ist nicht möglich (c). Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts tragen dessen Annahme nicht, die Klägerin habe das Werk der Beklagten abgenommen oder sei doch dazu verpflichtet gewesen (d).

a) Der Abschlagszahlungsplan des Vertrages ist nichtig (§ 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB), weil er zum Nachteil der Klägerin von § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV a.F. abweicht.

(1) § 12 MaBV verbietet dem Gewerbetreibenden den Abschluss einer Abschlagszahlungsvereinbarung, die zu Lasten des Erwerbers von § 3 Abs. 2 MaBV abweicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs richten sich die zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen § 12 MaBV nach § 134 BGB (BGH, Urteil vom 22.10.1998 – VII ZR 99/97, BGHZ 139, 387, 391 = ZfBR 1999, 93 = BauR 1999, 53).

(2) Die Vereinbarung zur Fälligkeit der ersten Abschlagszahlung weicht von § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV a.F. zu Lasten des Erwerbers ab; die erste Abschlagszahlung sollte bereits nach Abschluss des Vertrages fällig werden und nicht, wie es die MaBV vorsieht, frühestens nach Beginn der Erdarbeiten.

(3) Die Abschlagszahlungsvereinbarung ist aufgrund dieses Verstoßes gegen § 12 MaBV gemäß § 134 BGB nichtig (aa). Die Nichtigkeit beschränkt sich nicht auf die Fälligkeitsvereinbarung zur ersten Abschlagszahlung (bb). Die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen bleibt unberührt (cc).

aa) Die Frage, ob verbotswidrige Rechtsgeschäfte nach § 134 BGB nichtig sind, ist aus Sinn und Zweck der jeweiligen Verbotsvorschrift zu beantworten. Entscheidend ist, ob das Gesetz sich nicht nur gegen den Abschluss des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg. Die Nichtigkeit kann im Ausnahmefall auch aus der Verletzung einseitiger Verbote folgen, falls der Zweck des Gesetzes nicht anders zu erreichen ist und die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung nicht hingenommen werden kann (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 22.10.1998 – VII ZR 99/97, BGHZ 139, 387, 391 f. = ZfBR 1999, 93 = BauR 1999, 53 m.w.N. [=MittBayNot 1998, 458]). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Verbotsvorschrift des § 12 MaBV richtet sich nur gegen den Bauträger (vgl. BGH, Urteil vom 22.10.1998, a.a.O.). § 3 Abs. 2 MaBV bezweckt mit dem Verbot den Schutz des Erwerbers. Er soll davor geschützt werden, dass der Bauträger Vermögenswerte entgegennimmt, ohne dass der mit § 3 Abs. 2 MaBV bezweckte Mindestschutz gewährleistet ist (BGH, Urteil vom 22.10.1998, a.a.O.). Dieser Schutz ist nur durch die Nichtigkeit der Abschlagszahlungsvereinbarung zu erreichen.

bb) Die Nichtigkeit der Abschlagszahlungsvereinbarung beschränkt sich nicht auf die Vereinbarung zur ersten Abschlagszahlung, die früher als zu dem in § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV genannten Zeitpunkt fällig werden sollte. Eine bauver-

tragliche Fälligkeitsregelung wie die im vorliegenden Fall vereinbarte ist nicht teilbar. Ein bei Teilnichtigkeit verbleibender Rest würde die Fälligkeit der Forderung des Bauträgers nur noch unvollständig regeln und es bliebe offen, wann der Erwerber eine von der Teilnichtigkeit betroffene Abschlagszahlung zu leisten hätte. Eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolge würde dem Schutzzweck der §§ 3, 12 MaBV widersprechen. Diese Vorschriften sollen zur Sicherheit des Erwerbers verhindern, dass Abschlagszahlungen ohne einen entsprechenden Bautenstand geleistet werden. Das ließe sich mit bloßer Teilnichtigkeit nicht erreichen. Der Erwerber wird deren Folgen für die Vereinbarung über die Abschlagszahlungen regelmäßig nicht überblicken und auf unberechtigte Forderungen zahlen.

cc) Die Nichtigkeit ist auf die Abschlagszahlungsvereinbarung beschränkt. Aus dem Zweck der Verordnung, den Erwerber vor Vermögensschäden zu schützen, ergibt sich, dass die Nichtigkeit der Abschlagszahlungsvereinbarung nicht zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führt.

b) Der Bundesgerichtshof hat bisher nicht die umstrittene Frage entschieden, was an die Stelle einer Abschlagszahlungsvereinbarung tritt, die auf Grund eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 2 MaBV nach § 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB nichtig ist (vgl. Urteil vom 20.1.2000 – VII ZR 224/98, NJW 2000, 1403 ff.; Urteil vom 24.11.1983 – VII ZR 34/83, BauR 1984, 173 ff. = NJW 1984, 869 f.). Das Schrifttum nimmt überwiegend an, die dem Bauträger zustehende Forderung werde in solchen Fällen zu den in § 3 Abs. 2 MaBV genannten Zeitpunkten fällig (*Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 2. Aufl., Rdnr. 176; *Drasdo*, NZM 1999, 1, 4; *Kanzleiter*, WiVerw 1981, 96, 100; *Korbion/Locher*, AGB-Gesetz und Bauerrichtungsverträge, 3. Aufl., S. 246 f.; *Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner*, AGBG, § 9 Rdnr. 40; *Marcks*, MaBV, 6. Aufl., § 12 Rdnr. 10; *Merle*, Festschrift für Otto Mühl, S. 431, 439; im Ergebnis ähnlich *Kessel*, Zivilrechtliche Folgen von Verstößen gegen die §§ 2 bis 8 MaBV, S. 121 f.; ihm folgend *Koebke*, in: Rechtshandbuch Immobilien, 12 Rdnr. 133). Diese Auffassung ist unzutreffend. An die Stelle der nichtigen Abschlagszahlungsvereinbarung tritt das Werkvertragsrecht. Der Erwerber schuldet infolge der Nichtigkeit der Abschlagszahlungsvereinbarung keine Abschlagszahlungen (ebenso *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl., Rdnr. 311; *Reithmann/Meichssner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl., Rdnr. A 55). Die Forderung des Bauträgers wird nach § 641 Abs. 1 BGB insgesamt erst mit der Abnahme fällig.

(1) § 3 Abs. 2 MaBV kann nicht als zivilrechtliche Ersatzregelung an die Stelle der nichtigen Abschlagszahlungsvereinbarung treten. Die Vorschrift könnte nur dann eine Ersatzregelung sein, wenn sie neben ihrer Funktion als gewerberechtliche Verbots- und Gebotsnorm zugleich als Norm des Zivilrechts für den Bauträger und den Erwerber die Fälligkeitsvoraussetzungen für die Forderung des Bauträgers mit vorrangigem Geltungsanspruch vor dem Gesetzesrecht regelte. Einen derartigen Regelungsinhalt und Geltungsanspruch hat § 3 Abs. 2 MaBV nicht. Die Ermächtigungsgrundlage der MaBV, § 34 c Abs. 3 GewO (2), und die Entstehungsgeschichte des § 12 MaBV (3) lassen nur den Schluss zu, dass § 3 Abs. 2 MaBV ausschließlich gewerberechtliche Verbote und Gebote regelt, deren alleiniger Normadressat der Bauträger ist.

(2) Nach § 34 c Abs. 1 GewO sind die Adressaten des § 34 c GewO und der MaBV Makler, Bauträger und Baubetreuer. Als Zweck der Verordnung nennt § 34 c Abs. 3 GewO den

Schutz der Allgemeinheit und der Auftraggeber. Hinsichtlich der „Befugnisse der Gewerbetreibenden zur Entgegennahme und zur Verwendung von Vermögenswerten des Auftraggebers“ ermächtigt § 34 c Abs. 3 Satz 2 GewO den Verordnungsgeber, diese Befugnisse zu beschränken, „soweit dies zum Schutz des Auftraggebers erforderlich ist“. Der Verordnungsgeber hat von der Ermächtigung hinsichtlich der Adressaten der Verordnung in § 1 Satz 1 MaBV in der Weise Gebrauch gemacht, dass er als Adressaten die Gewerbetreibenden im Sinne des § 34 c Abs. 1 GewO bestimmt.

Aus der Ermächtigung folgt, dass der Erwerber nicht Normadressat der MaBV ist und dass die gewerberechtlichen Verbote der MaBV nicht den Schutz des Bauträgers bezwecken, sondern den des Erwerbers (BGH, Urteil vom 22.10.1998 – VII ZR 99/97, BGHZ 139, 387, 391 f. = ZfBR 1999, 93 = BauR 1999, 53 [= MittBayNot 1998, 458]; *Wagner*, ZNotP 2000, 461, 465 ff.). Fragen des zivilrechtlichen Vertragsrechts regelt die MaBV nicht. Die Verordnung lässt sich nicht in diesem Sinn auslegen, weil damit die Grenzen der Ermächtigung überschritten würden. Diese Beurteilung hat zur Folge, dass die MaBV weder eine gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 6 Abs. 2 AGBG noch Kontrollmaßstab im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ist.

(3) Die Entstehungsgeschichte des § 12 MaBV bestätigt, dass der Verordnungsgeber zivilrechtliche Fragen des Vertragsrechts nicht regeln wollte und nicht geregelt hat (*Basty*, Bauträgervertrag, 3. Aufl. Rdnr. 341; *Drasdo/Hofbauer*, MaBV, 3. Aufl. § 12 Rdnr. 9 ff.; *Drasdo*, NZM 1999, 1, 3). Im Ministerialentwurf, auf dem die Fassung der MaBV vom 20.6.1974 beruht, war die folgende Fassung des § 8, dem jetzigen § 12 MaBV, vorgeschlagen worden (BR-Drucks. 786/73 vom 18.12.1973, S. 16):

„Die Verpflichtungen des Gewerbetreibenden nach §§ 2–5 (jetzt §§ 2–8) ... dürfen durch vertragliche Vereinbarungen nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig; im Übrigen bleibt die Wirksamkeit des Vertrages unberührt.“

Dieser Vorschlag wurde in die MaBV nicht aufgenommen. Der Bundesrat stimmte nicht zu, weil eine Ermächtigungsgrundlage für zivilrechtliche Regelungen fehlte (BR-Drucks. 786/73 vom 15.2.1974, S. 5).

c) Der Vertrag kann nicht ergänzend dahingehend ausgelegt werden, dass der Erwerber Abschlagszahlungen zu den in § 3 Abs. 2 MaBV genannten Zeitpunkten schuldet. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt dann nicht in Betracht, wenn sich die Lücke im Vertrag aus der Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen ergibt und dispositives Recht zur Verfügung steht, das die Lücke schließt (vgl. BGH, Urteil vom 13.11.1997 – IX ZR 289/96, BGHZ 137, 153, 157; Urteil vom 21.11.1985 – VII ZR 22/85, BauR 1986, 200 ff. = ZfBR 1986, 79 f. = NJW 1986, 924 f.; Urteil vom 1.2.1984 – VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69, 75). Das dispositive Gesetzesrecht regelt in § 641 Abs. 1 BGB die Voraussetzungen für die Fälligkeit der Vergütung.

d) Die Voraussetzungen einer Abnahme nach § 641 Abs. 1 BGB a.F. hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe ihre Wohnung konkludent abgenommen, ist rechtsfehlerhaft (1). Die Hilfsbegründung, die Klägerin sei jedenfalls zur Abnahme der Bauleistung verpflichtet gewesen (2), hält ebenfalls einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

(1) Das Berufungsgericht hat die Tatsache, dass die Parteien eine förmliche Abnahme der von der Beklagten geschuldeten Werkleistung vereinbart haben, nicht hinreichend gewürdigt (aa). Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen nicht die Annahme, dass die Klägerin die Wohnung konkludent abgenommen hat (bb).

(aa) Eine konkludente Abnahme ist nur möglich, wenn die Vertragsparteien die Vereinbarung über die förmliche Abnahme einvernehmlich aufgehoben haben. Die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme kann ihrerseits konkludent wieder aufgehoben werden. Für eine derartige Aufhebungsvereinbarung muss der Tatrichter hinreichende Anhaltspunkte feststellen. An die Voraussetzungen einer konkludenten Aufhebung sind strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 21.4.1977 – VII ZR 108/76, BauR 1977, 344 ff.; Urteil vom 3.11.1992 – X ZR 83/90, NJW 1993, 1063 ff.).

Diesen Grundsätzen wird die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht gerecht. Die Annahme, die Parteien hätten konkludent auf eine förmliche Abnahme verzichtet, ist mit den bisherigen Feststellungen nicht vereinbar: Beim Einzug der Klägerin war die Wohnung auch nach Einschätzung der Beklagten noch nicht fertiggestellt, wie deren Schreiben vom 1.6.1995 zeigt. Als die Beklagte am 28.9.1995 ihre Schlussrechnung stellte, hatte die Klägerin bereits zahlreiche Mängelrügen erhoben. Nach ihrem Vortrag, der in der Revision als richtig zu unterstellen ist, hat die Beklagte mehrere vertraglich geschuldete Oberlichter nicht eingebaut. Dieser Mangel ist von erheblichem Gewicht, weil die Beklagte eine deutlich dunklere, anders gestaltete Wohnung erstellt hätte, als sie vertraglich schuldete. Diese Umstände sind gewichtige Indizien dafür, dass die Klägerin nicht bereit war, auf die Abnahmeverhandlung im Rahmen einer förmlichen Abnahme zu verzichten (vgl. BGH, Urteil vom 3.11.1992 – X ZR 83/90, NJW 1993, 1063 ff.).

(bb) Eine konkludente Abnahme setzt voraus, dass nach den Umständen des Einzelfalles das Verhalten des Erwerbers den Schluss rechtfertigt, er billige das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß. Der Einzug in die Wohnung ist jedenfalls dann keine hinreichende Grundlage für eine konkludente Abnahme, wenn der Erwerber vor dem Einzug Mängel gerügt hat, die ihn zur Abnahmeverweigerung berechtigen (BGH, Urteil vom 10.6.1999 – VII ZR 170/98, ZfBR 1999, 327 = BauR 1999, 1186). Nach diesen Grundsätzen fehlt es an den erforderlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, die den Schluss rechtfertigen, die Klägerin habe die Wohnung mit dem Einzug konkludent abgenommen. Die Feststellungen des Berufungsgerichts (oben (aa)) sprechen gegen eine konkludente Abnahme.

(2) Die hilfsweisen Erwägungen des Berufungsgerichts zu einer Abnahmeverpflichtung der Klägerin halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat seiner Begründung die Abnahmevereinbarung in § 8 Nr. 2 des Vertrages zugrunde gelegt, ohne zu prüfen, ob diese Regelung eine von der Beklagten gestellte Formulklausel nach § 1 Abs. 1 AGBG ist und ob diese Vereinbarung als Formulklausel einer Inhaltskontrolle standhält. Diese Fragen können offenbleiben, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts und dem Vortrag der Klägerin, der in der Revision als richtig zu unterstellen ist, Mängel vorhanden sind (oben III. 2. d) (1) (aa)), deren Beseitigung mehr als nur einen geringfügigen Aufwand erfordern würde.

(...)

Anmerkung:

Das Urteil bietet auf den ersten Blick wenig Überraschendes. Gleichwohl handelt es sich um eine wichtige Entscheidung zur Makler- und Bauträgerverordnung, die über den entschiedenen Fall hinaus für verschiedene Fragen zum Bauträgervertrag von Bedeutung sein kann.

1. Im ersten (insoweit vorstehend nicht wiedergegebenen) Teil setzt sich das Gericht mit der Auslegung des Begriffes „Wohn-/Nutzfläche“ auseinander. Bemerkenswert ist, welche Bedeutung dem Prospekt, mit dem das Vertragsobjekt angeboten wurde (also Umständen, die außerhalb des beurkundeten Vertrags liegen), für die Auslegung beigemessen wird. Notare, die in ihren Verträgen gerne die abschließende Festlegung aller Rechte und Pflichten sehen würden, wird das nicht freuen, entspricht aber der gängigen Praxis (vgl. BGH MittBayNot 1987, 190, 192; LG Landshut MittBayNot 1993, 149).

Notare sollten solche Auslegungsprobleme vermeiden. Es erscheint unverzichtbar, in allen Fällen, in denen sich der Kaufpreis bzw. der Ausgleich von Flächenabweichungen nach der Wohnfläche bestimmt oder bestimmen kann, die Berechnungsgrundlage (z. B. die II. Berechnungsverordnung) klar und unmissverständlich anzugeben. Dabei kann es, wie der Fall zeigt, wichtig werden, im Rahmen der Vertragsvorbereitung, also bei der Sachverhaltsermittlung, auch die Anzeigen, Prospekte und andere Werbematerialien für das Bauträgervorhaben zu prüfen. Die dort enthaltenen Angaben und die betreffenden vertraglichen Regelungen sollten einander entsprechen. Wo der Bauträger von seinen Prospektangaben (oder – wie vielleicht im entschiedenen Fall – von einer vor Ort bestehenden Verkehrssitte) abrücken will, sollten Inhalt und Umfang einer solchen Abweichung ausdrücklich ausgeführt werden, um Unklarheiten und Benachteiligungen zu vermeiden. Die Verpflichtung des Notars hierzu dürfte sich aus § 17 BeurKG ergeben.

Ergänzend kann eine Bestimmung darüber sinnvoll sein, mit welchen Wertansätzen unterschiedliche Flächen (Wohnung, Keller, Speicher, Terrasse, Garten) in die Kaufpreisberechnung eingegangen sind.

2. Der „spannendere“ Teil der Entscheidung setzt sich mit den Folgen eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 2 MaBV auseinander.

a) Insofern knüpft das Urteil an die Entscheidung zur Unwirksamkeit einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht (Urt. v. 22.10.1998 BGHZ 139, 387) an. Eine gegen § 3 Abs. 2 MaBV verstößende Regelung ist insgesamt unwirksam gemäß § 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB, nicht jedoch der Vertrag im Übrigen. An die Stelle der unwirksamen Regelung tritt das allgemeine Werkvertragsrecht und damit – nach den insofern bis 1.5.2000 geltenden Regelungen – § 641 Abs. 1 BGB. Der Käufer ist also erst mit der Abnahme der Werkleistungen zur Zahlung verpflichtet. Der überwiegenden Meinung im Schrifttum, die Zahlungen würden in solchen Fällen zu den in § 3 Abs. 2 MaBV genannten Zeitpunkten fällig, wird damit eine Absage erteilt.

Dem ist zuzustimmen. Andernfalls bliebe auch der bewusste Verstoß gegen die Bestimmungen der MaBV ohne Sanktion. Allenfalls wäre daran zu denken, eine Verpflichtung zur Leistung von Abschlagszahlungen aus dem Gebot von Treu und Glauben abzuleiten (vgl. BGH NJW 1985, 855, 857; BGHZ 101, 357); diese Lösung wird man aber schwerlich dem zugekommen lassen können, der den von ihm selbst vorgegebenen Vertrag gesetzes- und damit treuwidrig gestaltet hat. Schließlich bliebe auch das praktische Problem, wie der in § 3 Abs. 2 Satz 1 MaBV eröffnete Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Zusammenfassung der verschiedenen Vom-Hundert-Sätze in sieben Raten auszufüllen wäre.

b) Die nähere Begründung des BGH zu dieser Frage verdient besonderes Interesse. Sie erscheint richtungweisend für eine Vielzahl von Fragen zum Bauträgervertrag. Danach kann § 3 Abs. 2 MaBV nicht „als zivilrechtliche Ersatzregelung“ an die Stelle einer nichtigen Abschlagszahlungsvereinbarung treten. Die MaBV sei nicht Norm des Zivilrechts. Folglich sei sie weder eine gesetzliche Regelung im Sinne des § 6 Abs. 2 AGBG noch Kontrollmaßstab oder Leitbild im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG.

Die MaBV darf danach nur als (gewerberechtliche) Beschränkung zivilrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten verstanden werden. Sie kann jedoch keine Gestaltungen zu Gunsten des Bauträgers legitimieren, die in Widerspruch zu den allgemeinen Bestimmungen des Werkvertragsrechts und des AGB-Gesetzes stehen.

Damit findet sich z. B. die Auffassung bestätigt, dass der Ratenplan gemäß § 3 Abs. 2 MaBV im Einzelfall auf einen Verstoß gegen das sich aus dem AGB-Gesetz ergebende Vorleistungsverbot zu prüfen ist. Steht einer gemäß MaBV zulässigen Zahlung keine werthaltige Gegenleistung gegenüber – wäre etwa eine erste Zahlung von 30 % des Kaufpreises bei Baubeginn ersichtlich nicht durch den (anteiligen) Grundstückswert gedeckt –, wäre die Regelung wegen Verstoßes gegen §§ 11 Nr. 2 a, 9 Abs. 2 AGBG unwirksam. Es bedarf in solchen Fällen also einer Unterschreitung der von § 3 Abs. 2 MaBV zugelassenen Höchstsätze (vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rdnrn. 244 ff. m.w.N.; zu den Prüfungspflichten des Notars in diesem Zusammenhang vgl. OLG München 26.9.1996 MittBayNot 1998, 433).

Ebenso wenig kann (allein) aus § 7 MaBV die Zulässigkeit einer – vor allem im Zusammenhang mit dem Fördergebietsgesetz diskutierten – Regelung abgeleitet werden, die den Käufer formularmäßig zur Zahlung des vollen Kaufpreises gegen Stellung einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV verpflichtet (vgl. *Basty*, a.a.O., Rdnrn. 339 ff. m.w.N. und neuerdings insbesondere *Thode* ZfIR 2000, 164, 175 f.).

Schließlich lässt sich (entgegen *Hertel* ZNotP 2000, 230) nicht unter Hinweis auf die Regelungen der MaBV begründen, dass im Bauträgervertrag von der 30-Tages-Frist des § 284 Abs. 3 BGB für den Verzugsseintritt abgewichen werden kann.

c) Besondere Brisanz gewinnen diese Überlegungen im Zusammenhang mit dem am 1.5.2000 in Kraft getretenen § 632 a BGB. Sie geben Anlass, von einem „Aus für den Bauträgervertrag“ zu reden (vgl. *Grziwotz* ZfIR 2000, 929 unter Hinweis auf Vorträge von *Thode* und *Kniffka*; hierzu *Sieburg* ZfIR 2000, 1002, 1007 ff.; *Wagner* ZNotP 2000, 461; *Hertel* ZNotP 2000, 461 und ZNotP 2001, 5).

Das Problem liegt darin, dass Regelungen, die § 3 Abs. 2 MaBV entsprechen, möglicherweise in Widerspruch zu § 632 a BGB stehen. Einen Beleg für diese These scheint § 27 a AGBG zu bieten. Immerhin hat der Gesetzgeber für die dort vorgesehene Hausbauverordnung, die die MaBV inhaltlich und im Grundsatz ohne größere Änderungen übernehmen soll (*Basty* DNotZ 2000, 260), die Möglichkeit von Regelungen „unter Abweichung von § 632 a des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ eröffnet.

aa) § 632 a BGB eröffnet einen Anspruch auf Abschlagszahlungen unter zwei Voraussetzungen: Es muss sich zum einen um „in sich abgeschlossene Teile des Werks“ handeln; zum anderen muss dem Besteller Eigentum an den betreffenden Teilen des Werks verschafft oder Sicherheit hierfür geleistet werden.

(1) Der Begriff der „in sich abgeschlossenen Teile des Werks“ findet sich auch in § 12 Nr. 2 und in § 16 Nr. 4 VOB/B, der hierfür einen besonderen Anspruch auf (Teil-)Abnahme bzw. Abschlagszahlungen vorsieht. Eine abschließende Definition dieses Begriffs durch die Rechtsprechung besteht nicht (*Kniffka* vgl. *Sieburg* ZfIR 2000, 1002, 1007). Die betreffende Leistung muss danach wohl als selbständig und von den übrigen Teilleistungen aus demselben Bauvertrag unabhängig anzusehen sein und sich in ihrer Gebrauchsfähigkeit abschließend beurteilen lassen (vgl. *Oppler* in: *Ingenstau/Korbion*, § 12 VOB/B Rdnr. 99). Die Teilleistung müsse für sich funktionsfähig sein. Dies wird teilweise für die in § 3 Abs. 2 MaBV genannten Bautenstände verneint.

Dem ist entgegenzuhalten, dass ein kompletter Rohbau – anders als eine Betondecke oder ein einzelnes Stockwerk – als in sich abgeschlossene Teilleistung von der Rechtsprechung anerkannt wurde (BGHZ 50, 160, 163; *Palandt/Sprau* § 632 a Rdnr. 5), ebenso der Einbau einer Heizungsanlage, auch wenn nach demselben Vertrag noch Installationsarbeiten durchzuführen sind (BGHZ 73, 140).

Weiter ist zu bedenken, dass § 632 a BGB nur die Funktion hat, das für den Unternehmer gerade bei umfangreichen Vorhaben kaum zumutbare Vorleistungsrisiko zu reduzieren. Weitere Rechtswirkungen knüpfen hieran nicht an. Insbesondere sind hiermit anders als in § 12 Nr. 2 VOB/B nicht die Rechtswirkungen einer Teilabnahme verbunden. Allzu hohe Anforderungen an den Begriff der Abgeschlossenheit sollten deshalb nicht gestellt werden (*Kniffka* vgl. *Sieburg* ZfIR 2000, 1002, 1007). Entscheidend für § 632 a BGB ist, dass die Teilleistung in sich werthaltig ist (BTDrucks. 14/1246 S. 6) und dass ihre Werthaltigkeit selbstständig bewertbar ist. Im Hinblick auf das Fertigstellungsrisiko ist einzubeziehen, dass verbleibende Restleistungen im Geschäftsverkehr nicht selten als selbstständige Teilleistungen vergeben werden und das Objekt daher (nach Übereignung) ohne allzu große Probleme auch von dem oder den Käufern selbst fertiggestellt werden könnte.

Nach diesen Erwägungen sind m. E. alle in § 3 Abs. 2 MaBV genannten Gewerke als in sich abgeschlossene Teile des Werks anzusehen.

(2) Ob die zweite Voraussetzung des § 632 a BGB bei der für den Bauträgervertrag typischen Gestaltung nach § 3 MaBV vorliegt, erscheint hingegen eher problematisch. Die Vorschrift geht nach ihrem Wortlaut von einer Eigentumverschaffung nach §§ 929 ff. BGB aus. Ob auch ein Eigentumserwerb nach § 946 BGB erfasst wird, ist streitig (bejahend *Kniffka* ZfBR 2000, 227, 229; *Palandt/Sprau* § 632 a Rdnr. 5; a.A. *Kiesel* NJW 2000, 1673, 1675). Dieser Streit wäre für den Bauträgervertrag aber jedenfalls deshalb unerheblich, weil der Käufer Eigentum erst nach Zahlung des geschuldeten Kaufpreises erhalten soll.

Ein Verstoß gegen § 632 a BGB ist daher nur ausgeschlossen, wenn der Käufer eine hinreichende Sicherheit erhält. Arten der Sicherheitsleistung regelt § 232 BGB. Danach sind hier vor allem Bürgschaften in Betracht zu ziehen, die die Ansprüche auf Rückzahlung und Erfüllung und wohl auch Gewährleistungsansprüche sichern.

Die Möglichkeiten der Sicherheitsleistung nach § 632 a BGB sind jedoch nicht auf diejenigen beschränkt, die § 232 BGB nennt. Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Vertragsparteien auch eine andere Art der Sicherheit vereinbaren (*Münch-Komm/von Feldmann*, 3. Aufl. 1993, § 232 Rdnr. 1). M. E. kann eine im Sinne des § 632 a BGB hinreichende Sicherheit

daher auch darin gesehen werden, dass – entsprechend der bisherigen Praxis – der Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers durch Vormerkung sowie die Lastenfreistellung sichergestellt sind. Damit wird der Käufer hinreichend vor drohenden Rechtsnachteilen bewahrt, da die Eigentumsverschaffung samt den Bestandteilen des Grundstücks und damit einschließlich der erbrachten Bauleistungen gewährleistet ist.

(3) M. E. stehen Gestaltungen, die § 3 MaBV entsprechen, daher nicht automatisch in Widerspruch zu § 632 a BGB (müssen allerdings dem sich aus dem AGB-Gesetz ergebenden Vorleistungsverbot entsprechen).

Gleichwohl besteht, da § 3 MaBV nach der Entscheidung des BGH vom 22.12.2000 nicht als Kontrollmaßstab oder Leitbild im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG herangezogen werden kann, ein gewisses Risiko, dass entgegen der hier vertretenen Auffassung ein Widerspruch entsprechender Abschlagszahlungsvereinbarungen zu § 632 a BGB erkannt wird bzw. sie im Rahmen einer Inhaltskontrolle verworfen werden. Dieses Risiko wird man hier deshalb besonders ernst nehmen müssen, weil ein Richter am BGH diese Auffassung vertritt. Ob dieses Risiko auf den Zeitraum zwischen dem 1.5.2000 und dem In-Kraft-Treten einer Hausbauverordnung nach § 27 a AGBG beschränkt ist, erscheint zudem zweifelhaft; es wird geltend gemacht, eine solche Verordnung stünde – unabhängig vom Inhalt im Einzelnen – in Widerspruch zu der mit § 24 a AGBG umgesetzten Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen; insbesondere seien Verbraucher in besonderer Weise vor den Risiken von Abschlagszahlungen zu schützen.

Es stellt sich die Frage, wie Notare mit dem Risiko der Unwirksamkeit entsprechender Vertragsgestaltungen umzugehen haben.

Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, dass nach der eindeutigen Aussage des Gesetzgebers Gestaltungen nach § 3 MaBV nach wie vor als wirksam angesehen werden müssen (vgl. *Schmidt-Räntsch ZfIR* 2000, 337, 338). Dies ergibt sich insbesondere aus § 27 a AGBG und der Begründung zu dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen (auch wenn die Einordnung dieser Verordnungsermächtigung in das AGBG nicht unbedingt überzeugt, vgl. *Palandt/Heinrichs* § 27 a AGBG Rdnr. 1).

Abschlagszahlungen, wie bislang in der MaBV und der VOB/B und jetzt in § 632 a BGB geregelt, gehören zu einem allgemein anerkannten gerechten Interessenausgleich beim Bauvertrag. Dabei werden die Interessen des Bauunternehmers von der Rechtsprechung in anderem Zusammenhang durchaus anerkannt und versucht, die Risiken seiner Vorleistungspflicht zu mindern; so hat der BGH jüngst entschieden, dass nicht schon die Vereinbarung von Raten- und Abschlagszahlungen den Anspruch auf Sicherung nach § 648 a BGB ausschließt sondern nur der tatsächliche Erhalt von vereinbarten Abschlagszahlungen (BGH *ZfIR* 2001, 20 mit Anm. *Schmitz*). Der Bauträger leistet vor. Regelmäßig geht es um Bauvorhaben mit einem beträchtlichen finanziellen Volumen. Es wäre kaum erträglich, den Bauträgern die Vorteile der Entgegennahme angemessener Abschlagszahlungen zu nehmen. Nicht zuletzt diese Zielgruppe gab Anlass für das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen. Die Vereinbarung von Zahlungen nach näherer Maßgabe der MaBV ist höchststrichterlich anerkannt (BGH, *MittBayNot* 1985, 10), weil (und wenn) damit lediglich bereits erbrachte Leistungen vergütet werden. Denn sie mildern nur die Vorleistungspflicht des Unternehmers (*Palandt/Heinrichs* § 11 AGBG Rdnr. 12). Es ist

nur schwer nachvollziehbar, dass Regelungen über Abschlagszahlungen, die die Rechtsprechung bei solchen Verträgen bislang als Treu und Glauben entsprechend angesehen hat (vgl. BGH *NJW* 1985, 855, 857; *DNotZ* 1987, 94, 95; BGHZ 101, 357), nunmehr eine unangemessene Benachteiligung des Zahlungsverpflichteten darstellen sollen. Auch die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen verbietet nicht die Zulassung von Abschlagszahlungen.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass das primäre Interesse des Käufers an der vollständigen und mangelfreien Fertigstellung des Kaufobjekts bei den hier in Rede stehenden Gestaltungen nicht umfassend gesichert wird. Eine Fertigstellungsgarantie – wie sie für Bauträgerverträge etwa in Frankreich vorgeschrieben ist (vgl. *Lauer/Houis ZfIR* 2000, 661, 662) – wäre für den Käufer ebenso wie eine Gewährleistungsbürgschaft wünschenswert; sie erscheint aber nicht als einziges Mittel, um einen ausgewogenen Interessenausgleich zu erreichen, und wäre derzeit wohl in der Praxis wegen der damit verbundenen Kosten und Einschränkung der Kreditlinien des Bauträgers kaum durchzusetzen. Auch wer einen verstärkten Schutz des Verbrauchers beim Erwerb vom Bauträger wünscht, wird anerkennen müssen, dass nicht allein auf Garantien und Bürgschaften aufbauende Systeme zu einer ausgewogenen Gestaltung führen sondern auch Regelungen zu Abschlagszahlungen, die es bei dem Prinzip der Vorausleistung des Bauträgers belassen.

Es kann daher nicht zweifelhaft sein, dass der Gesetzgeber die Grundlagen für eine Vertragsgestaltung, die Abschlagszahlungen vorsieht, schaffen kann (wenn es sie nicht schon gibt).

Die derzeitigen Unsicherheiten entstehen allein daraus, dass der Gesetzgeber seine Intention nicht unbedingt der gebotenen Systematik entsprechend umgesetzt hat. Es wäre wünschenswert, dass der Gesetzgeber diese Unsicherheiten (auch für den Zeitraum seit 1.5.2000) beseitigt.

Vor diesem Hintergrund erscheint es mir gut vertretbar, Verträge weiter auf der Grundlage der MaBV zu gestalten. Wer aber jedes Risiko vermeiden will, hat weitere Sicherheiten für den Käufer vorzusehen. Allerdings wird man sich insofern kaum mit einer Bürgschaft nach § 7 MaBV allein zufrieden geben können. Im Hinblick auf das positive Interesse des Käufers erscheint dann (auch) eine Erfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft erforderlich (vgl. *Basty*, a.a.O., Rdnr. 252, 343). Hierzu könnte auch geregelt werden, dass diese Bürgschaften zurück zu geben sind, wenn alle geschuldeten Arbeiten erbracht und vom Erwerber angenommen sind, sofern bei Abnahme keine Mängel geltend gemacht wurden, bzw. dass im Falle der Geltendmachung von Mängeln an die Stelle der generellen Bürgschaften eine auf die Mängel beschränkte Sicherung treten kann (wertmäßig in der Regel beschränkbar auf das Dreifache der für ihre Beseitigung erforderlichen Kosten entsprechend der Wertung des § 641 Abs. 3 BGB). Damit stünde der Erwerber nicht schlechter als bei einer Abwicklung ohne Bürgschaften. Aus seiner Sicht wäre es sicher wünschenswert, wenn eine Gewährleistungsbürgschaft über den Zeitpunkt der Fertigstellung und Abnahme hinaus für den vollen Zeitraum der normalen gesetzlichen Gewährleistungsfristen (also für fünf Jahre) aufrecht zu erhalten wäre. Eine solche Besserstellung gegenüber der „normalen“ Abwicklung von (Bau-)Werkverträgen nach BGB ist jedoch sicherlich nicht zwingend.

Notar Dr. Gregor Basty, Weilheim i. OB

2. BGB § 123 (Aufklärungspflicht bei Altlastenverdacht)

- a) **Sind dem Verkäufer eines Grundstücks Altlasten bekannt, so genügt er seiner Aufklärungspflicht nicht dadurch, dass er dem Käufer von einem bloßen Altlastenverdacht Mitteilung macht. Infolgedessen besteht die Offenbarungspflicht fort, wenn dem Käufer Umstände bekannt sind oder durch eine Besichtigung hätten bekannt werden können, aus denen sich ein Altlastenverdacht ergibt.**
- b) **Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Verkäufer den Käufer über offenbarungspflichtige Umstände aufgeklärt hat, trifft den Käufer. Dieser muss allerdings nicht alle theoretisch denkbaren Möglichkeiten einer Aufklärung ausräumen. Vielmehr genügt er seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn er die von dem Verkäufer vorzutragende konkrete, d. h. räumlich, zeitlich und inhaltlich spezifizierte, Aufklärung widerlegt.**

BGH, Urteil vom 20.10.2000 – V ZR 285/99 –, mitgeteilt von Wolfgang Wellner Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 17.9.1993 kaufte der Kläger von der Rechtsvorgängerin der Beklagten für 200.000 DM ein Grundstück, auf dem deren Rechtsvorgänger, ein VEB, einen metallverarbeitenden Betrieb unterhalten hatte. Die Gewährleistung für Sachmängel, auch für Altlasten, wurde ausgeschlossen. Wegen des Kaufpreises unterwarf sich der Kläger in der Vertragsurkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung.

Wie die Verkäuferin wusste, war das Grundstück in erheblichem Maße durch Mineralkohlenwasserstoffe verunreinigt, die beim Betrieb der Metallverarbeitung in den Boden des Hauptgebäudes und in den darunter liegenden Graben gelangt waren. Ob der Kläger hierüber vor dem Kauf oder bei Vertragsschluss aufgeklärt worden ist, ist unter den Parteien streitig.

Nach den von dem Kläger in Auftrag gegebenen Gutachten von Juli/August 1997 sind erhebliche Sanierungskosten zu erwarten. Die Schätzungen belaufen sich auf etwa 270.000 DM bis etwa 480.000 DM.

Am 5.5.1998 focht der Kläger den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an. Seiner Klage auf Erklärung der Zwangsvollstreckung als unzulässig hat das Landgericht stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Die vom Käufer eingelegte Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. (...)

II. (...)

1. Das Berufungsgericht verkennt nicht, dass den Verkäufer eine Offenbarungspflicht hinsichtlich solcher Umstände trifft, die für die Entschließung des Käufers von entscheidender Bedeutung sind und deren Mitteilung dieser nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte (st. Senatsrechtspr., Urteil vom 2.3.1979, V ZR 157/77, NJW 1979, 2243; Urteil vom 25.6.1982, V ZR 143/8 1, WM 1982, 960 m.w.N.). Es geht ferner zutreffend davon aus, dass bei einem Grundstücksverkauf die Kontaminierung des Grundstücks mit Altölrückständen einen solchen offenbarungspflichtigen Umstand darstellt und dass der Verkäufer arglistig handelt, wenn er diesen Umstand verschweigt, obwohl er ihn kennt oder ihn jedenfalls für möglich hält und dies in Kauf nimmt (s. nur Senat, Urteil vom 10.6.1983, V ZR 292/81, WM 1983, 990). Schließlich ist es auch nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht eine Offenbarungspflicht hinsichtlich solcher Mängel der Kauf-

sache verneint, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne weiteres erkennbar sind. Der Käufer kann insoweit eine Aufklärung nicht erwarten, weil er diese Mängel bei einer im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann (vgl. nur Senat, BGHZ 132, 30, 34).

2. Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze im konkreten Fall aber nicht fehlerfrei angewendet.

a) Es unterscheidet schon nicht ausreichend zwischen dem offenbarungspflichtigen Umstand eines Altlastenverdachts und dem einer vorhandenen Kontaminierung. Sind dem Verkäufer Altlasten bekannt, genügt er seiner Aufklärungspflicht nicht dadurch, dass er dem Käufer von einem bloßen Altlastenverdacht Mitteilung macht. Der Käufer kann vielmehr erwarten, dass er über eine konkret vorhandene Kontamination Aufklärung erhält. Infolgedessen besteht die Offenbarungspflicht fort, wenn dem Käufer Umstände bekannt sind oder durch eine Besichtigung hätten bekannt werden können, aus denen sich ein Altlastenverdacht ergibt. Hält der Verkäufer in einer solchen Situation mit konkretem Wissen über vorhandene Altlasten zurück, so handelt er arglistig, wenn er es für möglich hält, dass der Käufer lediglich einen Altlastenverdacht hat.

b) Darüber hinaus rechtfertigen die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen weder den Schluss auf einen Altlastenverdacht, geschweige denn auf konkrete Altlasten.

aa) Nach dem Gutachten des Sachverständigen T. vom 20.8.1997 war eine durchgehend dunkle Färbung des Betonfußbodens im Erdgeschoss des Hauptgebäudes zu sehen. Diese hätte auch der Kläger bei einer Besichtigung vor Abschluss des Kaufvertrages erkennen können. Es ist jedoch nicht ersichtlich, wieso sich für einen Laien – dass der Kläger besondere Fachkenntnisse hatte oder dass er wusste, was früher auf dem Gelände produziert wurde, ist nicht festgestellt – hieraus der Schluss auf konkrete Altlasten ergeben sollte. Die Färbung konnte vielfache Ursachen haben und musste nicht auf einen unsachgemäßen Umgang mit Öl schließen lassen. Jedenfalls lässt das Berufungsgericht Feststellungen vermessen, die diesen Schluss nahe legen und bei der Beklagten die Erwartung begründen konnte, der Kläger wisse Bescheid und bedürfe keiner weiteren Aufklärung.

bb) Der Sachverständige T. hat ferner festgestellt, dass Öl bzw. Bohrerölmulsionen „an der Wand heruntergelaufen ist“. Aus dem Gesamtzusammenhang ergibt sich jedoch, dass diese Ölsuren bei einer Besichtigung nicht erkennbar waren, sich dem Sachverständigen vielmehr erst nach Öffnen des Betonfußbodens offenbarten. In dem darunter liegenden Hohlraum von 1,5 bis 2 m zeigten sich diese Rückstände von heruntergelaufenem Öl. Als Erkenntnisquelle für die vom Berufungsgericht angenommene Erkennbarkeit für den Kläger scheidet dieser Umstand daher aus, unabhängig davon, ob ein Käufer hieraus überhaupt auf Altlasten größeren Ausmaßes schließen kann.

cc) Die Annahme, man habe die Kontaminierung durch Öl riechen können, hat das Berufungsgericht nicht nachvollziehbar belegt. Einerseits geht das Gericht davon aus, der Kläger habe bei einer Besichtigung der aufstehenden Gebäude, und zwar auch bei trockener Witterung, Ölgeruch wahrnehmen können, da dies eine Bodenprobe ergeben habe. Dabei übersieht es jedoch, dass die Bodenprobe irgendwo außerhalb des Gebäudes entnommen wurde und nichts über Wahrnehmungsmöglichkeiten innerhalb des Gebäudes besagt. Zum anderen stellt das Gericht selbst darauf ab, dass die Probe aus dem Grundstück außerhalb der Gebäude entnommen wurde. Dann aber ist ebenso wenig nahe liegend, dass dem Kläger Ölge-

ruch hätte auffallen müssen. Zwar ist nachvollziehbar, dass eine kontaminierte Bodenprobe nach Öl riecht. Das bedeutet aber nicht, dass in gleicher Weise Ölgeruch wahrnehmbar ist, wenn die Probe nicht entnommen ist und ein etwaiger Ölgeruch durch andere Gerüche oder Umstände überdeckt oder zumindest erheblich gemindert wird.

dd) Dass das Herumliegen von geringen Mengen von verwitterten Metallspänen nichts über eine Kontamination aussagt, sondern allenfalls die vage Überlegung rechtfertigt, dass bei der Produktion mit Öl gearbeitet worden sein könnte und dass es dabei – wie vielfach – zu unsachgemäßem Umgang hiermit gekommen sein kann, bedarf keiner näheren Darlegung.

III. Fehlt es somit an einer Grundlage für die Annahme, dass die Beklagte erwarten durfte, der Kläger bedürfe keiner weiteren Aufklärung, da er sich bei einer Besichtigung selbst ein Bild über die vorhandenen – und ohne weiteres erkennbaren – Kontaminationen hätte machen können, kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben. Es kommt daher auf die Frage an, ob die Beklagte den Kläger hinreichend aufgeklärt hat. Entgegen der Meinung des Landgerichts ist hierfür nicht die Beklagte darlegungs- und beweispflichtig. Vielmehr muss der Kläger, der für den gesamten Arglisttatbestand die Darlegungs- und Beweislast trägt, vortragen und nachweisen, dass die Beklagte ihn nicht gehörig aufgeklärt hat (vgl. nur *Baumgärtel/Laumen*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., § 123 Rdnr. 5 m.w.N.). Dabei muss er allerdings nicht alle theoretisch denkbaren Möglichkeiten einer Aufklärung ausräumen. Vielmehr genügt er seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn er die von der Beklagten vorzutragende konkrete, d. h. räumlich, zeitlich und inhaltlich spezifizierte, Aufklärung widerlegt.

3. BGB § 459 Abs. 2 (*Gewährleistung wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaft*)

Fehlt der gekauften Sache bei Gefahrübergang eine zugesicherte Eigenschaft, entfällt der Anspruch des Käufers auf Minderung nicht dadurch, dass der Sache bis zum Vollzug der Minderung die zugesicherte Eigenschaft zuwächst.

BGH, Urteil vom 20.10.2000 – V ZR 207/99 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Minderung des Kaufpreises für ein Grundstück.

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 23.7.1993 verkaufte die Klägerin der Beklagten eine Teilfläche von 4.250 qm ihres Grundstücks Flurstück Nr. 187 in W.-S. (im Folgenden: Kaufgrundstück) zur Errichtung eines SB-Marktes. Die Gewährleistung für Mängel wurde im Vertrag ausgeschlossen. Der vereinbarte Kaufpreis betrug 637.500 DM (150 DM/qm). Die Kaufpreisfälligkeit war u. a. von der Eintragung einer Vormerkung zugunsten der Beklagten und der für die Teilung des Grundstücks notwendigen Genehmigung abhängig. Der Besitz sollte mit der Zahlung des Kaufpreises auf die Beklagte übergehen. Die Klägerin versicherte im Vertrag, das Kaufgrundstück sei in dem von der Gemeinde beschlossenen Flächennutzungsplan als Mischgebiet ausgewiesen.

Tatsächlich war das Kaufgrundstück im Flächennutzungsplan als Wohngebiet ausgewiesen. Die Gemeinde versagte ihr Einverständnis zur Teilung. Mit Bescheid vom 28.2.1994 lehnte der zuständige Landkreis die beantragte Genehmigung ab. Diesen Bescheid focht

die Klägerin an. Durch Vertrag vom 30.3.1994 verkaufte sie die Restfläche ihres Grundstücks für 80 DM/qm an die Gemeinde. Daraufhin erklärte der Landkreis, dass es der zur Teilung des Grundstücks notwendigen Genehmigung nicht mehr bedürfe, und erteilte einen Negativbescheid.

Im Juli 1994 stellte die Gemeinde einen Bebauungsplan auf, nach welchem das Kaufgrundstück in einem Mischgebiet liegt, beschloss im Juli 1996 jedoch, dass der SB-Markt auf dem Flurstück 195 zu errichten sei, das sich im Eigentum der Gemeinde befand.

Hierauf forderte die Klägerin die Beklagte auf, entweder der Löschung der zwischenzeitlich eingetragenen Vormerkung zuzustimmen oder den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen. Die Beklagte hielt am Vertrag fest und überwies der Klägerin 382.500 DM mit dem Vermerk „Quadratmeter à 90 DM“. Die Klägerin widersprach der Minderung. Im Dezember 1996 vertauschte die Beklagte das Kaufgrundstück der Gemeinde gegen das Grundstück Flurstück 195, um auf diesem den Markt zu errichten. Im August 1997 trat der 1994 von der Gemeinde beschlossene Bebauungsplan in Kraft.

Mit der Klage verlangt die Klägerin die Bezahlung der Differenz zwischen dem für das Kaufgrundstück vereinbarten Preis und dem von der Beklagten auf diesen gezahlten Betrag. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung und Revision der Klägerin sind ohne Erfolg geblieben.

Aus den Gründen:

I. (...)

II. Die Revision der Klägerin ist nicht begründet.

1. Die Auslegung der Versicherung der Klägerin im Kaufvertrag durch das Berufungsgericht, das Grundstück sei im Flächennutzungsplan als Mischgebiet ausgewiesen, als Zusage einer Eigenschaft im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB, die von dem vereinbarten Gewährleistungsausschluss nicht berührt wird, stellt die Revision nicht in Frage. Ebenso wenig wendet sie sich gegen die weitere Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht, dass die Gefahr auch dann übergehe, wenn die Zahlung auf den Kaufpreis zwar hinter dem vereinbarten Betrag zurückbleibe, der Zahlungsbetrag jedoch einem berechtigten Minderungsverlangen entspreche. Die Höhe des wegen dieses Verlangens von der Beklagten zu zahlenden Preises zieht die Revision ebenfalls nicht in Zweifel. Revisionsrechtlich beachtliche Fehler liegen auch nicht vor.

2. Die Revision wendet sich gegen die Meinung des Berufungsgerichts, der Anspruch der Beklagten auf Minderung des Kaufpreises sei nicht dadurch entfallen, dass dem Kaufgrundstück bis zum Vollzug der Minderung die zugesicherte Eigenschaft zugewachsen sei. Damit kann sie nicht durchdringen.

Seit In-Kraft-Treten des Bebauungsplans, in dem das Kaufgrundstück als Mischgebiet ausgewiesen ist, hat die Frage seiner Ausweisung im Flächennutzungsplan für die Beklagte an Bedeutung verloren. Planungsrechtlich ist die Situation des Grundstücks seither besser, als die Klägerin zugesichert hat. Entscheidend für die Frage, ob die Beklagte von der Klägerin das Einverständnis zur Minderung des Kaufpreises verlangen kann, ist jedoch nicht der Zeitpunkt des Vollzugs der Minderung, im vorliegenden Fall der Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung über die Klage (vgl. BGH, Urt. v. 11.7.1990, VIII ZR 219/89, NJW 1990, 2680, 2681 m.w.N., und Urt. v. 19.6.1996, VIII ZR 252/95, NJW 1996, 2647, 2648), sondern der Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr.

Allerdings wird in Rechtsprechung und Literatur teilweise die Meinung vertreten, der die Minderung rechtfertigende Mangel müsse noch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vorliegen, auf die das Urteil ergeht, in welchem über das Min-

derungsverlangen entschieden wird (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 265 und 1587, 1588; *Palandt/Putzo*, BGB, 59. Aufl., § 462 Rdnr. 9). Das Berufungsgericht und die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur sind jedoch der Auffassung, maßgebend sei nach den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften lediglich, dass der Kaufgegenstand im Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen Mangel aufweise (RGZ 55, 201, 206; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1999, 279, 280; *Erman/Grunewald*, BGB, 10. Aufl., § 459 Rdnr. 31; *Jauernig/Vollkommer*, BGB, 9. Aufl., § 462 Rdnr. 7; MünchKommBGB/Westermann, 3. Aufl., § 459 Rdnr. 31; *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 459 Rdnr. 90; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 6. Aufl., Rdnr. 282; *Vollkommer/Teske*, JZ 1984, 844, 845; *Peters*, JR 1997, 102, 103). Der Bundesgerichtshof hat die Frage bisher offen gelassen (BGHZ 90, 198, 204; BGH, Urt. v. 19.6.1996, VIII ZR 252/95, NJW 1996, 2647, 2648)

Zumindest für die vorliegende Fallkonstellation, in welcher der Mangel weggefallen ist, ohne dass eine der Kaufvertragsparteien dazu beigetragen hat, ist der letztgenannten Auffassung zu folgen. Hierfür spricht zunächst der Wortlaut von § 459 BGB. Sowohl nach Absatz 1 als auch nach Absatz 2 der Vorschrift hat der Verkäufer Gewähr dafür zu leisten, dass die Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelfrei ist bzw. die zugesicherte Eigenschaft hat und nicht erst bis zum Vollzug der Wandlung oder Minderung fehlerfrei wird. Weiterhin kann es dem Verkäufer nicht zugute kommen, dass er sein Einverständnis zur Vollziehung der Wandlung oder Minderung hinauszögert, obwohl der Käufer wegen des Mangels oder des Fehlens der zugesicherten Eigenschaft berechtigt Wandlung oder Minderung verlangt (*Soergel/Huber*, a.a.O.). Die gegenteilige Auffassung schränkt zudem den Käufer bis zum Vollzug der Wandlung oder Minderung in seiner Dispositionsbefugnis ein. Tätigt der Käufer vor dem Vollzug der Wandlung oder Minderung ein Deckungsgeschäft, wie es wirtschaftlich im vorliegenden Fall durch den Tausch zwischen der Beklagten und der Gemeinde geschehen ist, liefe der Käufer bei einem Wegfall des Mangels bis zum Vollzug der Wandlung oder Minderung Gefahr, trotz des Fehlers der Kaufsache das Deckungsgeschäft auf eigenes Risiko zu schließen (*Reinicke/Tiedtke*, a.a.O.; *Vollkommer/Teske*, a.a.O.).

3. Die Revision hat auch insoweit keinen Erfolg, als sie geltend macht, das Minderungsverlangen der Beklagten bedeute einen Verstoß gegen Treu und Glauben und sei als unzulässige Rechtsausübung zurückzuweisen (§ 242 BGB). Eine solche Ausnahme kommt nach der Rechtsprechung in Betracht, wenn der Mangel der Kaufsache für den Käufer tatsächlich keine nachteiligen Auswirkungen hat und er die Sache zunächst in Betrieb genommen sowie einige Zeit genutzt hat (BGHZ 90, 198, 204; BGH, Urt. v. 8.2.1984, VIII ZR 295/82, NJW 1984, 1525, 1526).

So liegt der Fall hier nicht. Aufgrund der Ausweisung des Grundstücks im Flächennutzungsplan als Wohngebiet war die Beklagte bis zum In-Kraft-Treten des, wenn auch schon in Rede stehenden, Bebauungsplans an der vertraglich vorgesehenen Nutzung des Grundstücks gehindert. Für die Beklagte war nicht nur der Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Bebauungsplans unsicher, sondern auch, ob angesichts der im Flächennutzungsplan vorgesehenen andersartigen Nutzung der Bebauungsplan überhaupt rechtswirksam werden würde. Denn ein Bebauungsplan, der nicht aus einem entsprechenden Flächennutzungsplan entwickelt ist, kann ungültig sein, sofern durch ihn die aus dem Flächennutzungsplan folgende geordnete städtebauliche Entwicklung beeinträchtigt wird (BVerwGE 48, 70, 72; *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 7. Aufl., § 8

Rdnr. 6). Angesichts dessen entsprach das Minderungsverlangen der Beklagten jedenfalls nach der Aufforderung der Klägerin, sich zwischen der Löschung der Auflassungsvormerkung und der Zahlung des Kaufpreises zu entscheiden, einer sachgerechten Interessenwahrnehmung. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem zwischen der Gemeinde und der Beklagten vorgenommenen Grundstückstausch. Dieser diente letztlich nur dazu, den Markt auf einem Grundstück errichten zu können, das planungsrechtlich die Qualität hatte, die von der Klägerin für das Kaufgrundstück zugesichert war.

4. BGB § 313; GmbHG § 15 (*Formzwang bei einseitiger Abhängigkeit*)

Zur Frage des Formzwangs bei einseitiger Abhängigkeit eines Vertrages über den Verkauf von GmbH-Geschäftsanteilen von einem Grundstücksvertrag, wenn beide Verträge in getrennten notariellen Urkunden niedergelegt sind.

BGH, Urteil vom 11.10.2000 – VIII ZR 321/99 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Gemäß notarieller Urkunde des Notars Dr. A., L. (UR-Nr. ...), verkaufte und übertrug der Kläger an die Beklagten am 12.12.1996 die Geschäftsanteile der C.-E.-GmbH zum Kaufpreis von insgesamt 40.000,00 DM. Am selben Tag hatte sich die Gesellschaft, der Absprache zwischen den Parteien entsprechend, zur „Rückgewähr“ von Rücklagen an den Kläger in Höhe von 1.738.371,00 DM verpflichtet und zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit Forderungen an ihn abgetreten sowie gleichfalls mit notarieller Urkunde, errichtet vor dem Notar Dr. A., ihre restlichen Betriebsgrundstücke an den Kläger verkauft und aufgelassen.

Der Kläger hat von den Beklagten im ersten Rechtszug die Rückübertragung der Geschäftsanteile, hilfsweise Zahlung eines über 40.000,00 DM hinausgehenden Kaufpreises verlangt, da die Ausgliederung des Gesellschaftsvermögens gegen das Gebot, das Stammkapital zu erhalten, verstoßen habe. Das Landgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen, weil weder die wegen Irrtums erklärte Anfechtung des Geschäftsanteilskaufvertrages durchgreife noch die Grundsätze über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage anwendbar seien. Mit der Berufung hat der Beklagte in erster Linie festgestellt, dass die Beklagten nicht Gesellschafter der GmbH seien, begehrt; seine erstinstanzlichen – zum Teil ergänzten – Anträge hat er nur noch hilfsweise gestellt. Das Oberlandesgericht hat dem Feststellungsantrag stattgegeben. Hiergegen wenden sich die Beklagten mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt.

Aus den Gründen:

(...)

III. (...)

2. Eine abschließende Entscheidung in der Sache ist dem Senat verwehrt, weil es insoweit noch weiterer tatsächlicher Aufklärung bedarf.

a) Nach den bisherigen Feststellungen kann dem Klageantrag auf (Rück-)Übertragung der Geschäftsanteile nicht bereits deshalb der Erfolg versagt werden, weil die Abtretung der Geschäftsanteile nach dem Willen der Parteien einseitig von dem Grundstücksgeschäft abhängig sein sollte und diese Verknüpfung urkundlich nicht verlautbart wurde.

Zwar ist dem Ausgangspunkt des Berufungsgerichts zu folgen, dass bei einer von den Parteien gewollten rechtlichen Einheit mehrerer, in verschiedenen notariellen Urkunden nie-

dergelegten Vereinbarungen die wechselseitige Verknüpfung der Absprachen in den Urkunden selbst zum Ausdruck kommen muss (BGHZ 104, 18, 22 f.). Jedoch genügt die Feststellung des Berufungsgerichts, die Abtretung der Geschäftsanteile habe mit der vorangehenden Veräußerung der Grundstücke „stehen und fallen“ sollen, nicht, um eine rechtliche Einheit im Sinne des Formgebots des § 313 Satz 1 BGB zu begründen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das einseitige Abhängigkeitsverhältnis des Anteilsübertragungsvertrages von dem Vertrag über die Veräußerung der Grundstücke kein hinreichender Grund, das für den Grundstückskaufvertrag geltende Formerfordernis auf den Abtretungsvertrag zu erstrecken (vgl. dazu die nach Erlass des Berufungsurteils ergangene Entscheidung des BGH vom 26.11.1999 – V ZR 251/98, WM 2000, 579 = NJW 2000, 951 [=MittBayNot 2000, 101] unter I m.w.N.). Dementsprechend entfällt auch das Erfordernis der Verlautbarung einer Abhängigkeit des Grundstückskaufvertrages von dem Anteilsübertragungsvertrag.

Ob die vom Oberlandesgericht geäußerte Auffassung, die Abhängigkeit des Anteilsgeschäfts von dem Grundstücksvertrag bestehe nicht nur hinsichtlich der schuldrechtlichen Begründung der Verpflichtung zur Übertragung der Geschäftsanteile, sondern auch bezüglich der Abtretung der Anteile selbst, einer rechtlichen Nachprüfung standhält, bedarf nach alledem keiner Entscheidung.

b) Dem Begehren auf (Rück-)Übertragung der Geschäftsanteile kann andererseits nicht etwa deshalb entsprochen werden, weil die Abhängigkeit des seinerseits nach § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG beurkundungsbedürftigen Vertrages, durch welchen die Verpflichtung zur Abtretung der Geschäftsanteile begründet werden sollte, von anderen Vereinbarungen in der Urkunde über das Anteilsgeschäft keinen Ausdruck gefunden hat. Denn ein Formmangel des Verpflichtungsgeschäfts wäre durch die wegen ihrer Abstraktheit formwirksame Abtretung der Geschäftsanteile nach § 15 Abs. 4 Satz 2, Abs. 3 GmbHG geheilt (vgl. BGH, Urteil vom 19.1.1987 – II ZR 81/86, NJW-RR 1987, 807).

(...)

5. BGB § 528 (Bestimmung der Unentgeltlichkeit bei gemischter Grundstücksschenkung)

Bei der Frage, ob Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind oder ob eine gemischte Grundstücksschenkung vorliegt, mindern dingliche Belastungen des Grundstücks ausnahmsweise dann nicht den Wert der Leistung, wenn der Empfänger bereits persönlicher Schuldner der den dinglichen Belastungen zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verbindlichkeiten ist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.9.2000 – 9 U 45/00 – mitgeteilt von *Johannes Gode*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Der Kläger macht aus übergeleitetem Recht gegen die Beklagten zu 1) bis 4) (zum Teil als Erben ihres Vaters, zum Teil als Erben ihrer Mutter) Wertersatz bzw. Rückforderungsansprüche wegen Notbedarfs der Erblasserin geltend.

Die am 9.12.1904 geborene Erblasserin war Eigentümerin des Hausgrundstückes in D. Mit notariellem Vertrag vom 11.11.1987 übertrug sie das Hausgrundstück an ihren Sohn und dessen Ehefrau, die Eltern der Beklagten zu 1) bis 4), zu je 1/2. In § 2 des Übertragungsvertrages heißt es, der Übertragung lägen folgende Auflagen zugrunde:

1. a) Wohnungsrecht für die Erblasserin
b) Pflegeverpflichtung für die Erwerber.
2. Grundschulden in Höhe von insgesamt 152.000 DM blieben bestehen; eine Übernahme der zugrunde liegenden Verbindlichkeiten erfolgte nicht, da die Erwerber bereits persönliche Schuldner seien.
3. Im Übrigen sollte die Übertragung unentgeltlich, ohne weitere Bedingungen oder Auflagen erfolgen.

Die Erblasserin beantragte am 31.1.1994 Sozialhilfe. Mit Bescheid vom 13.9.1995 gewährte der Kläger Sozialhilfe als Hilfe zur Pflege mit Wirkung vom 1.9.1995 an; er stellte seine Leistungen ein mit Ablauf des 30.6.1996, weil kein Sozialhilfebedarf mehr bestehe.

Mit Bescheiden vom 11.1.1996 leitete der Kläger auf sich über einen angeblichen Rückforderungsanspruch der Erblasserin aus § 528 BGB.

Aus den Gründen:

(...)

Der Kläger macht einen Anspruch aus übergeleitetem Recht geltend. Die Überleitungsanzeigen vom 11.1.1996 gegenüber dem ursprünglich beklagten Vater der Beklagten zu 1) bis 4) und gegenüber den Beklagten zu 1) bis 4) selbst sind als Verwaltungsakte für die Zivilgerichte bindend; sie haben zur Folge, dass der Kläger mit unmittelbarer Wirkung die Rechtsstellung erlangte, die damals die Pflegebedürftige hinsichtlich des übergeleiteten Anspruchs hatte; der Kläger ist mithin forderungsberechtigter Gläubiger, wenn und soweit der übergeleitete Anspruch besteht (vgl. BGH NJW 1985, 2419).

Grundlage des übergeleiteten Anspruches ist § 528 Abs. 1 BGB, der ein Rückforderungsrecht des Schenkers wegen Notbedarfes regelt. Ein solcher Notbedarf der Pflegebedürftigen liegt vor; es kann davon ausgegangen werden, dass sie außerstande war, ihren angemessenen Unterhalt (vgl. § 1610 BGB) zu bestreiten. Aus dem Vortrag beider Parteien ergibt sich, dass die Pflegebedürftige zur Deckung des angemessenen Unterhaltes im fraglichen Zeitraum auf Leistungen des Klägers als Sozialhilfeträger angewiesen war. Schon dieser Umstand bietet eine ausreichende Grundlage für die Annahme, dass die Pflegebedürftige außer Stande war, ihren angemessenen Unterhalt zu bestreiten (vgl. BGH NJW 1996, 987).

Der Rückforderungsanspruch gemäß § 528 Abs. 1 BGB richtet sich gegen die Beklagten zu 1) bis 4). Dies gilt ohne weiteres, soweit sie als Erben ihres ursprünglich beklagten Vaters in Anspruch genommen werden. Dies gilt aber auch, soweit sie Erben ihrer Mutter geworden sind (1/16 Anteil). Zwar ist die Mutter bereits 1995 und damit unter Umständen insgesamt vor dem hier fraglichen Zeitraum (1.6.1995 bis 30.7.1996) verstorben. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die Unterhaltsbedürftigkeit erst nach dem Tode der Mutter eingetreten ist. Dies hindert aber einen etwaigen Rückforderungsanspruch nach § 528 Abs. 1 BGB nicht. Erblasserschulden sind auch die erst in der Person des Erben entstehenden Verbindlichkeiten, die als solche schon dem Erblasser entstanden wären, wenn er nicht vor Eintritt der zu ihrer Entstehung nötigen weiteren Voraussetzung verstorben wäre. Der Schenker verliert demnach sein Recht, (auch in Zukunft) unter den in § 528 Abs. 1 BGB genannten Voraussetzungen ein Geschenk zurückzufordern, nicht dadurch, dass das Geschenk im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erben des Übernehmers übergeht (BGH NJW 1991, 2558, 2559).

Eine gemischte Schenkung ist ein einheitlicher Vertrag, bei dem der Wert der Leistung des einen dem Wert der Leistung des anderen Teiles nur zum Teil entspricht, die Vertragsparteien dies wissen und übereinstimmend wollen, dass der überschüssige Wert unentgeltlich gegeben wird (*Palandt/Putzo*,

BGB, 59. Aufl., § 516, 13; Senat, OLG-Report 1999, 349). Es kommt also darauf an, ob Leistung und Gegenleistung nach dem Übertragungsvertrag nicht gleichwertig waren und ob die Parteien des Übertragungsvertrages dies in ihrer maßgebenden subjektiven Wertung ebenfalls so eingeordnet haben. Hinsichtlich der subjektiven Bewertung gilt grundsätzlich, dass die Vertragspartner im Rahmen der Vertragsfreiheit den Wert der auszutauschenden Leistung und damit auch die Größe eines eventuellen Leistungsüberschusses selbst bestimmen können und dürfen (BGH NJW 1972, 1709, 1710). Es gilt insoweit keine Vermutung für den Schenkungscharakter von Leistungen unter nahen Verwandten; eine solche Vermutung kennt das Gesetz ausschließlich in den engen Grenzen der §§ 685, 1620 BGB. Allerdings gilt dort, wo – wie hier – schutzwürdige Interessen Dritter (wegen der Aufwendung von Mitteln durch den Träger der Sozialhilfe) berührt werden, eine Einschränkung der privatautonomen Bewertung von Leistung und Gegenleistung in Form einer tatsächlichen Vermutung (Beweiserleichterung), wenn und soweit zwischen Leistung und Gegenleistung ein objektives, über ein geringes Maß deutlich hinausgehendes Missverhältnis besteht (vgl. BGH WM 1995, 1076, 1078 m.w.N.).

Hinsichtlich der objektiven Wertverhältnissen ist unstreitig, dass der Grundstückswert im Zeitpunkt des Abschlusses des Übertragungsvertrages (dieser ist maßgebend, BGH NJW 1977, 1631, 1632) 160.000 DM betrug. Dem stehen Gegenleistungen gegenüber von ca. 109.000 DM.

Als Gegenleistung zu berücksichtigen sind das Wohnrecht zugunsten der Hilfebedürftigen und die Pflegeverpflichtung. Diese Leistungen, die die Übernehmer zu erbringen hatten, sind nicht als bloße Auflagen einzuordnen. Zwar hat der Bundesgerichtshof (NJW 1989, 2122, 2123) Leistungen des Übernehmers zur Versorgung des scheidenden Übergebers als Auflage gewertet, wenn sie zu leisten waren aus dem zugewendeten Vermögen und wenn der Übernehmer gleichzeitig in die Existenzgrundlage des Übergebers einrückte. Um einen solchen Fall der Bestellung eines sogenannten Altenteiles handelt es sich hier aber nicht. Vielmehr hatten die Übernehmer die Pflegeverpflichtung aus ihrem eigenen Vermögen zu erfüllen (vgl. BGH WM 1995, 1076, 1077). Hinzu kommt, dass beide Verpflichtungen (Einräumung des Wohnrechtes und Pflegeverpflichtung) in einem Verhältnis der wechselseitigen Abhängigkeit zur Übertragung des Grundstückes standen und damit nicht als Auflage einzuordnen sind. Selbst wenn man das Wohnrecht nicht als Gegenleistung, sondern als Auflage einordnen würde, führte dies hinsichtlich der Rechtsfrage, ob eine gemischte Schenkung vorliegt, zu keinem anderen Ergebnis, weil die Wertverhältnisse sich durch diese Zuordnung nur unmaßgeblich ändern würden.

Der Kläger hat den Wert der Gegenleistungen angesetzt mit 18.903,46 DM für das Wohnrecht und 89.854,62 DM für die Pflegeverpflichtung. Diese Werte sind im Wesentlichen angemessen. Dies hat der Senat im Termin zur mündlichen Verhandlung dargelegt, ohne dass der Prozessbevollmächtigte der Beklagten dem noch entgegengetreten wäre. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Kläger bei der Bewertung des Wohnrechtes von einer Fläche von 39 qm und einem Mietzins von 6,12 DM/qm ausgegangen ist. Die Beklagten haben die von ihnen angesetzten höheren Werte (50 qm und Zuschlag von 0,50 DM) nicht näher begründet. Selbst der von ihrem Vater beauftragte Privatsachverständige ist von einer Fläche von 39 qm ausgegangen und hat für das Jahr 1994 einen Mietwert von lediglich 7,50 DM zugrunde gelegt.

Auch zu einer Korrektur des Wertes für die Pflegeverpflichtung sieht der Senat sich nicht veranlasst. Pflegeleistungen sind naturgemäß immer schwer zu bewerten. Es mag zutreffen, dass ein Pflegedienst zu einem Stundensatz von 9,33 DM nicht zur Verfügung gestanden hätte. Andererseits ist nichts darüber bekannt, welchen Pflegeaufwand die Parteien bei Vertragsschluss erwartet haben. Das hängt ab vom Gesundheitszustand der Schenkerin. Hierzu heißt es zwar im Übertragungsvertrag, sie bedürfe infolge ihrer Krankheit derzeit ständiger Pflege; die Pflege werde voraussichtlich in nächster Zeit in gleichem Umfang zu leisten sein. Einzelheiten hierzu haben die Beklagten aber nicht dargetan. Es ist daher nicht ersichtlich, dass bereits bei Abschluss des Vertrages tatsächlich ein Pflegeaufwand von täglich vier Stunden zu leisten gewesen wäre, wovon der Kläger – insoweit zugunsten der Beklagten – bei seiner Berechnung ausgegangen ist.

Die dinglichen Belastungen des Grundstückes in Höhe von nominell 152.000 DM sind nicht zu berücksichtigen. Grundsätzlich (vgl. BGH NJW 1989, 2122) mindern zwar solche dingliche Belastungen den Wert der Leistung des Übergebers, weil der Übernehmer im Falle einer Schenkung den geschenkten Gegenstand nach den Vorschriften über die Schenkung ohnehin nur mit den darauf ruhenden dinglichen Belastungen erhält. Dieser Grundsatz kann jedoch auf den vorliegenden Fall, in dem der Vater als Empfänger der Übertragung bereits perönlicher Schuldner der den dinglichen Belastungen zugrunde liegenden Verbindlichkeiten war, nicht übertragen werden. Wirtschaftlich hat er den vollen Grundstückswert erhalten. Die Grundschulden bedeuteten für ihn keine zusätzliche Belastung, da er schuldrechtlich ohnehin zur Zahlung der Valuta verpflichtet war und die Grundschulden nur seine Verbindlichkeiten sicherten. Er wurde infolge der Übertragung lediglich zugleich Schuldner des Sicherungsrechtes, wobei er auch zuvor ohnehin verpflichtet war (Entgegenstehendes ist nicht vorgetragen), die Schenkerin von einer etwaigen Inanspruchnahme aus dem dinglichen Recht freizustellen. Hätte er das Objekt regulär gekauft, hätte er redlicherweise den vollen Grundstückswert als Kaufpreis zahlen müssen. Auch im Falle eines Weiterverkaufes des Grundstückes nach der Übertragung auf ihn hätte er keinen wirtschaftlichen Verlust gehabt. Hätte der Erwerber die Grundschulden übernommen und einen entsprechend niedrigeren Kaufpreis gezahlt, so wäre er zugleich von seiner schuldrechtlichen Verpflichtung freigestellt worden. Dieser Vermögenszuwachs hätte den Preisnachlass ausgeglichen. Wären die Grundschulden im Falle einer Weiterübertragung nicht übernommen worden, hätten sie abgelöst werden müssen, was ebenfalls zu einer Befreiung von den Verbindlichkeiten geführt hätte.

Die Beklagten können schließlich nicht mit Erfolg angebliche Aufwendungen ihres Vaters auf das Objekt geltend machen. Aus dem Übertragungsvertrag ist kein Anhalt dafür ersichtlich, dass nach dem Willen der Vertragsparteien etwa bis dahin erbrachte Aufwendungen auf das Objekt als Gegenleistung angerechnet werden sollten. Dagegen spricht der Umstand, dass der Vater zuvor bereits mit seiner Familie das Objekt unentgeltlich bewohnt hatte.

Subjektiv waren die Vertragsparteien einig darüber, dass die Differenz zwischen Leistung und Gegenleistung in Höhe von ca. 51.000 DM unentgeltlich zugewendet sein sollte. Dafür spricht nicht nur die angesichts der Höhe des Wertunterschiedes von Leistung und Gegenleistung zugunsten des Klägers greifende tatsächliche Vermutung (vgl. BGH WM 1995, 1076, 1078 m.w.N.), sondern auch der Wortlaut des Übertragungsvertrages, wo nach zwar der Begriff „Auflage“ in § 2

nicht rechtstechnisch gemeint gewesen sein dürfte, in dem es aber weiter heißt, die Übertragung solle im Übrigen unentgeltlich erfolgen, § 2 Nr. 3. Hinzu kommt, dass die an der Beurkundung beteiligte Schwester des Vaters der Beklagten sich nicht nur in § 3 des Übertragungsvertrages mit der Übertragung einverstanden erklärt, sondern zudem ausdrücklich auf Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche verzichtet hat. Hierzu bestand aber nur dann Anlass, wenn die Vertragsparteien erwogen haben, dass in der Übertragung auch eine – zumindest gemischte – Schenkung liegen könne.

—

6. WEG §§ 21, 23 Abs. 4, § 43, Abs. 1 Nr. 4; FGG § 12 (*Zur Anfechtung von WEG-Beschlüssen*)

1. **Es ist zulässig, vorsorglich alle Eigentümerbeschlüsse einer Eigentümerversammlung anzufechten, wenn einem Wohnungseigentümer die Niederschrift über die Versammlung kurz vor Ablauf der Anfechtungsfrist noch nicht zugegangen ist.**
2. **Im Beschlussanfechtungsverfahren kann der Fortgang des Verfahrens nicht von der vorherigen Einzahlung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden.**
3. **Der Antrag auf Ungültigerklärung eines Eigentümerbeschlusses kann im Hinblick auf die Amtsermittlungspflicht des Gerichts nicht deshalb abgewiesen werden, weil er nicht begründet wurde.**
4. **Die gemeinschaftliche Beschlussfassung von zwei rechtlich selbständigen Gemeinschaften in einer Versammlung entspricht grundsätzlich nicht ordnungsmäßiger Verwaltung.**

BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 2Z BR 103/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

—

7. WEG § 28 Abs. 5 (*Zum Stimmrecht in der Eigentümerversammlung*)

Betrifft eine Angelegenheit der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nur eine abgeschlossene Gruppe von Wohnungs- oder Teileigentümern, z.B. die Teileigentümer der Tiefgarage, haben grundsätzlich nur diese darüber abzustimmen. Über den Wirtschaftsplan und die Jahresabrechnung haben jedoch grundsätzlich alle Wohnungs- und Teileigentümer abzustimmen.

BayObLG, Beschluss vom 17.11.2000 – 2Z BR 107/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Der Antragsteller und die Antragsgegner sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Wohnanlage, zu der eine Tiefgarage gehört. Der weitere Beteiligte ist der Verwalter.

In der Eigentümerversammlung vom 31.3.2000 genehmigten die Wohnungseigentümer unter Tagesordnungspunkt (TOP) 9 den vorläufigen Wirtschaftsplan 2000 für die gesamte Wohnanlage einschließlich Tiefgarage.

Der Antragsteller hat beantragt, diesen und einen weiteren Eigentümerbeschluss für ungültig zu erklären. Er ist der Meinung, über die in dem Wirtschaftsplan enthaltenen Posten, die nur die Tiefgarage be-

treffen, hätten nur die Teileigentümer der Tiefgarage abstimmen dürfen. Das Amtsgericht hat den Antrag am 5.7.2000 abgewiesen. Das Landgericht hat durch Beschluss vom 5.9.2000 die sofortige Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen, soweit Gegenstand der Eigentümerbeschluss zu TOP 9 war; im Übrigen hat es dem Antrag stattgegeben. Gegen diesen Beschluss richtet sich die sofortige weitere Beschwerde des Antragstellers. Die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. (...)

a) Der Senat hat am 31.3.1994 (BayObLGZ 1994, 98/101 = WuM 1994, 567) entschieden, dass grundsätzlich alle Wohnungs- und Teileigentümer einer Eigentümergeinschaft bei Angelegenheiten, deren Gegenstand die den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich obliegende Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums betrifft (§ 21 Abs. 1 WEG), stimmberechtigt sind (§ 25 Abs. 1, 2 WEG); eine Ausnahme gilt dann, wenn von einer einzelnen Maßnahme nur ein bestimmter Teil von Wohnungseigentümern berührt wird und die Interessen der übrigen Wohnungseigentümer in keiner Weise betroffen werden; in diesem Fall ist das Stimmrecht auf diejenigen beschränkt, die von der Angelegenheit betroffen sind; dies gilt insbesondere bei Mehrhausanlagen. Der Senat hat weiter ausgeführt, dass dies für die Abstimmung über die Jahresabrechnung gemäß § 28 Abs. 5 WEG nicht gilt, weil diese notwendigerweise Kosten enthält, die das Gemeinschaftseigentum insgesamt betreffen. Hierüber können daher nur alle Wohnungseigentümer abstimmen (zustimmend *Staudinger/Bub* WEG § 28 Rdnr. 535). Nichts anderes gilt für den Wirtschaftsplan.

b) Das Landgericht hat diese Rechtsgrundsätze ohne Rechtsfehler seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Nach § 8 Abs. 13 der Gemeinschaftsordnung haben die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung der Tiefgarage nur die Teileigentümer der Tiefgarage zu tragen. Die Kosten der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums haben, auch soweit sie die Tiefgarage betreffen, dagegen nach § 8 Abs. 11 der Gemeinschaftsordnung alle Wohnungs- und Teileigentümer zu tragen. Darunter fallen z.B. Versicherungsbeiträge. Der Wirtschaftsplan enthält damit ebenso wie die Jahresabrechnung Kosten, die sowohl die Teileigentümer als auch die Wohnungseigentümer betreffen. Dies rechtfertigt die Aufstellung eines einheitlichen Wirtschaftsplans für die gesamte Wohnanlage und eine Abstimmung durch sämtliche Wohnungs- und Teileigentümer über diese. Ansonsten müsste im Einzelfall der Verwalter eine Vielzahl von Wirtschaftsplänen und Jahresabrechnungen jeweils für einzelne Posten aufstellen, über die dann nur jeweils die davon betroffenen Wohnungs- oder Teileigentümer abzustimmen hätten. Bei der Beschlussfassung über eine einzelne Maßnahme, z.B. eine Instandsetzungsmaßnahme, die nur die Tiefgarage betrifft, kann das Stimmrecht auf die allein davon betroffenen Teileigentümer beschränkt sein. Grundsätzlich gilt dies jedoch nicht für die Abstimmung über den Wirtschaftsplan und die Jahresabrechnung. Etwas anderes kann bei einer Mehrhausanlage gelten, wo dann für jedes einzelne Haus ein eigener Wirtschaftsplan und eine eigene Jahresabrechnung aufzustellen sind, über die in getrennten Versammlungen der jeweiligen Gruppe von Wohnungs- und Teileigentümern beschlossen wird.

—

8. GBO § 22; BGB § 100, § 2139 (*Grundbuchberichtigung bei Tod eines BGB-Gesellschafters*)

- 1. Zur Berichtigung des Grundbuchs beim Tod eines BGB-Gesellschafters ist der Gesellschaftsvertrag vorzulegen oder sein Inhalt nachzuweisen.**
- 2. Soll nach dem Tod eines BGB-Gesellschafters die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden, so hat bei angeordneter Vor- und Nacherbschaft bis zum Nacherbfall allein der Vorerbe die für die Gesellschaftstellung erforderliche Eigenschaft als Erbe.**

BayObLG, Beschluss vom 2.11.2000 – 2Z BR 111/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

9. WEG § 16 Abs. 2 (*Haftung für Sonderumlage bei Veräußerung*)

Bei Veräußerung des Wohnungseigentums haftet gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft für eine zuvor beschlossene und fällige Sonderumlage grundsätzlich der im Wohnungsgrundbuch eingetragene Eigentümer.

Zahlt statt diesem der werdende Wohnungseigentümer (Käufer) die Sonderumlage, so kann ihm gegenüber dem (noch als Eigentümer eingetragenen) Verkäufer ein Ersatzanspruch zustehen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.11.2000 – 9 U 88/00 –, mitgeteilt von *Gode*, Richter am OLG

10. GBO §§ 15, 55 (*Empfangszuständigkeit für Eintragungsnachricht*)

Hat ein Notar gemäß § 15 GBO einen Eintragungsantrag gestellt, so ist die Entscheidung über diesen Antrag ihm auch dann bekannt zu machen, wenn er nach der dem Eintragungsantrag zugrunde liegenden Urkunde nicht zur Entgegennahme der für den Eigentümer bestimmten Eintragungsnachricht bevollmächtigt sein soll.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.11.2000 – 3 Wx 360/00 –, mitgeteilt von *Dr. Johannes Schütz*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte bestellte am 7.8.2000 eine Grundschuld zugunsten der Volksbank N. Mit Schreiben vom 9.8.2000 beantragte der Notar beim Grundbuchamt im Namen aller Antragsberechtigten die Eintragung der Grundschuld. Er bat ferner, Eintragungsnachrichten nach Maßgabe der Urkunde zu übersenden. Diese enthält unter Ziffer 7.3 folgende Regelung:

„Der Notar wird nicht ermächtigt, Benachrichtigungen nach § 55 GBO für die Beteiligten entgegenzunehmen...“

Das Grundbuchamt übersandte die Eintragungsnachrichten für den Eigentümer dem Notar, der diese zurücksandte.

Der Rechtspfleger des Amtsgerichts hat das der Rücksendung beigefügte Schreiben des Notars als Beschwerde gewertet, der er nicht abgeholfen hat. Das Landgericht hat die ihm vorgelegte Beschwerde als unzulässig verworfen.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts wendet sich der Beteiligte mit seiner weiteren Beschwerde.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

Aus den Gründen:

(...)

Der Senat hat bereits mit seiner Entscheidung vom 4.4.1984 (Rpfl. 1984, 311) dargelegt, dass die Entscheidung über einen Eintragungsantrag, den ein Notar gemäß § 15 GBO im Namen eines Antragsberechtigten gestellt hat, nur diesem und nicht dem durch ihn vertretenen Antragsberechtigten unmittelbar bekannt zu machen ist; das Grundbuchamt kann zwar einen Beteiligten unmittelbar benachrichtigen, darauf besteht aber kein Anspruch. Auch im Beschluss vom 2.6.1997 (MittRh-NotK 1997, 262) hat der Senat ausgeführt, dass für den Fall, dass ein Notar als Vertreter gemäß § 15 GBO einen Eintragungsantrag stellt, grundsätzlich nur ihm die Eintragungsnachricht zu übersenden ist, nicht auch dem Antragsteller unmittelbar (vgl. auch *Demharter*, GBO, 23. Aufl., § 15 Rdnr. 19). Der Notar ist sodann verpflichtet, für die Unterrichtung der Antragsteller zu sorgen. An dieser Ansicht hält der Senat auch für den Fall fest, dass der Notar nach der dem Eintragungsantrag zugrunde liegenden Urkunde nicht zur Entgegennahme der für den Eigentümer bestimmten Eintragungsnachricht bevollmächtigt sein soll. Die dem Notar für das Eintragungsverfahren erteilte Vollmacht kann nicht partiell eingeschränkt werden. Gemäß § 15 GBO wird die Vollmacht des Notars umfassend vermutet. Diese Vermutung kann – für die Vollmacht insgesamt – widerlegt werden, nicht aber für einzelne mit dem Verfahren üblicherweise verbundenen Handlungen. Tritt im formalisierten Grundbuchverfahren ein Notar als Vertreter des Antragsberechtigten auf, gilt er gemäß § 15 GBO für das Grundbuchamt als bevollmächtigt. Es würde der Rechtssicherheit widersprechen, wenn das Grundbuchamt nunmehr die einzelnen Formulierungen der dem Eintragungsantrag zugrunde liegenden Urkunde darauf überprüfen müsste, ob und in welchem Umfang die erteilte Vollmacht eingeschränkt ist. Genauso wie die Vollmacht eines Prozessbevollmächtigten gemäß § 81 ZPO nicht auf einzelne Anträge beschränkt werden kann, kann die Vollmacht des Notars, der als Vertreter des Antragstellers auftritt, im Außenverhältnis zum Grundbuchamt nicht auf einzelne Handlungen beschränkt werden (vgl. LG Koblenz Rpfl. 1996, 449, 450; *Haegeler/Schöner/Stöber*, GBR 11. Aufl., Rdnr. 187). Soweit ersichtlich, vertritt lediglich *Wilke (Bauer/von Oefele*, GBO, § 15 Rdnr. 22) die Ansicht, die Vollmachtswirkung könne a maiore ad minus auch teilweise eingeschränkt werden; diese Ausführungen vermögen den Senat jedoch nicht zu überzeugen. Vielmehr erscheint es auch im Ergebnis gerechtfertigt, dem Notar die für den Antragsteller bestimmte Eintragungsmittlung zu übersenden; denn der Notar ist nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung des § 55 GBO zur Überprüfung der Richtigkeit der Eintragung verpflichtet, wozu er aufgrund seiner besonderen Sachkunde besser geeignet ist als der Antragsteller selbst (vgl. Senat a.a.O.; Bay OBLGZ 1988, 307, 310). Dieser Beurteilung steht die Entscheidung des Senats vom 2.6.1997 (a.a.O.) nicht entgegen. Dort hatte der Senat keine Veranlassung, auf die Frage einzugehen, ob eine partielle Einschränkung der Vollmacht des § 15 GBO möglich ist, weil bereits die dortigen Erklärungen für eine solche Einschränkung nichts hergaben.

11. GBO § 5, BGB § 890 (*Grundstücksvereinigung bei unterschiedlicher Belastung*)

1. **Die grundbuchmäßige Vereinigung dreier Flurstücke ist nicht schon deshalb wegen drohender Grundbuchverwirrung zu versagen, weil diese insgesamt mit einer und eines der Grundstücke darüber hinaus mit zwei weiteren Grundschulden belastet ist.**
2. **Solange eine katastermäßige Verschmelzung der Flurstücke nicht eingeleitet, konkret angekündigt oder beantragt ist, kann das Gesuch um grundbuchmäßige Vereinigung nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass im Falle der Eintragung der Verschmelzung Verwirrung zu besorgen sei.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.1.2000 3 Wx 438/99 –, mitgeteilt von *Dr. Johannes Schütz*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin dreier näher bezeichneter Flurstücke, die sie zum Zwecke der Errichtung eines Gebäudes und Aufteilung der Einheit in Wohnungseigentum vereinigt sehen will.

Laut Abteilung III des Grundbuchs ist das Flurstück (Ifd. Nr. 1) mit Grundschulden zugunsten der X-Bausparkasse in Höhe von 55.100,- DM und 23.500,- DM sowie darüber hinaus sind alle drei Flurstücke mit einer Grundschuld von 1.250.000,- DM zugunsten der Y-Bank belastet.

Die Eigentümerin hat beantragt, die Flurstücke zu vereinigen.

Mit Zwischenverfügung vom 13.8.1999 hat die Rechtspflegerin die Auffassung vertreten, aufgrund der unterschiedlichen Belastungen könne mit Rücksicht auf eine zu besorgende Verwirrung des Grundbuchs eine Vereinigung der Grundstücksteile nicht vorgenommen werden. Sie hat angeregt, zum Zwecke der Beseitigung des Hindernisses die Löschung der Grundpfandrechte zu betreiben oder eine Nachverpfändung der nicht belasteten Grundstücke vorzunehmen.

Beides ist nicht ohne weiteres möglich, da die Grundschuldbriefe abhanden gekommen sind.

Gegen diese Zwischenverfügung hat die Eigentümerin unter dem 18.8.1999 Erinnerung eingelegt und die Auffassung vertreten, eine Gefahr der Verwirrung bestehe nicht, weil eine Löschungsbewilligung der X-Bausparkasse vorliege und 115.000,- DM als Sicherheit hinterlegt seien und daher eine Zwangsvollstreckung praktisch ausgeschlossen sei.

Nach Nichtabhilfe durch das Amtsgericht hat das Landgericht am 4.11.1999 das Rechtsmittel der Eigentümerin zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich deren weitere Beschwerde mit Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. (...)

a)

aa) Verwirrung ist nach einhelliger Meinung zu besorgen, wenn die Eintragungen im Grundbuch durch die Vereinigung derart unübersichtlich und/oder schwer verständlich würden, dass die Rechtslage nicht mehr mit der gebotenen Klarheit und Bestimmtheit erkennbar ist und deshalb die Gefahr von Streitigkeiten eingetragener Berechtigter untereinander mit Dritten oder von Verwicklungen im Fall der Zwangsversteigerung besteht (BayObLG Rechtspfleger 1997, 102, 103; *Bauer/von Oefele-Waldner*, GBO 1999 §§ 5, 6 Rdnr. 25; *Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 11. Auflage 1997 Rdnr. 635; *Demharter*, GBO 22. Auflage 1997 § 5 Rdnr. 13) Das ist auch der Fall, wenn der Grundbuchinhalt erst nach genauer Untersuchung und längerer Überlegung erkannt werden könnte

(BayObLG 1977, 119, 121; *Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O. Rdnr. 635). Allein darauf, dass Klärung des Grundbuchinhalts letztlich auch in einem Zwangsversteigerungsverfahren möglich sein wird, kann nicht abgestellt werden, denn der Grundbuchinhalt muss insbesondere für den Rechtsverkehr und damit für die an Grundstücken Berechtigten selbst jederzeit allgemein klar und sicher überschaubar sein (*Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O.).

Die unterschiedliche Belastung der zu verbindenden Grundstücke allein begründet – wie § 1131 BGB, der die Verschiedenheit der Belastung voraussetzt, zeigt (vgl. *Güthe-Triebel* GBO §§ 5, 6 Rdnr. 7) regelmäßig nicht die Gefahr der Verwirrung. Solange nämlich aus dem Grundbuch ersichtlich ist, an welchem Teil eines nunmehr einheitlichen Grundstücks welches Recht mit welchem Rang lastet, also die einzelnen Teile nicht katastermäßig verschmolzen sind, ist Verwirrung nicht zu befürchten (KG RPfleger 1989, 500; *Bauer/von Oefele-Waldner* a.a.O. Rdnr. 28; *Demharter* § 5 Rdnr. 19).

bb) Bei der Beurteilung der Verwirrungsgefahr kommt es auf den Stand des Grundbuchs bei Eintragung der gewünschten Verbindung unter Berücksichtigung gleichzeitig gestellter Anträge an (OLG Düsseldorf DNotZ 1971, 479; *Bauer/von Oefele-Waldner* a.a.O. Rdnr. 26). Die Gefahr zukünftiger Verwicklungen rechtfertigt die Annahme in keinem Falle. So darf bei einer Vereinigung ohne katastertechnische Verschmelzung nicht berücksichtigt werden, dass später eine solche erfolgen könnte. Bei unterschiedlicher Belastung der Grundstücke müsste das Grundbuchamt die Verschmelzung als unzulässig ablehnen, was indes nicht bedeutet, dass aus diesem Grund bereits die Vereinigung abgelehnt werden darf (*Bauer/von Oefele-Waldner* a.a.O. mit Nachw.).

b)

aa) Dies vorausgeschickt, ist vorliegend durch die nachgesuchte Eintragung der Vereinigung der in Rede stehenden Grundstücke (§ 5 GBO) nach dem für die Beurteilung maßgeblichen gegenwärtigen Stand eine Grundbuchverwirrung auch nicht im Falle der Zwangsversteigerung – zu besorgen.

Denn die beantragte Vereinigung hat lediglich zur Folge, dass die vereinigten Grundstücke ihre Selbständigkeit verlieren und nichtwesentliche Bestandteile des einheitlichen Grundstücks werden (KGJ 31, 241; OLG Saarbrücken OLGZ 1972, 137; BGH Rechtspfleger 1978, 52). Belastungen bleiben in dem bisherigen Umfang bestehen, keines der früheren Grundstücke haftet für die Lasten der übrigen (KGJ 30, 195; OLG Saarbrücken a.a.O., BGH a.a.O.); die Zwangsvollstreckung kann in jedes der früheren Grundstücke gesondert betrieben werden, wie wenn sie noch selbständige Grundstücke wären (KGJ 31, 242). Der materiellrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz (§ 873 BGB) bleibt auch nach der Vereinigung gewahrt. Da bei dem neuen einheitlichen Grundstück in Spalte 2 des Bestandsverzeichnisses auf die Ifd. Nummern der früheren selbständigen, nunmehr geröteten Grundstücke verwiesen wird, lässt sich durch Vergleich der Nummern der Flurstücke jederzeit aus dem Grundbuch feststellen, auf welchem bestimmten abgegrenzten Teil der Erdoberfläche die einzelnen Grundpfandrechte lasten (*Wendt*, RPfleger 1983, 192 ff., 196; vgl. auch *Demharter* a.a.O. § 5 Rdnr. 19).

bb) Ob im Falle der katastermäßigen Verschmelzung Verwirrung droht (vgl. BayObLG RPfleger 1994, 250; *Demharter* a.a.O. Rdnr. 14 mit Nachweisen), ist vorliegend nicht entscheidend. Denn eine Verschmelzung ist gegenwärtig weder beantragt oder konkret angekündigt, geschweige denn eingeleitet.

Sollte allerdings das Katasteramt nach erfolgter Vereinigung zu einem neuen einheitlichen Grundstück die in Rede stehenden Flurstücke trotz nach wie vor gegebener unterschiedlicher Belastung mit Grundpfandrechten zu einem Flurstück verschmelzen und diese Flurstückverschmelzung zur Übernahme in das Grundbuch anstehen, so würde sich die Frage einer zu besorgenden Verwirrung erneut stellen. Denn die Übernahme der Verschmelzung in das Grundbuch hätte zur Folge, dass aus diesem nicht mehr zu ersehen wäre, welche Teile des einheitlichen Grundstücks mit den bereits vor Vereinigung bestehenden Grundpfandrechten belastet sind. In diesem Falle läge es allerdings nicht fern, wenn das Grundbuchamt die Aufnahme der gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (§ 873 BGB) verstoßenden Flurstückverschmelzung in das Bestandsverzeichnis des Grundbuchs als unzulässig ablehnte (OLG Hamm RPfleger 1998, 154, 155; LG Münster RPfleger 1998, 243; *Bauer/von Oefele-Waldner* a.a.O. § 6 Rdnr. 26; *Wendt* a.a.O. S. 192, 196).

Nach alledem war der angefochtene Beschluss aufzuheben und das Grundbuchamt zur Abstandnahme von seinen Bedenken anzuhalten.

12. GBO § 35 Abs. 1, BGB § 2270 (*Erforderlichkeit der Vorlage eines Erbscheins trotz Vorliegens eines öffentlichen Testaments*)

- 1. Das Grundbuchamt hat auch dann die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen, wenn im Hinblick auf die Wechselbezüglichkeit letztwilliger Verfügungen der Ehegatten in einem notariellen Testament die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB nicht eingreift, jedoch Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die individuelle Auslegung des Testaments auf der Grundlage weiterer tatsächlicher Ermittlungen zur Annahme der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen führen kann.**
- 2. Setzen die Ehegatten für ihren Nachlass jeweils ihre gemeinsamen Kinder als Erben ein und verbinden sie diese Verfügungen mit einem beiderseitigen Erb- und Pflichtteilsverzicht, so kann sich daraus ein Anhaltspunkt für eine gewollte Wechselbezüglichkeit ergeben.**

OLG Hamm, Beschluss vom 21.9.2000 – 15 W 272/00 –

Zum Sachverhalt:

In dem vorgenannten Grundbuch ist als Eigentümer Herr Fritz V. eingetragen, der 1999 verstorben ist. Dieser war verheiratet mit Anna-Luise V., die 1996 vorverstorben ist. Die Beteiligten zu 1), 2), 3) und 7) sind die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder, die Beteiligten zu 4), 5) und 6) sind Enkelkinder der Ehegatten.

Die Ehegatten errichteten am 1.3.1993 ein gemeinschaftliches notarielles Testament. Darin setzte der Ehemann seine vier Kinder zu gleichen Teilen als Erben ein, die Beteiligte zu 2) jedoch lediglich als Vorerbin mit der Maßgabe, dass die Beteiligten zu 4) und 5) nach ihrem Tod als Nacherben berufen wurden (§ 1).

Seiner Ehefrau wandte er als Vermächtnis sämtliche bewegliche Habe sowie einen lebenslänglichen Nießbrauch an den in seinem Eigentum stehenden Grundbesitzungen A.str. und in B. S. zu (§ 2). Die Ehefrau setzte ihrerseits die vier gemeinsamen Kinder ebenfalls zu gleichen Teilen als ihre Erben ein (§ 6). Ferner erklärten beide Ehegatten (§§ 5 und 7), sie stimmten der letztwilligen Verfügung des jeweils anderen Ehegatten ausdrücklich zu; soweit hierin ein Erb- und Pflichtteilsverzicht liege, werde dieser erklärt und von dem anderen Ehegatten angenommen.

Nach dem Tode der Ehefrau errichtete der Ehemann am 28.1.1998 ein weiteres notarielles Testament. Darin hob er die Erbeinsetzung

des Beteiligten zu 7) in dem Testament vom 1.3.1993 auf, setzte statt seiner auf den Erbanteil von $\frac{1}{4}$ die Beteiligten zu 4) bis 6) als Erben ein und beschwerte sie im Wege eines Vermächtnisses mit der Erfüllung des Pflichtteilsanspruches des Beteiligten zu 7).

Mit notarieller Erklärung vom 11.5.1999 hat der Ehemann das Grundstück A.-str. in B. S. in zwei Miteigentumsanteile aufgeteilt, die er mit dem Sondereigentum an zwei Wohnungen verbunden hat. Das im Grundbuch von B. S. eingetragene Wohnungseigentum hat er noch zu Lebzeiten an die Beteiligte zu 3) veräußert. Für das oben genannte Wohnungseigentum ist er weiterhin als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Die Beteiligte zu 1) hat am 9.3.2000 bei dem Grundbuchamt beantragt, die Eigentümergeintragung in dem vorgenannten Grundbuch dahin zu berichtigen, dass sie und die Beteiligten zu 2) bis 6) Eigentümer in ungeteilter Erbengemeinschaft sind. Ihren Antrag hat sie unter Bezugnahme auf die vom Nachlassgericht eröffneten letztwilligen Verfügungen auf die Erbeinsetzung ihres Vaters in dem gemeinschaftlichen Testament unter Berücksichtigung der Abänderung in dem Testament vom 28.1.1998 gestützt.

Bereits zuvor hatte der Beteiligte zu 7) durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht vom 9.12.1999 das Testament seines Vaters vom 28.1.1998 „angefochten“ und geltend gemacht, dieses Testament sei unwirksam, weil es sich über die Bindungswirkung der wechselbezüglichen letztwilligen Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Testament vom 1.3.1993 hinwegsetze (12 VI 482/99 AG Lemgo). U.a. mit dieser Begründung tritt er im vorliegenden Verfahren auch dem Grundbuchberichtigungsantrag der Beteiligten zu 1) entgegen.

Das Grundbuchamt hat der Beteiligten zu 1) durch Zwischenverfügung vom 19.4.2000 aufgegeben, innerhalb einer Frist von drei Monaten zum Nachweis der Erbfolge einen Erbschein vorzulegen. Zur Begründung ist ausgeführt, es bestünden tatsächliche Zweifel, ob die Verfügungen der Ehegatten in dem gemeinschaftlichen Testament vom 1.3.2000 im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zueinander stünden. Treffe dies auch für die von dem Ehemann verfügte Erbeinsetzung der gemeinsamen Kinder zu, so sei er nach dem Tode seiner Ehefrau durch die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments gehindert gewesen, die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 7) aufzuheben (§ 2271 Abs. 2 S. 1 BGB).

Gegen diese Zwischenverfügung hat die Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 3.5.2000 Beschwerde eingelegt, die das Landgericht durch Beschluss vom 2.6.2000 zurückgewiesen hat.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1), die sie mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 3.7.2000 bei dem Landgericht eingelegt hat. Diese blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat die Frage, ob als Voraussetzung für den Vollzug der beantragten Grundbuchberichtigung der Nachweis der Erbfolge durch Vorlage eines Erbscheins zu führen ist, zutreffend auf der Grundlage der Vorschrift des § 35 Abs. 1 GBO beurteilt. Danach kann der Nachweis der Erbfolge dem Grundbuchamt gegenüber grundsätzlich nur durch einen Erbschein erfolgen. Beruht die Erbfolge jedoch auf einer Verfügung von Todes wegen, die – wie hier – in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Erachtet das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen, so kann es die Vorlage eines Erbscheins verlangen. Das Grundbuchamt ist danach zu einer eigenständigen Auslegung eines öffentlichen Testaments verpflichtet, selbst wenn diese Auslegung rechtlich schwierige Fragen aufwirft. Nur wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen

über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können, darf und muss die Vorlage eines Erbscheins verlangt werden, weil zu solchen Ermittlungen das Grundbuchamt nicht befugt ist (vgl. etwa BayObLG Rpfleger 2000, 266; OLG Köln FGPrax 2000, 89, 90; st.Rspr. des Senats etwa in OLGZ 1969, 301, 302; NJW-RR 1997, 646). In Anwendung dieser Grundsätze hat das Landgericht zu Recht die Vorlage eines Erbscheins für erforderlich gehalten.

Die Feststellung der Erbfolge hängt hier davon ab, ob die von dem Ehemann in dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament vorgenommene Erbeinsetzung der Kinder zu gleichen Teilen im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zu einer Verfügung der verstorbenen Ehefrau steht. Ist dies der Fall, so erlosch für den Ehemann mit dem Tod seiner Ehefrau das Recht zum Widerruf seiner Verfügung in dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament (§ 2271 Abs. 2 S. 1 BGB). Er war dann an der die erbrechtliche Stellung des Beteiligten zu 7) beeinträchtigenden Verfügung, die er in seinem Testament vom 28.1.1998 getroffen hat, gehindert.

Das gemeinschaftliche Testament vom 1.3.1993 ist im Hinblick darauf auslegungsbedürftig, ob nach dem Willen der Testierenden ihre Verfügungen im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zueinander stehen sollten. Wechselbezüglichkeit ist anzunehmen, wenn die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (BayObLGZ 1991, 173, 176 = NJW-RR 1991, 1288), wobei der Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung maßgeblich ist. Die Wechselbezüglichkeit ist jeweils im Hinblick auf die einzelne letztwillige Verfügung zu prüfen, die die Ehegatten in dem gemeinschaftlichen Testament getroffen haben (BGH NJW-RR 1987, 1410). Da in dem Testament vom 1.3.1993 nur der Ehemann die Ehefrau mit einem Vermächtnis, nicht jedoch umgekehrt die Ehefrau den Ehemann bedacht hat, kommt im vorliegenden Fall eine Wechselbezüglichkeit nur im Verhältnis der Erbeinsetzungen in Betracht, die beide Ehegatten gesondert für ihren Nachlass zugunsten der gemeinsamen Kinder getroffen haben; davon ist auch das Landgericht ausgegangen. Die Auslegungsbedürftigkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass das notarielle Testament keine ausdrückliche Regelung zur Wechselbezüglichkeit der Verfügungen enthält. Denn daraus allein kann nicht geschlossen werden, dass die Verfügungen nicht wechselbezüglich sein sollen (BayObLG FamRZ 1993, 366, 367). Umgekehrt kann nicht schon aus dem Umstand allein, dass sich die Eheleute der Form eines gemeinschaftlichen Testaments bedient haben, auf eine Wechselbezüglichkeit der darin enthaltenen Verfügungen geschlossen werden (BGH a.a.O.; BayObLG ZEV 1996, 188, 189).

Methodisch hat für die Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments die Ermittlung des wirklichen übereinstimmenden Willens der Ehegatten Vorrang. Die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB ist nur dann heranzuziehen, wenn der individuelle Wille der testierenden Ehegatten nicht zuverlässig festgestellt werden kann (BGH a.a.O.). Greift die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB ihrem Tatbestand nach nicht ein, besteht nicht etwa eine Vermutung gegen die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen der Ehegatten (*Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 12. Bearbeitung, § 2270, Rdnr. 22; *Pfeiffer* FamRZ 1993, 1266, 1272). Für die Anwendung des § 35

Abs. 1 GBO bedeutet dies, dass die Vorlage eines Erbscheins nicht lediglich dann verlangt werden kann, wenn bei Anwendung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen der Ehegatten anzunehmen wäre. Die Beibringung eines Erbscheins ist vielmehr auch dann erforderlich, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die individuelle Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments auf der Grundlage weiterer tatsächlicher Ermittlungen zur Annahme der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen führen kann. Deshalb kann der weiteren Beschwerde nicht zum Erfolg verhelfen, dass das Landgericht in zumindest missverständlicher Weise hier die Anwendbarkeit der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB bejaht hat, obwohl es selbst hervorgehoben hat, dass die Ehegatten sich nicht gegenseitig bedacht haben, eine Wechselbezüglichkeit ihrer Verfügungen also nur im Hinblick auf die beiderseitige Erbeinsetzung der gemeinsamen Kinder bestehen kann. Insoweit handelt es sich aber gerade nicht um einen Anwendungsfall der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB, vielmehr kann sich die Wechselbezüglichkeit in einem solchen Fall nur aus der individuellen Auslegung des Testaments ergeben (BayObLG ZEV 1996, 188, 189). Für die Entscheidung des Senats ist danach ausschlaggebend, dass das Landgericht hinreichende Anhaltspunkte für die Möglichkeit einer zur Annahme der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen führenden individuellen Auslegung des Testaments festgestellt hat.

Der Begriff der Wechselbezüglichkeit erfordert nicht, dass die Ehegatten sich gegenseitig zu Erben einsetzen oder sonst bedenken. Jedoch sind Verfügungen, durch die jeder Ehegatte die gemeinschaftlichen Kinder zu seinen Erben einsetzt, regelmäßig nicht als wechselbezüglich anzusehen. Denn nach der Lebenserfahrung kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Elternteil die Kinder nur deshalb im Testament bedenkt, weil dies auch der andere tut. In der Regel wird vielmehr davon auszugehen sein, dass jeder Elternteil unabhängig von der Verfügung des anderen will, dass seine Kinder seine Erben werden (BayObLG Rpfleger 1985, 445; ZEV 1996, 188, 189). Anders kann es sich jedoch verhalten, wenn das Motiv der Ehegatten bei ihrer Verfügung darin besteht zu gewährleisten, dass mehrere Kinder hinsichtlich des beiderseitigen Vermögens im Ergebnis gleichmäßig bedacht werden. In diesem Zusammenhang hat das Landgericht zu Recht den beiderseitigen Erb- und Pflichtteilsverzicht hervorgehoben, den die Ehegatten im Hinblick auf die beiderseitige Erbeinsetzung der gemeinsamen Kinder unter Übergehen des jeweils anderen Ehegatten vereinbart haben. Ein solcher Erb- und Pflichtteilsverzicht kann zwar als solcher aufgrund der ausdrücklichen Vorschrift des § 2270 Abs. 3 BGB nicht wechselbezüglich sein (BGHZ 30, 261, 265). In der Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass ein solcher Verzicht als Anzeichen für einen übereinstimmenden Willen der testierenden Ehegatten bewertet werden kann, ihre Kinder gleichmäßig zu bedenken (BayObLGZ 1991, 173, 177; *Pfeiffer* FamRZ 1993, 1266, 1272 f.). Insbesondere der Pflichtteilsverzicht wirkt sich zugunsten der Kinder aus, die beide Ehegatten übereinstimmend als ihre Erben eingesetzt haben. Nach dem gegenwärtigen Sachstand spricht viel dafür, dass der Immobilienbesitz des Ehemannes den wesentlichen Teil des beiderseitigen Vermögens ausmachte. Die Ehefrau hat für den Fall ihres Überlebens nach dem Inhalt der getroffenen Verfügung in Verbindung mit ihrem Pflichtteilsverzicht auf jegliche Beteiligung am Stamm des Immobilienvermögens ihres Ehemannes zugunsten ihrer Kinder verzichtet. Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass nach dem inhaltlichen Gesamtzusammenhang des Testaments vom 1.3.1993 viel für die Annahme

spricht, dass die Ehefrau diesen weitgehenden Verzicht nur erklärt hat, weil auch für den Fall des Überlebens des Ehemannes ihre Kinder in gleicher Weise nach dessen Tode als Erben bedacht wurden, dieser also nicht mehr frei über seinen Nachlass in anderer Weise sollte verfügen können.

Danach bedarf die abschließende individuelle Auslegung des Testaments vom 1.3.1993 noch weiterer tatsächlicher Ermittlungen zu den Vorstellungen der Ehegatten bei der Errichtung ihrer letztwilligen Verfügung. Dabei bietet sich insbesondere die Vernehmung des Urkundsnotars als Zeugen an. Denn die Wechselbezüglichkeit betrifft die rechtliche Tragweite der letztwilligen Verfügung, die Gegenstand der notariellen Belehrungspflicht ist (§ 17 Abs. 1 BeurkG).

13. ErbbauVO §§ 9, 9a Abs. 1 und 3, BGB § 883 (*Vormerkungsfähigkeit der Erbbauzinserrhöhung*)

Haben die Parteien eines Erbbaurechtsvertrages schuldrechtlich vereinbart, dass unter bestimmten – näher festgelegten Umständen eine Erhöhung des zu zahlenden Erbbauzins verlangt werden kann, setzt die Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer entsprechenden Reallast durch Vormerkung hinreichende Bestimmbarkeit der Höhe voraus. Ist danach – wie hier – die Verdoppelung des gegenwärtig geschuldeten Erbbauzinses möglich, muss innerhalb des durch diese Höchstgrenze vorgegebenen Rahmens zusätzlich jede einzelne künftig mögliche Erhöhung durch Bestimmung konkreter Wertmaßstäbe in der Weise überschaubar sein, dass nicht einerseits eine Erhöhung des Erbbauzinses, andererseits aber keine entsprechende Wertsteigerung des Erbbaurechts eintritt.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 9.12.1999 – 3 W 252/99 –, mitgeteilt von *Hengesbach*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1) und 2) haben mit notariellem Vertrag vom 25.4.1997 von der Beteiligten zu 4) ein Erbbaurecht erworben und am selben Tag mit der Beteiligten zu 3) als Grundstückseigentümerin eine Änderung des Erbbaurechts beurkundet. In § 2 Ziff. 1 und § 3 der Änderungsurkunde ist die Höhe des Erbbauzinses nebst einer Wert sicherungsklausel geregelt. Nach § 2 Ziff. 3 der Urkunde behält sich der Grundstückseigentümer – die Beteiligte zu 3 – vor, die Erhöhung des Erbbauzinses bei einer Zustimmung zur Änderung des Verwendungszwecks (§ 1), zur baulichen Erweiterung oder zur Veränderung bzw. Übertragung zu verlangen. Weiter ist in § 2 Ziff. 3 geregelt:

„Zur Sicherung dieses Anspruchs des Grundstückseigentümers bestellt der Erbbauberechtigte eine Vormerkung gemäß § 883 BGB am Erbbaurecht zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers und bewilligt und beantragt deren Eintragung in das Erbbaugrundbuch. Die Vormerkung soll Gleichrang mit dem Erbbauzins erhalten.“

In einer weiteren Änderung gemäß notarieller Urkunde vom 7.10.1998 heißt es zu § 2 Ziff. 3:

„Diese Vereinbarung ist Inhalt des Erbbaurechtsvertrages, nicht aber dinglicher Inhalt des Erbbaurechts.“

Die Vormerkung wird bestellt zur Sicherung des Anspruchs des Grundstückseigentümers auf Bestellung einer Reallast für den Erhöhungsbetrag bis höchstens zur Höhe des gegenwärtigen Erbbauzinses.“

Mit Zwischenverfügung vom 28.4.1999 hat der Rechtspfleger des Grundbuchamts u.a. beanstandet, die Vormerkung gemäß § 2 Ziff. 3 der Urkunde sei mangels Bestimmbarkeit nicht eintragbar. Da eine

Ergänzung nicht erfolgt ist, hat der Rechtspfleger sodann mit Beschluss vom 7.7.1999 sämtliche Anträge zurückgewiesen. Erinnerung und Beschwerde sind ohne Erfolg geblieben. Die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde blieb ebenfalls ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. Ohne Rechtsfehler sind Amts- und Landgericht des Weiteren zu dem Ergebnis gelangt, dass auch nach den mit notarieller Urkunde vom 7.10.1998 erfolgten „Änderungen“ die Eintragung der Vormerkung an der fehlenden hinreichenden Bestimmbarkeit der schuldrechtlichen Anpassungsverpflichtung scheitert.

a) Nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Literatur kann neben einem fest bestimmten Erbbauzins eine schuldrechtliche Verpflichtung vereinbart werden, nach der die Höhe des Erbbauzinses unter bestimmten Voraussetzungen veränderten Umständen angepasst werden soll. Dabei ist es zulässig, den Anspruch auf Eintragung einer entsprechenden Reallast in das Erbbaugrundbuch durch eine Vormerkung nach § 883 BGB zu sichern (vgl. BGHZ 22, 220, 222; NJW-RR 1987, 74, 75 = DNotZ 1987, 360; Senat, Beschluss vom 25.6.1963 – 3 W 72/63 –; BayObLG RPfeger 1969, 241; OLG Düsseldorf DNotZ 1976, 537, 538 und RPfeger 1989, 231; KG MittBayNot 1976 135, 136; OLG Hamm FG-Prax 1995, 136, 137; *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 1830; *Bauer/von Oefele*, GBO AT VI 219; MünchKomm/von *Oefele*, BGB 3. Aufl. § 9 ErbbauVO Rdnr. 60; *Staudinger/Ring* (1994) § 9 ErbbauVO Rdnr. 21; *Palandt/Bassenge*, BGB 58. Aufl. § 9 ErbbRVO Rdnr. 15 jew. m.w.N.). Dies hat der Gesetzgeber in der Neufassung des § 9 a Abs. 3 ErbbauVO anerkannt. Im Übrigen stehen die Neufassungen der Erbbaurechtsverordnung durch Art. 2 § 1 SachenRÄndG vom 21.9.1994 (BGBl. I 2455) und Art. 11 a EuroEG vom 9.6.1998 (BGBl. I 1242) der Zulässigkeit einer durch Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Wertsicherung jedenfalls dann nicht entgegen, wenn – wie hier – das Erhöhungsverlangen unter Umständen erfolgen kann, die von einer Gleitklausel als Inhalt der Reallast nicht erfasst werden (vgl. dazu *Bauer/von Oefele* a.a.O. AT I 69 und *Maaß* AT VI 229). Der durch die Vormerkung gesicherte künftige Anspruch muss aber nach Inhalt und Gegenstand genügend bestimmt oder bestimmbar sein (vgl. BGHZ 22, 220, 224 ff.; Senat a.a.O.; OLG Hamm FG-Prax 1995, 136, 137, zuletzt NJW-RR 1999, 1176; *Palandt/Bassenge* a.a.O. § 9 ErbbRVO Rdnr. 15). Hinreichende Bestimmbarkeit setzt voraus, dass die Höhe der Anpassung ebenso wie die Voraussetzungen einer Anpassung konkretisierbar sind (vgl. zusammenfassend etwa *Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O. Rdnr. 1833; MünchKomm/von *Oefele* a.a.O. § 9 ErbbauVO Rdnr. 64; OLG Hamm FG-Prax 1995, 136, 137).

b) Ausgehend von diesen Voraussetzungen haben Amts- und Landgericht zutreffend die Eintragung der Vormerkung abgelehnt. Auch wenn hier die verschiedenen Anspruchsvoraussetzungen für eine Erhöhung geregelt sind, fehlt hinsichtlich ihres Umfangs die Angabe eines geeigneten Maßstabes. Allein die Benennung einer Höchstgrenze reicht insoweit grundsätzlich nicht aus (vgl. LG Bochum NJW 1960 153, 154; MünchKomm/von *Oefele* a.a.O. § 9 ErbbauVO Rdnr. 64; *von Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts Rdnr. 186; *Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O. Rdnr. 1833). Das gilt jedenfalls dann, wenn wie hier – eine Verdoppelung des gegenwärtigen Erbbauzinses möglich sein soll. Das Bestimmtheits-

fordernis dient dem Interesse der gegenüber einer Vormerkung nachrangigen Gläubiger. Ihnen soll eine Prüfung der Beleihbarkeit ermöglicht werden, was zugleich die Kreditmöglichkeiten zugunsten des Erbbauberechtigten erweitert (vgl. KG MittBayNot 1976, 135, 136). Anhand der Höchstgrenze lässt sich zwar das wirtschaftliche Gewicht des vorgemerkten Anspruchs abschätzen (vgl. OLG Düsseldorf RPflegler 1989, 231). Ist jedoch eine beträchtliche Erhöhung zulässig – hier: Steigerung bis zu 100 % des gegenwärtigen Erbbauzinses – muss zusätzlich innerhalb des durch die Höchstgrenze vorgegebenen Rahmens jede künftige Erhöhung überschaubar sein. Das gilt hier umso mehr, als sogar für drei in ihren Voraussetzungen und Auswirkungen völlig unterschiedliche Fälle eine Erhöhung ermöglicht wird. Nur durch die summenmäßige Bestimmbarkeit ist gewährleistet, dass nicht einerseits eine Erhöhung des Erbbauzinses, andererseits aber keine entsprechende Wertsteigerung des Erbbaurechts eintritt (vgl. OLG Düsseldorf DNotZ 1969, 297, 298; BGHZ 22, 225, 226). Die Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Reallast durch Vormerkung setzt deshalb eine Festlegung derjenigen Faktoren voraus, nach denen im Einzelfall ein Erhöhungsverlangen aufgrund Zustimmung zur Änderung des Verwendungszwecks, zur baulichen Erweiterung oder zur Veräußerung bewertet werden kann (vgl. auch OLG Düsseldorf RPflegler 1989, 231). An solchen Bezugsgrößen, wie etwa Wert des Erbbaugrundstücks oder amtliche Preisindices, fehlt es hier insgesamt.

c) Etwas anderes lässt sich auch nicht aus § 9 a Abs. 1 ErbbauVO herleiten. Die von der Rechtsbeschwerde zitierte Entscheidung des OLG Hamm (FG-Prax 1995, 136) befasst sich in erster Linie mit der Frage, ob es im Hinblick auf die gesetzliche Regelung in § 9 a Abs. 1 Satz 5 ErbbauVO weiterhin einer Abrede bedarf, in welchen zeitlichen Abständen ein Erhöhungsverlangen frühestens geltend gemacht werden darf. Auf diesem Gesichtspunkt kommt es hier nicht an, weil es – im Unterschied zu dem vom OLG Hamm entschiedenen Sachverhalt – nicht um eine Anpassung aufgrund Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse geht. Ob und gegebenenfalls wann der Nutzungszweck geändert wird, eine bauliche Erweiterung bzw. Veräußerung erfolgt, ist in zeitlicher Hinsicht völlig ungewiss, so dass auf die Vorschrift von vornherein nicht abgestellt werden kann. Ob § 9 a Abs. 1 ErbbauVO im Übrigen dahin zu verstehen ist, dass der Bestimmtheitsgrundsatz des § 883 BGB für Erbbaurechte zu Wohnzwecken nur eingeschränkt anzuwenden ist (vgl. KG MittBayNot 1976, 135, 136 f.; *Staudinger/Ring* a.a.O. § 9 a ErbbauVO § 9 ErbbauVO Rdnr. 21; *Haegeler/Schöner/Stöber* a.a.O. 1833 einerseits sowie *MünchKomm/von Oefele* a.a.O. § 9 a ErbbauVO Rdnr. 14 andererseits), bedarf hier keiner Erörterung. Denn es fehlt – wie oben dargelegt – jegliche Festlegung einer Bezugsgröße zur Bewertung des Erhöhungsverlangens.

Anmerkung:

Das Urteil bestätigt einerseits den bisherigen Meinungsstand, andererseits lässt es die Frage offen, wie das hier behandelte Änderungsproblem gelöst werden kann.

1. Bestimmbarkeit

a) Das Urteil bestätigt, dass eine Vormerkung zur Sicherung einer schuldrechtlichen Anpassungsklausel voraussetzt, dass dieser Anspruch hinsichtlich folgender beider Elemente bestimmbar sein muss:

aa) **Anpassungszeit**, also der Zeitpunkt und/oder die Voraussetzungen, wann die Anpassung verlangt werden kann, und

bb) **Wertmaßstab**, also Maßstab für die Bestimmung der Höhe der Anpassung¹.

b) Mit Recht geht das Gericht davon aus, dass der Anpassungszeitpunkt hier bestimmbar ist, nämlich bei Zustimmung zur Änderung des Verwendungszwecks, oder zur baulichen Erweiterung bzw. Änderung oder zur Übertragung. Für den letzteren Fall hat das Gericht jedoch anscheinend übersehen, dass die Zustimmung zur Veräußerung nur nach § 7 Abs. 1 ErbbVO versagt werden darf und die Zustimmung nicht von der Vereinbarung zusätzlicher Verpflichtungen des Erwerbers abhängig gemacht werden kann, insbesondere nicht der Vereinbarung eines höheren Erbbauzinses².

c) Das Gericht stellt unter Bezugnahme auf die Entscheidung des LG Bochum³ fest, dass die Anpassungshöhe hier überhaupt nicht bestimmbar ist. Der Wertmaßstab fehlt völlig, es ist lediglich eine *Höchstgrenze* festgesetzt. Dem ist gleichfalls zu folgen, und zwar nicht nur aus den vom Gericht dargestellten Gründen des Normzwecks, sondern auch aus dem schlichten Bestimmbarkeitsgrundsatz des Sachenrechts. Ein Höchstbetrag allein bestimmt eben nur die Obergrenze, aber nicht die innerhalb der Obergrenze liegende Höhe der Forderung. Dies zeigt sich auch aus der Gegenüberstellung der Ausnahmevorschrift des § 1190 BGB (Höchstbetragshypothek) mit der hier anwendbaren Reallastvorschrift § 1105 Abs. 1 BGB. Bei der Höchstbetragshypothek muss zwar die Forderungshöhe nicht von Anfang an bestimmbar sein, jedoch muss der Schuldgrund selbst bestimmbar sein. Bei der Reallast muss dagegen der Umfang der Belastung bestimmbar sein, also die Höhe der Forderung. Der Grund für den Unterschied zwischen beiden Konstruktionen ist, dass die Höchstbetragshypothek auch künftige Forderungen umfasst, während die Reallast bestehende, wenn auch teilweise bedingte oder befristete Leistungen zum Gegenstand hat.

2. Auslegung aus § 9 a) Abs. 1 ErbbVO:

Auch hier ist dem Gericht zu folgen.

a) In dem vom OLG Hamm⁴ entschiedenen Fall ist zwar der Wertmaßstab bestimmt, aber es fehlen Anpassungszeitpunkt bzw. Anpassungsvoraussetzungen. Für die Anpassungszeit kann die zwingende Sperrfrist von 9 a) Abs. 1 S. 5 ErbbVO verwendet werden, da ja eine Änderung des Wertmaßstabs zu keiner Änderung des Erbbauzinses innerhalb der zwingenden Sperrfrist führen kann, sondern die Mindestfrist beachtet werden muss.

b) Es handelt sich hier um den umgekehrten Fall: Der Anpassungszeitpunkt (hier die Anpassungsvoraussetzungen) ist bestimmbar, der Wertmaßstab fehlt aber vollständig. Hierzu ist die Konstruktion des § 9 a) jedoch völlig anders, da dessen Abs. 1, S. 1–4 eine „Billigkeitsprüfung“ enthält. Diese geht vom Billigkeitsmaßstab (widerlegbare Vermutung) aus, nämlich der Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse. Dieser Billigkeitsmaßstab ist jedoch nach den Um-

¹ OLG Hamm MittBayNot 1995, 464 u. OLG Oldenburg NJW 1961, 2261 für Anpassungszeit; OLG Hamm NJW 1967, 2362 u. HansOLG Hamburg MittBayNot 1971, 85 zur Anpassungshöhe; vgl. *MünchKomm/v. Oefele* § 9 Rdnr. 50, 64, RGRK – *Räfle* § 9 Rdnr. 60; v. *Oefele/Winkler* Rdnr. 6. 211.

² OLG Hamm DNotZ 1976, 534; *MünchKomm/v. Oefele* § 7 Rdnr. 9.

³ LG Bochum NJW 1960, 153; *MünchKomm/v. Oefele* § 9 Rdnr. 64.

⁴ OLG Hamm FG-Prax 1995, 136 = *MittbayNot* 1995, 464.

ständen des Einzelfalls im Wege der Billigkeitsprüfung nach oben oder unten abzuändern. Wegen dieser Billigkeitserwägungen, fehlt es an der Bestimmbarkeit für die Vormerkung⁵. Außerdem ist § 9 a) Abs. 1 nur einen Korrekturwert, der dem aufgrund der Anpassungsklausel ermitteltem Wert gegenüberzustellen ist; hier gibt es aber keinen ein für alle Mal verbindlichen Wertmaßstab⁶.

c) Im vorliegenden Fall scheitert die Anwendbarkeit von § 9 a) ErbbVO für die Auslegung außerdem schon deswegen, weil es hier überhaupt nicht um Änderungen der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse geht, sondern um ganz andersartige Änderungen, nämlich konkrete Erweiterungen der Befugnisse des Erbbauberechtigten.

3. Lösungsmöglichkeiten bei Änderungen der Befugnisse des Erbbauberechtigten:

a) Beim vorliegenden Fall handelt es sich also nicht um die klassische Absicherung gegen Währungsverfall, also um keine Wertsicherung. Vielmehr dient der Zweck der Klausel der Anpassung des Erbbauzinses für den Fall einer Erweiterung der Befugnisse des Erbbauberechtigten, nämlich im Falle einer Änderung des Verwendungszwecks, einer baulichen Erweiterung oder einer baulichen Veränderung.

b) Zu diesem Zwecke muss die Erbbaurechtsbestellung gemäß § 2 Abs. 1 ErbbauVO ganz konkret die Art und Weise der Bebauung, das Bauvolumen und die Verwendung, also die Nutzung des Bauwerks festlegen. Nur wenn dies der Fall ist, liegen überhaupt Erweiterungen der Befugnisse vor und sind diese messbar. Wenn dagegen z.B. die Bestimmung des Bauwerks nur in der Weise erfolgt, dass „jede baurechtlich zulässige Zahl und Art von Gebäuden“⁷ errichtet werden darf, bildet nur das Baurecht die Grenze und liegt keine Erweiterung der Befugnisse des Erbbauberechtigten vor.

c) Als Inhalt des Erbbaurechts kann festgelegt werden, dass keine Erweiterung der baulichen Nutzung und keine Nutzungsänderung zulässig ist, außer im Wege der *Inhaltsänderung des Erbbaurechts*. Bei einer derartigen Gestaltung ist der Grundstückseigentümer in keiner Weise zur Mitwirkung an einer solchen Änderung verpflichtet, er hat somit ein sehr großes Druckmittel für die dann mögliche Anpassung oder Neuregelung des Erbbauzinses. Die Erbbauzinserhöhung muss folglich in der Erbbaurechtsbestellung gar nicht geregelt sein, sie wird bei der Inhaltsänderung frei vereinbart.

d) Als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts kann auch vereinbart werden, dass die vorgenannten Änderungen nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers wirksam sind (wie im entschiedenen Fall). Es kann aber zusätzlich festgelegt werden, dass die *Zustimmung* nur dann zu erteilen ist, wenn die Parteien sich über die *Anpassung des Erbbauzinses* an die Wertänderung des Erbbaurechts geeinigt haben, die sich aus den vorgenannten Änderungen der Befugnisse ergibt⁸.

In diesem Fall ist die Änderung des Erbbauzinses von der Vormerkung wiederum mangels Bestimmbarkeit nicht er-

fasst, aber die eingeschränkte Zustimmungspflicht bildet eine Sicherheit bis dahin. Falls nämlich der Erbbauberechtigte entsprechende Maßnahmen ohne Zustimmung durchführt, hat der Grundstückseigentümer Unterlassungsansprüche, ggf. Schadensersatzansprüche sowohl aus dem Erbbaurecht selbst, als auch aus § 1004 BGB.⁷ Weiter können zusätzliche Sanktionen vereinbart werden, wie Heimfall oder Vertragsstrafe.

e) Bei der Bindung der vorgenannten Änderungen an die Zustimmung des Grundstückseigentümers ist auch die *sofortige Festlegung des Schlüssels für die Anpassung* möglich. Im Falle der baulichen Änderung könnte die Formel für den derzeitigen Erbbauzins festgelegt werden, z.B. derzeitiger Verkehrswert des Erbbaugrundstücks, errechnet aus Bruttogeschossfläche der derzeit zulässigen Bebauung, x Zinssatz = derzeitiger Erbbauzins.

In einem derartigen Falle könnte dann z.B. die Anpassung dadurch erfolgen, dass die entsprechende Formel verwendet wird, jedoch durch die damalige Bruttogeschossfläche geteilt und mit der neuen Bruttogeschossfläche multipliziert wird. Eine andere Möglichkeit wäre, dass jetzt der neue Verkehrswert eingesetzt wird, aber nur für die zusätzliche Bebauung maßgebend ist. In gleicher Weise könnten auch andere – mathematisch umsetzbare – Formeln vereinbart werden.

Schwieriger ist der Fall bei der Änderung des Verwendungszwecks. Hier könnte z.B. daran gedacht werden, an einen Wertvergleich vorheriger/nachheriger Ertragswert anzuknüpfen.

Derartige Klauseln wären m.E. bestimmbar und könnten damit sowohl durch Vormerkung gesichert, als auch zum Inhalt des Erbbauzinses i.S. des neuen § 9 Abs. 1 S. 1 ErbbVO gemacht werden.

In allen Fällen sollten – falls sich die Parteien nicht ohnehin hierüber einig sind – die für die Änderung maßgebenden Daten durch eine möglichst faire und gründliche Schiedsgutachterklausel ermittelt werden können.

Notar *Helmut Frhr. von Oefele*, München

14. GBO, §§ 15, 45 (*Keine Rangbestimmung durch den Notar*)

Das Antragsrecht des Notars umfasst nicht die Befugnis, bei gleichzeitiger Einreichung von Anträgen das Rangverhältnis abweichend von § 45 Abs. 1 GBO zu bestimmen.

Kammergericht, Beschluss vom 27.6.2000 – 1 W 606/00 –

Aus den Gründen:

(...)

Es entspricht der älteren Rechtsprechung des Kammergerichts und auch sonst der einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung, dass die Vorschrift des § 15 GBO dem Notar nicht die Befugnis gibt, für die Beteiligten Erklärungen im Hinblick auf das Rangverhältnis mehrerer einzutragender Rechte (vgl. § 45 Abs. 3 GBO) abzugeben (KGJ 26 A 83; OLG Hamm, 7 b-Senat, DNotZ 1950, 40 und OLG Hamm, 15. ZS, FGPrax 1995, 171; OLG Schleswig SchlHA 1960, 208; OLG Frankfurt/M. Rpfleger 1991, 362; ebenso *Bauer/von Oefele*, GBO, § 15 Rdn. 38; *Demharter*, GBO, 23. Aufl., § 15 Rdn. 15 und § 45 Rdn. 31; die mitunter angeführte Entscheidung OLG Koblenz DNotZ 1976, 549 ist insoweit nicht einschlägig).

⁵ HansOLG Hamburg MittBayNot 1971, 85; v. *Oefele/Winkler* Rdnr. 6.214; MünchKomm/v. *Oefele* § 9 Rdnr. 64; aA KG Rpfleger 1976, 244.

⁶ Vgl. BGH WPM 1964, 561; ebenso v. *Oefele/Winkler* Rdnr. 6.106.

⁷ BGH DNotZ 1988, 161; BGH MittBayNot 1994, 316; v. *Oefele/Winkler*, Rdnr. 2.23.

⁸ Vgl. hierzu BGHZ 48, 296 = NJW 1967, 2351 zur Zustimmung eines Siedlungsträgers nur gegen Abgabe von Gelände für den Wohnungsbau; v. *Oefele/Winkler* Rdnr. 4.47.

Diese Auffassung wird überzeugend damit begründet, die Rangbestimmung nach § 45 Abs. 3 GBO setze eine den materiellen Inhalt der Rechte betreffende, in der Form des § 29 GBO nachzuweisende Willenserklärung der Beteiligten voraus; der Eintragungsantrag (§ 13 GBO) und damit auch der kraft vermuteter Vollmacht (§ 15 GBO) gestellte Antrag des Notars diene lediglich der grundbuchmäßigen Verwirklichung der Erklärungen der Beteiligten und könne deshalb eine Rangbestimmung seitens der Beteiligten nicht ersetzen (vgl. insbesondere KG, a.a.O.). Der Notar dürfe nach § 15 GBO nur den verfahrensmäßigen Anstoß zur Eintragung geben, nicht aber die für die Eintragung und gegebenenfalls Rangbestimmung erforderlichen Erklärungen der Beteiligten für sie abgeben (OLG Schleswig, a.a.O.).

Der Notar hat hiermit der einheitlich am 20.5.1999, 11.30 Uhr eingegangenen (vgl. § 13 Abs. 2 Satz 1 GBO) Antragsschrift vom 19.5.1999 Eintragungsunterlagen eingereicht „mit den in nachfolgender Reihenfolge gestellten Anträgen gem. § 15 GBO“ und damit u.a. bestimmt, dass die nachfolgend zu 4. erwähnte Grundschuld den Rang nach der zu 3. erwähnten Grunddienstbarkeit erhält. Da die Anträge gleichzeitig eingegangen sind und diese beiden Rechte mit gleichem Rang einzutragen wären (vgl. §§ 13 Abs. 2 Satz 1, 17, 45 Abs. 1 und 2 GBO, 879 Abs. 1 Satz 2 BGB; siehe auch *Demharter*, GBO, 23. Aufl., § 45 Rdnr. 30), liegt in der Bestimmung der Reihenfolge der Erledigung der gestellten Anträge der Sache nach eine Rangbestimmung nach § 45 Abs. 3 GBO; die der Notar nicht, und zwar auch nicht auf Grund der Antragsvollmacht gemäß § 15 GBO treffen kann.

Dem wird von der abweichenden Auffassung im Schrifttum, auf die sich die Beschwerdeführer berufen, im Wesentlichen nur entgegengehalten, die aus § 15 hergeleitete Vollmacht des Notars umfasse auch das Recht zur Bestimmung der Reihenfolge der grundbuchmäßigen Erledigung der Anträge und die darin enthaltene Rangbestimmung nach § 45 Abs. 3 GBO, weil der Notar das gleiche Ergebnis auch durch zeitlich gestaffelte Einreichung der Anträge erzielen könnte (*Eickmann*, Grundbuchverfahrensrecht, 3. Aufl., Rdnr. 108; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickman* GBO, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 28; *Meikel/Böttcher*, GBO, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 31 und § 45 Rdnr. 83; *Staudinger/Kutter*, BGB, 13. Aufl., § 879 Rdnr. 39; *Meyer-Stolte*, Rpfleger 1991, 363). Solcher Argumentation wird jedoch seit jeher mit Recht entgegengehalten, dass es sich dabei lediglich um eine tatsächliche Einflussmöglichkeit handelt, welche den Notar verantwortlich macht, wenn er nicht den Willen der Beteiligten ausführt, aus der sich aber eine rechtliche Befugnis zur Vertretung der Beteiligten bei der Erklärung einer auf den Inhalt der Rechte einwirkenden Rangbestimmung nach § 45 Abs. 3 GBO nicht herleiten lässt (KG, OLG Schleswig und OLG Frankfurt/M., je a.a.O.).

Ebenso wenig greift der Hinweis der abweichenden Meinung durch, der Notar habe im Rahmen des § 15 GBO die Stellung eines echten Bevollmächtigten der Urkundsbeteiligten (*Eickmann* und *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, je a.a.O.). Denn der Notar ist Kraft gesetzlicher Vermutung des § 15 GBO Bevollmächtigter der Urkundsbeteiligten lediglich im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Befugnis zur Herbeiführung der Eintragung (OLG Schleswig, a.a.O.), nicht aber im Hinblick auf Erklärungen, die den zum Inhalt des Rechts gehörenden Rang im Grundbuch bestimmen.

15. BGB § 1829 Abs. 1 Satz 2; FGG §§ 55, 62 (*Ankündigung vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung*)

Die Beschwerde gegen eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist auch nach Wirksamwerden der Genehmigung zulässig, wenn das Vormundschaftsgericht nicht zuvor seine Entscheidung in einem beschwerdefähigen Vorbescheid angekündigt hat.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 13.7.2000 – 2 W 107/00 –

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte ist zur Betreuerin der Betroffenen u. a. für den Aufgabenkreis Vermögenssorge bestellt worden. Die Betroffene war zu ^{3/20} an einer Erbengemeinschaft beteiligt, der ein Hausgrundstück in H. gehörte. Die Beteiligte hat diesbezüglich unter Vorlage eines Wertgutachtens die Genehmigung eines Erbteilsveräußerungs- und Übertragungsvertrages vom 23.11.1999 beantragt. Abschnitt V dieses Vertrages lautet wie folgt:

„Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Der Vertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, er ist bis zu deren Erteilung schwebend unwirksam und im Falle der Nichterteilung der Genehmigung nichtig (§§ 1908 i, 1821 Nr. 1, 139 BGB).

Hinsichtlich der erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung wird sog. „Doppelvollmacht“ erteilt. Die Beteiligten bevollmächtigen den Notar, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für sie in Empfang zu nehmen und sie den Vertragsbeteiligten mitzuteilen. Diese bevollmächtigen den Notar zur Empfangnahme der Mitteilung. Die Empfangnahme und die Mitteilung sollen durch die Einreichung einer Ausfertigung dieser Urkunde mit einer beglaubigten Abschrift des Genehmigungsbeschlusses als bewirkt gelten“.

Der vom Amtsgericht bestellte Pfleger für das Verfahren hat in einer Stellungnahme vom 18.12.1999 Bedenken gegen das Sachverständigen Gutachten erhoben. Der Sachverständige hat daraufhin sein Gutachten ergänzt/berichtigt. Auch dagegen hat der Pfleger für das Verfahren in einer Stellungnahme vom 18.3.2000 Bedenken geltend gemacht.

Das Amtsgericht – Rechtspflegerin – hat mit Beschluss vom 22.3.2000 den Erbteilsveräußerungs- und Übertragungsvertrag genehmigt und mit Verfügung vom gleichen Tag die Zustellung einer Ausfertigung des Beschlusses an den Notar und an den Pfleger für das Verfahren angeordnet. Die für den Notar bestimmte Ausfertigung ist ausweislich des Akteninhalts noch am selben Tag an den Notar abgesandt worden, der daraufhin mit Schriftsatz vom 24.3.2000 unter Vorlage einer Ausfertigung des Erbteilsveräußerungs- und Übertragungsvertrages vom 23.11.1999 nebst beglaubigter Abschrift der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung vom 22.3.2000 nach § 15 GBO die „Berichtigung des Grundbuches allein auf Herrn J. D. beantragt hat. Dieser Antrag ist am 27.3.2000 beim Grundbuchamt eingegangen und am 30.3.2000 vollzogen worden. Ausweislich des Akteninhalts ist demgegenüber die für den Pfleger für das Verfahren bestimmte Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses erst am 29.3.2000 abgesandt worden und diesem ausweislich der Zustellungsurkunde am Sonnabend, dem 1.4.2000 zugestellt worden. Seine Beschwerde gegen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist am Montag, dem 3.4.2000 beim Amtsgericht eingegangen. Das Landgericht hat mit Verfügung vom 17.4.2000 im Hinblick auf die erfolgte Eigentumsumschreibung beim Pfleger für das Verfahren angefragt, ob „die nunmehr unzulässige Beschwerde zurückgenommen werde“. Dieser hat mit Schriftsatz vom 15.5.2000 angezeigt, dass die Beschwerde aufrechterhalten werde. Das Landgericht hat daraufhin mit dem angefochtenen Beschluss, auf den wegen der weiteren Sachdarstellung und Begründung Bezug genommen wird, die Beschwerde als unzulässig verworfen. Es ist der Auffassung, dass nach § 55 Abs. 1 FGG die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht mehr abgeändert werden könne, weil die Genehmigung gegenüber dem Vertragsgegner durch Mitteilung des Amtsgerichts und durch Einreichung der Urkunden beim Grundbuchamt wirksam geworden sei;

dies habe gemäß § 62 FGG zur Folge, dass auch das Beschwerdegericht zur Abänderung nicht mehr berechtigt sei. Dagegen wendet sich die Betroffene mit ihrer weiteren Beschwerde. Diese hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 27, 29 Abs. 1 S. 1 FGG).

Daran ändert nichts, dass das Landgericht die Erstbeschwerde verworfen hat, weil es die Voraussetzungen der §§ 55, 62 FGG für gegeben gehalten hat; denn mit der weiteren Beschwerde kann die Betroffene durch das Rechtsbeschwerdegericht nachprüfen lassen, ob das Landgericht die Erstbeschwerde zu Recht für unzulässig erachtet hat; dies prüft das Rechtsbeschwerdegericht im Rahmen der Begründetheit der weiteren Beschwerde.

Das Rechtsmittel ist auch begründet, weil nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18.1.2000 – Az.: 321/96 – (NJW 2000, 1709 ff. [= MittBayNot 2000, 311]) die Vorschriften der §§ 62 und 55 FGG mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar sind, soweit sie den in ihren Rechten Betroffenen jede Möglichkeit verwehren, Entscheidungen des Rechtspflegers der Prüfung durch den Richter zu unterziehen. Diese Entscheidung hat gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft (BGBl I 2000, 444). Das Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet – so das Bundesverfassungsgericht (NJW 2000, 1709, 1710) – einen möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen die Verletzung der Rechtssphäre des Einzelnen durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt. Der Bürger hat danach einen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle. Akte des Rechtspflegers gehören zur öffentlichen Gewalt im Sinne dieser Regelung. Soweit sie in Rechte des Bürgers eingreifen, müssen auch diese Akte vollständig, d. h. in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, der richterlichen Prüfung unterstellt werden können. Die Möglichkeit gegen Entscheidungen des Rechtspflegers den Richter anzurufen, ist zwar regelmäßig durch § 11 RPfLG eröffnet. Im Anwendungsbereich des § 55 FGG ist diese Möglichkeit aber ab dem Zeitpunkt, in dem die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist, abgeschnitten. Das kann zur Folge haben, dass eine richterliche Überprüfung der Rechtspflegerentscheidung faktisch nicht möglich ist. Dies wird im Falle einer Doppelbevollmächtigung des Notars besonders deutlich. Hier kommt es nicht einmal zu einem nennenswerten „Schwebezustand“, währenddessen die Genehmigung zwar erteilt, aber noch nicht wirksam ist. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb ausgesprochen (a.a.O. S. 1711), dass bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber der zuständige Rechtspfleger in Verfahren der vorliegenden Art von Verfassungswegen verpflichtet ist, vor Erlass einer in den Anwendungsbereich der §§ 62, 55 FGG fallenden Verfügung diese durch einen beschwerdefähigen Vorbescheid anzukündigen, wenn erkennbar ist, dass die beabsichtigte Entscheidung Rechte Dritter berührt, denen sonst der Rechtsweg gegen die Entscheidung selbst – jedenfalls faktisch – verwehrt wäre.

Dass dies vorliegend – wie schon der Verfahrensgang zeigt – der Fall ist, liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Begründung. Die Betroffene hat faktisch keine Möglichkeit gehabt, eine richterliche Überprüfung der Rechtspflegerentscheidung herbeizuführen. Zu Recht weist sie zudem darauf hin, dass ihr – entgegen der Annahme im angefochtenen Beschluss – die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht gleichzeitig wie dem beurkundenden Notar zugesandt, ihr

vielmehr erst zugestellt worden ist, als das Grundbuchamt schon die Umschreibung vorgenommen hatte. Unter solchen Umständen kann die Verwerfung der Beschwerde angesichts der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr auf §§ 62, 55 FGG gestützt werden. Hat das Beschwerdegericht wie hier – die Beschwerde zu Unrecht als unzulässig verworfen, so ist die angefochtene Entscheidung in der Regel aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzugeben (Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl FGG 14. Aufl. § 27 Rdnr. 66). Eine Sachentscheidung durch das Rechtsbeschwerdegericht ist vorliegend schon deshalb ausgeschlossen, weil die Sache nicht entscheidungsreif ist, da im Hinblick auf die vom Pfleger für das Verfahren erhobenen Beanstandungen weitere Ermittlungen erforderlich sind (Bodenrichtwert? Ertragswert? Reparaturstau? etc.).

Dem steht schließlich nicht entgegen, dass das Grundbuchamt zwischenzeitlich die Eigentums Umschreibung vorgenommen hat. Sollten die weiteren Ermittlungen ergeben, dass die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu versagen ist, so würde der bislang schwebend unwirksame Erbteilsveräußerungs- und Übertragungsvertrag vom 23.11.1999 unwirksam werden. Das Grundbuch würde in einem solchen Falle unrichtig sein und müsste berichtigt werden. Der Pfleger für das Verfahren wird zu prüfen haben, ob vorsorglich die Eintragung eines Widerspruchs in Betracht kommt.

Anmerkung:

Der zu besprechende Beschluss des SchlHOLG sowie der bereits in MittBayNot 2000, 543 abgedruckte Beschluss des OLG Hamm vom 14.8.2000, 15 W 59/00, behandeln beide die Frage, welche Auswirkungen der Beschluss des BVerfG vom 18.1.2000, 1BvR 321/96¹, für bereits erteilte vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen und die Wirksamkeit der dadurch genehmigten Verträge hat.

Das OLG Hamm neigt dazu, eine Bestandskraft² erteilter Genehmigungen anzunehmen, das SchlHOLG verneint sie. Sieht man sich beide Entscheidungen näher an, zeigt sich jedoch, dass jeweils ungewöhnliche Sachverhalte entschieden wurden, deren Verallgemeinerungsfähigkeit zumindest zweifelhaft ist.

Im Fall des SchlHOLG lag der angegriffene Verfahrensfehler darin, dass das Vormundschaftsgericht trotz der angemeldeten Einwände des Verfahrenspflegers die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ohne Vorbescheidsverfahren erteilte. Die Entscheidung des Rechtspflegers vom 22.3.2000 wurde vorerst nur dem Notar zugestellt; der Verfahrenspfleger erhielt seine Entscheidungsausfertigung erst nach Grundbuchvollzug des Vertrages. Nach dem in den Entscheidungsgründen mitgeteilten Sachverhalt, dass die Zustellung an Notar und Pfleger *gleichzeitig verfügt* wurde, dürfte die verspätete Zustellung wohl nicht aus böser Absicht, sondern eher durch ein Büroversehen erfolgt sein, das erst bei Wiedervorlage der Akte entdeckt wurde. Der nach außen erkennbare, objektive Sachverhalt geht aber doch sehr in die Richtung der Fälle, in denen wegen arglistiger Herbeiführung der Unanfechtbarkeit auch

¹ MittBayNot 2000, 311 = DNotZ 2000, 387.

² Sofern im Folgenden der Ausdruck „Bestandskraft“ verwendet wird, ist dieser im untechnischen Sinne einer Unaufhebbarkeit zu verstehen, ohne dass eine Erörterung zu der Frage einer Rechtskraftfähigkeit der Genehmigung erfolgen soll.

schon bisher die Rechtsprechung die Zulässigkeit einer Beschwerde trotz §§ 55, 62 FGG zugelassen hatte³. Auch bei einem bloßen Versehen stellt sich die Frage, ob nicht der grobe Verfahrensfehler des Gerichts, der die Beschwerdemöglichkeit abgeschnitten hat, eine außerordentliche Beschwerdemöglichkeit eröffnet.

Das OLG Hamm hat zwar im amtlichen Leitsatz erklärt, die Entscheidung des BVerfG habe § 62 FGG nicht aufgehoben und damit keinen Beschwerderechtszug eröffnet.

Auch dieser Beschluss ist jedoch von Besonderheiten des Sachverhalts geprägt: Eine gegen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vom 5.2.1997 eingelegte Beschwerde war vom Landgericht mit Beschluss vom 14.5.1997 als unbegründet abgewiesen worden. Hiergegen wurde (wohl im Gefolge der Entscheidung des BVerfG) am 7.2.2000 weitere Beschwerde eingelegt. Eigentlich tragender Grund der Entscheidung des OLG ist, dass durch die Sachentscheidung des Beschwerdegerichts eine richterliche Sachprüfung (wenn auch eigentlich zu Unrecht, da nach § 62 FGG die Beschwerde als unzulässig hätte zurückgewiesen werden müssen) erfolgt und damit jedenfalls den Anforderungen des BVerfG Genüge getan war.

Der von den beiden OLG unterschiedlich beurteilte Kern der Frage, welche Folgen der Beschluss des BVerfG für ergangene Genehmigungsbeschlüsse hat, liegt darin, ob eine vom Verfassungsgericht mit der Verfassung für unvereinbar erklärte Norm vorläufig weiter angewendet werden kann. Das BVerfG hat zwar Übergangsregelungen für die Verfahren beim Rechtspfleger erlassen⁴, zu der Frage der Aufhebbarkeit fehlerhaft zustande gekommener Entscheidungen – mit Ausnahme des entschiedenen Einzelfalls – aber nichts gesagt.

Als Versuch einer Lösung soll im Folgenden der Unterschied zwischen der verfassungsgerichtlichen Nichtigerklärung und der Unvereinbarkeitsklärung dargestellt werden. Vor diesem Hintergrund ist sodann die Wirkung der §§ 55, 62 FGG in der derzeitigen Fassung und die möglichen Folgen der Entscheidung des BVerfG hierauf zu untersuchen. Aus dem Ergebnis soll dann abgeleitet werden, welche Folge am besten den Intentionen des BVerfG entsprechen dürfte.

Normale Folge der Verfassungswidrigkeit einer Norm ist, dass sie nicht mehr angewendet werden darf⁵. Die (bloße) Unvereinbarkeitsklärung von Gesetzen mit der Verfassung ist eine Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG, die an sich im BVerfGG nicht vorgesehen ist⁶. In diesen Fällen wird das Gesetz gerade nicht aufgehoben, sondern soll – häufig im Rahmen einer vom BVerfG erlassenen Übergangsregelung – vorläufig weiter vollzogen werden.

Fallgruppen der bloßen Unvereinbarkeitsklärung sind⁷:

- gleichheitswidrige Diskriminierungen, bei denen die Aufhebung des Gesetzes auch die rechtmäßige Gewährung des Vorteils verhindern würde,
- Fälle, in denen die Aufhebung des Gesetzes einen noch weniger der Verfassung entsprechenden Zustand bewirken

³ Keidel/Engelhardt, FGG, 14. Aufl. 1999, § 55, Rdnr. 17; BayObLG MittBayNot 1998, 107, 108 m.w.N.

⁴ B.III. der Gründe.

⁵ Z.B. BVerfGE 73, 40, 101; Schlaich, Das BVerfG, 2. Aufl. 1991, Rdnr. 378.

⁶ Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 1991, § 20 Rdnr. 12; Schlaich a.a.O., Rdnr. 395.

⁷ Schlaich a.a.O., Rdnr. 382 ff. mit Beispielen.

würde, z.B. bei (völliger) Aufhebung einer verfassungswidrigen Abgabennorm⁸,

- nicht klare Abgrenzbarkeit des verfassungswidrigen Teils⁹,
- Fälle, in denen bei einer Mehrzahl von Abhilfemöglichkeiten der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers respektiert werden soll¹⁰. Auf diese Fallgruppe hat sich auch das BVerfG in seinem Beschluss vom 18.1.2000 bezogen¹¹.

Wären §§ 55, 62 FGG für bereits gefasste Beschlüsse nicht mehr anzuwenden, wäre eine Anfechtung der Genehmigungsentscheidung auch „nach Jahr und Tag“ noch möglich, da gegen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dann die unbefristete Beschwerde nach § 19 FGG eröffnet wäre. Ob eine Verwirkung des Beschwerderechts angenommen werden kann, wenn der Betroffene nach der bisherigen Gesetzeslage davon ausgehen musste, nach § 62 FGG keine Beschwerdemöglichkeit zu haben, ist zumindest sehr zweifelhaft: Das von der h.M. so genannte „Umstandsmoment“ der Verwirkung verlangt ein treuwidriges Zuwarten, das aber bei Unmöglichkeit der Rechtsverfolgung ausscheidet¹².

§§ 55, 62 FGG sind also der Ersatz dafür, dass vormundschaftsgerichtliche Genehmigungsentscheidungen sonst nicht formell rechtskräftig werden. Anliegen ist, eine Verlässlichkeit der einmal hergestellten Rechtslage zu schaffen.^{13,14}

Dabei ist der historische Gesetzgeber des BGB noch davon ausgegangen, dass die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wie eine Willenserklärung zu behandeln sei¹⁵. Zwischenzeitlich hat sich jedoch die Auffassung durchgesetzt, dass es sich richtig um einen privatrechtsgestaltenden Staatsakt handelt¹⁶.

Bei der Behandlung fehlerhafter Staatsakte hat sich in der Rechtsentwicklung der Grundsatz durchgesetzt, dass einfachfehlerhafte Staatsakte nicht mehr als per se nichtig, sondern nur in einem bestimmten Verfahren als aufhebbar behandelt werden¹⁷. Grund dieser Entwicklung ist insbesondere der Gedanke des Schutzes des Vertrauens in eine einmal geschaffene Rechtslage. Am deutlichsten zeigen sich diese ursprünglich

⁸ Z.B. BVerfGE 90, 60, 105.

⁹ So z.B. das BVerfG vom 18.1.2000 unter B.III.1.

¹⁰ Z.B. BVerfGE 73, 40, 101 f. – kritisch zu dieser Fallgruppe Schlaich, Rdnr. 369.

¹¹ B.III.1. der Gründe.

¹² Staudinger/J. Schmidt, BGB (1995) § 242 Rdnrn. 535, 546, 550; Erman/O. Werner, BGB, 10. Aufl. 2000, § 242 Rdnr. 84.

¹³ Keidel/Engelhardt, 55, Rdnr. 10; Heß/G. Vollkommer, JZ 2000, 785, 788; Staudinger/Engler (1999), § 1828 Rdnr. 44.

¹⁴ Überhaupt zeigt das FGG – teils wohl durch die historische Fortentwicklung, teils wegen der engen Verknüpfung mit dem materiellen Recht – eine Vielzahl von Möglichkeiten, die Unabänderlichkeit und Verlässlichkeit einer Entscheidung herbeizuführen: Teilweise wird eine rückwirkende Korrektur aus materiell-rechtlichen Erwägungen ausgeschlossen, so z.B. bei Grundbucheintragungen und Erbscheinen (hierzu schon Reiß, MittbayNot 2000, 373, 380), ein bestellter Vormund und Betreuer darf noch so lange wirksam tätig werden, bis er bzw. der Vertragspartner die Beendigung der Bestellung kennen musste (§§ 1893, 1698 a, b, 1908 i BGB), Adoptionsbeschlüsse sind unanfechtbar (§ 56 e S. 3 FGG), gegen die Entlassung eines Vormunds (§ 60 Nr. 3 FGG) ist die sofortige Beschwerde zulässig, in den FGG-Folgesachen einer Ehescheidung ist die befristete Beschwerde zulässig (§ 621 e ZPO).

¹⁵ Heß/Vollkommer a.a.O., S. 788.

¹⁶ Heß/Vollkommer a.a.O.; Staudinger/Engler (1999), § 1828 Rdnr. 9 ff.; Erman/H. Holzhauser, § 1828 Rdnr. 7; Keidel/Engelhardt, § 55 Rdnr. 5.

¹⁷ Pawlowski, JZ 2000, 913, 917.

von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze nun in der Kodifikation der §§ 48, 49 VwVfG, die die Aufhebung begünstigender Verwaltungsakte einschränken. Eine Ausnahme zeigt sich hier nur im Fall grösster Fehler, die zur Nichtigkeit führen (§ 44 VwVfG: „Evidenztheorie“)¹⁸.

Im Fall der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist der Vertrauensschutz des Vertragspartners noch besonders dadurch berührt, dass er nach h.M. nicht Beteiligter des Genehmigungsverfahrens ist¹⁹, so dass er selbst den (einfachen) Rechtsfehler häufig gar nicht kennt²⁰.

Mit dieser Differenzierung einfacher und (zur Nichtigkeit führender) grober Fehler gelingt es *Pawlowski*, die bisher schon anerkannten Fälle einer nachträglich zulässigen Aufhebung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu erklären: Bei groben Fehlern der Genehmigung oder einer Kollusion von Betreuer und Vertragsgegner ist die Genehmigung entweder wegen Evidenz oder wegen Kollusion nichtig und damit per se unwirksam²¹. Damit fehlt es an einem (nur einfach-fehlerhaften) wirksamen Staatsakt und an schützenswertem Vertrauen.

Nicht gefolgt werden kann m.E. *Pawlowski* jedoch bei dem weitergehenden Schluss, der nur einfach-fehlerhafte privatrechtsgestaltende Staatsakt sei nach Wirksamwerden des Vertrages aus den vorgenannten Gründen nie mehr aufhebbar; also auch wenn §§ 55, 62 FGG nicht im Gesetz stünden, bleibe der einmal wirksame Vertrag (von den Evidenzfällen abgesehen) stets wirksam, ein Ausgleich könne allenfalls über Amtshaftungsansprüche erfolgen²²: Die Lehre vom fehlerhaften Staatsakt ist zwar allgemein anerkannt, im Einzelnen jedoch durch das einfache Recht geregelt. Auch eine „gefestigte Rechtsprechung“ als Ersatz für eine gesetzliche Basis besteht zumindest im Fall der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung mit Sicherheit nicht. Der wohl herrschenden Meinung, die Bestandskraft der genehmigten Verträge beruhe auf §§ 55, 62 FGG²³, eine Aufhebung der Vorschriften beseitige die Bestandskraft, ist daher zu folgen. Nur dies entspricht auch der Intention des historischen Gesetzgebers, der §§ 55, 62 FGG gerade zur Herbeiführung der Bestandskraft einführte.

Betrachtet man vor diesen Überlegungen die Entscheidung des BVerfG, ergibt sich jedoch: Hätte das BVerfG einfach §§ 55, 62 FGG aufgehoben, wäre das Gesetz jetzt deswegen lückenhaft, weil ein Vertrauensschutz für erteilte Genehmigungen (mangels einer formellen Rechtskraft der Genehmigungsentscheidung) fehlte. Wenn das BVerfG auch auf die

oben genannte zweite Fallgruppe der Unvereinbarkeitserklärung nicht ausdrücklich Bezug nimmt, würde eine bloße Aufhebung der §§ 55, 62 FGG eine erhebliche Rechtsunsicherheit schaffen, die ebenfalls verfassungsrechtlich unerwünscht ist²⁴.

Zumindest für abgeschlossene Fälle wird dieses Ergebnis, dass die Bestandskraft der Entscheidungen weiter anerkannt wird, auch von §§ 95 Abs. 3 S. 3, 79 BVerfGG bestätigt: Hiernach soll – von Strafurteilen abgesehen – die Bestandskraft vollzogener Hoheitsakte trotz späterer Nichtigterklärung des zugrunde liegenden Gesetzes grundsätzlich beachtet werden²⁵. Dies muss erst recht dann gelten, wenn das BVerfG – wie hier – eine Nichtigterklärung gerade vermieden hat.

Zumindest bei in der Vergangenheit genehmigten Verträgen bleibt es also bei der Bestandskraft und Unanfechtbarkeit. Um die Rechtsanwender auf die Änderung der Rechtslage hinzuweisen²⁶ sollte aus rechtsstaatlichen Gründen auch noch bis zum Publikwerden der Entscheidung des BVerfG, wofür als Datum am besten die Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt²⁷ am 13.4.2000 dienen kann, noch eine Übergangsfrist zugestanden werden²⁸.

Noch schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie bis zu einer gesetzlichen Neuregelung Verstöße gegen das bundesverfassungsgerichtlich angeordnete Vorbescheidungsverfahren zu behandeln sind: Bleibt – mit anderen Worten – eine Beschwerde zulässig, wenn der Rechtspfleger ohne Vorbescheid entscheidet? Der diesbezügliche Schluss des SchHOLG²⁹ ist naheliegend, aber nicht zwingend: Auch in den sonstigen Fällen des fehlerhaften Staatsaktes begründet ein (einfacher) Verfahrensfehler nicht unbedingt die Anfechtbarkeit: §§ 55, 62 FGG sollen ja eine Anfechtung gerade ausschließen. Auch dass es sich um einen möglichen Verfassungsverstoß handelt, begründet zumindest nach der h.M. bei Verletzungen des rechtlichen Gehörs³⁰ als solches noch nicht stets eine Anfechtbarkeit.

¹⁸ Ein anderes Beispiel ist die eingeschränkte Möglichkeit der Wiederaufnahme rechtskräftiger Urteile (§§ 578 ff. ZPO; 359 ff. StPO; 153 VwGO).

¹⁹ *Staudinger/Engler* § 1828 Rdnrn. 51, 59; *Erman/H.Holzhauser*, § 1828, Rdnr. 16.

²⁰ *Pawlowski* führt diesen Gedankengang noch dahin weiter, dass es eigentlich auch angreifbar sei, wenn das BVerfG – ohne dem Vertragspartner überhaupt Gelegenheit zur Äußerung zu geben – diesem mit der Aufhebung der Genehmigung den wirksamen Vertrag wieder nimmt (a.a.O. S. 918 f.).

²¹ *Pawlowski* a.a.O.

²² A.a.O. S. 919. Auf Seite 920 entwickelt er dann den Vorschlag, der Gesetzgeber solle, um den Auftrag des BVerfG zu erfüllen, nur pro forma Entscheidungen des Rechtspflegers aus §§ 55, 62 FGG herausnehmen „wenn dies auch den bestehenden Rechtszustand nicht verändert“.

²³ Davon gehen z.B. beide OLG ohne weiteres aus; ebenso BayObLGZ 1989, 242, 255; *Heß/Vollkommer*, JZ 2000, 785, 789.

²⁴ Dass die Rechtssicherheit als solche von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung als schützenswertes Rechtsgut betrachtet wird, ergibt sich z.B. aus den Entscheidungen BVerfG MittBayNot 1999, 185, 190 (die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses einer Testamentserrichtung durch Erblasser, die weder sprechen noch schreiben können, hat keine Auswirkungen, wenn der Erbfall schon eingetreten ist), BGH MittBayNot 1994, 414, 415 (zur Formfreiheit der Genehmigung) und BGH DNotZ 2000, 854, 861 (Folgen der Nichtigkeit vereinbarungensetzender WEG-Beschlüsse).

²⁵ Hierzu *Pestalozza* a.a.O., § 20 Rdnr. 75 ff.

²⁶ Soweit ich die Literatur beurteilen kann, ist die Entscheidung des BVerfG nirgends erwartet worden, allenfalls geht der Beitrag von *G. Vollkommer*, FamRZ 1999, 667 ff. in die Richtung des BVerfG, wobei jedoch auch hier der Schwerpunkt auf der Ebene der verfassungskonformen Anwendung des einfachen Rechts liegt. Auch die einstweilige Anordnung des BVerfG in der Sache (NJW-RR 1996, 833 = ZEV 1996, 237 = BWNotZ 1996, 120) beschränkte sich auf eine bloße Folgenabwägung ohne materielle Ausführungen. *Eickmann*, Rpfleger 2000, 245 spricht daher von einem „Überraschungsurteil“.

²⁷ BGBl 2000 I S. 444.

²⁸ Ebenso *Pestalozza* a.a.O. § 20 Rdnr. 45, zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens von BVerfG-Entscheidungen, jedoch gegen die dort zitierte Rspr. des BVerfG.

²⁹ Ebenso *Heß/Vollkommer* a.a.O. S. 788; das OLG Hamm spricht nur von „Altfällen“ (MittBayNot 2000, 543, 545) und lässt damit offen, wie „Neufälle“ zu behandeln sind.

³⁰ Hierzu z.B. BGH MDR 1997, 1147, 1148; BayObLGZ 1989, 242, 249; OLG Stuttgart FamRZ 1998, 1323, 1325 – a.A. *Schneider* MDR 1997, 1148 f., *ders.* MDR 1998, 1246 f.)

Im Kern dürfte es sich auch hier um ein Problem der Folgenabwägung handeln: Nimmt man eine „automatische“ Anfechtbarkeit bei Verstoß gegen die Anordnungen des BVerfG an, wäre zwar der verfassungsrechtliche Anspruch des Betroffenen auf eine richterliche Entscheidung optimal gewährleistet. Auf der anderen Seite steht, dass auch der Normanwendungsbefehl des BVerfG nicht so eindeutig ist, wie es den Anschein hat: Das BVerfG selbst hat nur über einen ungewöhnlichen Fall (Übergehung eines bekannten und handlungsfähigen Beteiligten, wobei bereits die Frage nicht erörtert wurde, wie die – ebenfalls vorhandenen – unbekannteten Erben in das Verfahren einzubeziehen sind) entschieden und deshalb keine klaren Kriterien aufgestellt, in welchen Fällen ein Verfahrenspfleger aufzustellen ist und das Vorbescheidsverfahren durchzuführen ist, wenn der Vertretene selbst unbekannt oder nicht handlungsfähig ist³¹.

Zum anderen würde eine spätere Anfechtungsmöglichkeit für den Vertragspartner ein ständiges Risiko bedeuten. Nachdem der Vertragspartner selbst nicht Verfahrensbeteiligter ist und kein Beschwerderecht hat³², kann er den Gang des Verfahrens praktisch nicht beeinflussen. Nachdem zumindest traditionell stattgebende vormundschaftsgerichtliche Genehmigungsentscheidungen nicht begründet werden, ist es auch für den Vertragsgegner (und auch den Notar) kaum absehbar, ob das Verfahren an einem Rechtsfehler leidet³³. Selbst wenn der Vertragspartner dann feststellte, dass ein Vorbescheidsverfahren zu Unrecht nicht durchgeführt wurde, hätte er kaum eine Möglichkeit, dies sicherheitshalber berichtigen zu lassen. (Sollte er etwa beim Vormundschaftsgericht anregen, einen Verfahrenspfleger zum Zwecke der Beschwerdeeinlegung zu bestellen und den Ausgang des Beschwerdeverfahrens abwarten?).

Mit diesen Unwägbarkeiten wäre aber ein Vertrag mit einem Minderjährigen (oder sonst nicht voll Geschäftsfähigen) einem Vertragspartner kaum noch zumutbar, weil auch die Möglichkeiten einer sonstigen Sicherung äußerst beschränkt sind: Der Geschäftsgegner ist minderjährig, daher sind im Falle einer Rückabwicklung die besonderen Schutzvorschriften des Minderjährigenrechts zu beachten; insbesondere kann sich der Vertragspartner hier nach h.M. nicht einmal gegen den Einwand des Wegfalls der Bereicherung auf Seiten des Minderjährigen mit der Saldotheorie verteidigen³⁴. Die üblichen Sicherungsmöglichkeiten, wie Vollzugaufschub oder Abwicklung über Anderkonto scheiden deswegen aus, weil eine Anfechtung – abgesehen vom Fall der Verwirkung des Anspruchs oder der Erledigung durch Gutgläubenserwerb

eines Dritten – grundsätzlich unbefristet zulässig wäre. Eine Sicherung durch Bankbürgschaft dürfte aus dem selben Grund wirtschaftlich kaum darstellbar sein; wegen der oben geschilderten Schwäche der Primärverbindlichkeit wäre sogar eher noch eine (abstrakte) Bankgarantie zu denken. Wer möchte aber ernsthaft dieses Risiko absichern?³⁵

Vielleicht könnte ein Ausweg darin liegen, dass der Vertragspartner (individualvertraglich, sonst läge wohl ein Fall des § 9 AGBG vor) den Minderjährigen vorsorglich auf ein etwaiges Beschwerderecht verzichten ließe. Ein Rechtsmittelverzicht ist grundsätzlich möglich³⁶ und dürfte auch durch den gesetzlichen Vertreter erklärt werden können. Setzt man mit den Überlegungen des BVerfG einen möglichen Interessengegensatz zwischen Betreuer und Betreutem voraus, bleibt natürlich auch hier ein etwas schaler Beigeschmack. Ein Verzicht zu Lasten des Betreuten könnte immerhin einen Haftungsanspruch gegen den Betreuer begründen.

Ein weiterer Ausweg könnte darin liegen, auf eine vorherige Genehmigung auszuweichen, bei der § 1829 BGB nicht anwendbar ist³⁷. Es fragt sich jedoch, ob nicht auch hier früher oder später die Grundsätze des BVerfG angewendet werden, da auch hier keine richterliche Kontrolle der Rechtspflegersentscheidung vorgesehen ist³⁸. Nimmt man diese Misslichkeiten zusammen, könnte man bis zu einer gesetzlichen Neuregelung eigentlich nur abraten, mit einem Minderjährigen überhaupt genehmigungspflichtige Geschäft abzuschließen.

Eine Lösung des Problems kann auch hier nur darin liegen, wenn man die grundsätzliche Wirksamkeit des § 62 FGG auch bei einem „einfachen“ Verstoß gegen die Anordnungen des BVerfG weiter anerkennt. Ein „einfacher Verstoß“ könnte etwa dann vorliegen, wenn der Rechtspfleger aus nachvollziehbaren Erwägungen die Beiziehung eines Verfahrenspflegers oder ein Vorbescheidsverfahren nicht für erforderlich hält, etwa weil der Fall einfach und eindeutig gelagert ist. Liegt dagegen ein „qualifizierter“ Verstoß gegen die Anordnungen vor, ist also das Verhalten des Rechtspflegers grob ermessensfehlerhaft³⁹, wäre eine Anfechtungsmöglichkeit über eine Erweiterung der außerordentlichen Beschwerdemöglichkeit gegeben. Auf jeden Fall wird in Zukunft mit einer Zunahme der Anfechtungen und damit gesteigerter Rechtsunsicherheit zu rechnen sein.

Das SchIHOLG hat im zu beurteilenden Fall daher m.E. (vielleicht noch unter dem Vorbehalt, dass die Entscheidung des

³¹ Näher *Reiß*, MittBayNot 2000, 373, 377 f.; noch weitergehend, aber extreme Mindermeinung *Kraiß* BWNZ 2000, 94: die Entscheidung sei überhaupt nur bei Übergehung eines selbst ansprechbaren Vertretenen anwendbar.

³² *Staudinger/Engler* a.a.O. § 1828 Rdnrn. 51, 59; *Erman/H. Holzhauser*, § 1828, Rdnr. 16; *Pawlowski* JZ 2000, 913, 918.

³³ Nachdem diese Praxis wohl auf der Überlegung gründet, eine voll stattgebende Entscheidung könne vom Antragsteller mangels Beschwer nie angefochten werden (in diese Richtung z. B. *Staudinger/Engler* [1999] § 1828, Rdnrn. 55 f.; *Erman/H. Holzhauser*, § 1828 Rdnr. 17: „grundsätzlich kein Beschwerderecht“), sollte dies aufgrund der Entscheidung des BVerfG, das einen latenten Interessengegensatz zwischen Betreuer und Betreutem annimmt, neu überdacht werden. Eine Begründung gäbe auch im Falle einer Beschwerde dem Beschwerdegericht eine bessere Prüfungsgrundlage, von welchen Voraussetzungen der Rechtspfleger ausgegangen ist.

³⁴ BGH NJW 1994, 2021, 2022; *Erman/H.P. Westermann*, § 818 Rdnr. 43 m.w.N.; *Staudinger/W. Lorenz* (1999) § 818 Rdnr. 42.

³⁵ Interessant ist die Frage, ob der Notar nach § 17 BeurkG auf diese Risiken hinweisen muss. Abgesehen von einem vielleicht generellen Hinweis auf die allgemeinen Probleme und Rechtsunsicherheiten bis zu einer gesetzlichen Neuregelung dürfte sich der Notar wohl darauf verlassen können, dass das Vormundschaftsgericht das Verfahren nach dem Gesetz gestaltet. Ein Hinweis etwa in die Richtung, bei einem Fehler des Rechtspflegers drohten erhebliche Gefahren, würde dem Rechtspfleger eine geringere Rechtskenntnis als dem Notar unterstellen und verstieße damit gegen die gegenseitige Kollegialität der Träger eines öffentlichen Amtes.

³⁶ Vgl. nur *Keidel/Zimmermann*, § 31 Rdnr. 5.

³⁷ *Pawlowski* JZ 2000, 913, 914.

³⁸ In diese Richtung z.B. auch *G. Vollkommer* FamRZ 1999, 667, 669.

³⁹ In meinem Aufsatz MittBayNot 2000, 373, 378 habe ich versucht, Kriterien aufzustellen, wann ein Vorbescheidsverfahren regelmäßig sinnvoll und durchzuführen ist. Das sind insbesondere die Fälle, in denen der Vertrag gegen den erklärten Willen des Betreuten geschlossen werden soll, sonst ein Interessengegensatz zwischen Betreuer und Betreutem objektiv erkennbar ist, oder in denen wegen Komplexität der Sachlage die Kontrolle durch einen außenstehenden Dritten angeraten sein kann.

Rechtspflegers zu einem Zeitpunkt ergangen ist, als die Entscheidung des BVerfG noch nicht allgemein publik war) richtig entschieden: Einerseits wurde zwar ein Verfahrenspfleger beigezogen, dem Rechtspfleger war aufgrund der geäußerten Einwände also erkennbar, dass Interessengegensätze zwischen Betreuer und Betreutem zumindest möglich waren, andererseits wurde dem Verfahrenspfleger durch den Vollzug des Vertrags, bevor er überhaupt Kenntnis von der Entscheidung nehmen konnte, jede Möglichkeit genommen, im Interesse des Betreuten eine richterliche Prüfung zu erreichen. Nachdem damit der Zweck der Pflegerbestellung praktisch konterkariert wurde, war eine spätere Aufhebung der Entscheidung trotz § 62 FGG rechtsstaatlich geboten.

Nachdem beide OLG im jeweils entschiedenen Fall sicher richtig, die Streitfrage der Anwendbarkeit der §§ 55, 62 FGG jedoch im unterschiedlichen Sinne entschieden haben, ist das letzte Wort noch nicht gesprochen: Es ist zu wünschen, dass der BGH anlässlich einer Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber eine Entscheidung treffen wird, die der Rechtssicherheit einmal genehmigter Verträge dient.

Notar *Martin Thomas Reiß*, Münsterstadt

16. BGB 1376 (*Berechnung des Zugewinns bei Erwerb eines Grundstücks mit Rückfallklausel*)

Der Wert einer unter Vereinbarung einer Rückfallklausel für den Fall des Vorversterbens oder der Weiterveräußerung erworbenen Immobilie ist für Zwecke der Berechnung des Zugewinnausgleiches im Regelfall mit $\frac{1}{3}$ des Verkehrswertes anzusetzen.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG München, Beschluss vom 13.4.2000 – 12 UF 765/00 –

Aus den Gründen:

(...)

Problematisch ist im vorliegenden Fall lediglich die Bewertung der im Anfangs- und Endvermögen stehenden Immobilie des Beklagten durch die auflösend bedingte Rückfallvereinbarung gemäß Ziff. IV 2 des notariellen Übergabevertrages vom 5.5.1988. Entgegen den Ausführungen des Beklagten handelt es sich bei dem mit einem Haus bebauten Grundstück um einen Vermögenswert, der in die Zugewinnbilanz einzu beziehen ist, da hierunter grundsätzlich alle zum maßgeblichen Stichtag vorhandenen rechtlichen Positionen mit wirtschaftlichem Wert fallen (vgl. z.B. BGH FamRZ 1992, 1155 ff.). Hierunter fällt zweifellos auch das Grundstück, nachdem die Beklagte sowohl beim Stichtag zum Anfangsvermögen als auch zum Endvermögen Eigentümer war. Die Rückfallklausel bedeutet aber, dass es sich um eine bedingte und damit unsichere Rechtsposition des Beklagten handelt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist diese Immobilie daher wegen der Schwierigkeit und Unsicherheit der Bewertung bedingter oder zweifelhafter Rechte zu bestimmten Stichtagen, wie das Familiengericht zutreffend ausgeführt hat, mit einem Schätzwert in das Anfangs- und Endvermögen einzustellen (BGH FamRZ 1983, 882 ff.; 1992, 1155 ff.; eingehend *Haußleiter-Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 2. Aufl., Kap. 4 Rdnr. 123, 214). Hinsichtlich der Schätzung folgt der Senat im vollen Umfang dem Familiengericht, dass nach Abwägung aller Umstände der Wert der

Immobilie beim Anfangs- und Endvermögen mit jeweils nur $\frac{1}{3}$ des tatsächlichen Werts einzustellen ist. Insoweit hat das Familiengericht zu Recht dargestellt, dass die als Zeugen vernommenen Eltern des Beklagten erklärten, dass sie das Rückfallrecht bei Eintritt der entsprechenden Bedingungen wahrnehmen werden, wobei die vereinbarten Gründe, nämlich Kinderlosigkeit des Beklagten im Erbfall oder Verkauf oder Belastung des Grundstücks weitgehend sind. Andererseits kann entgegen den Ausführungen des Beklagten das Grundstück deshalb nicht als wertlos angesehen werden, weil der Beklagte bei den Stichtagen die Eigentümerstellung hatte und offen ist, ob die Rückfallbedingung jeweils eintreten, zumal das Rückfallrecht nur bis zum Ableben der zwischenzeitlich 69 bzw. 66 Jahre alten Eltern des Beklagten besteht und nicht vererblich ist. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass die Eltern dem Bruder des Beklagten in vorweggenommener Erbfolge die gleichen Wert zukommen ließen. Der Umstand, dass der Beklagte zwischenzeitlich bedauerlicherweise sehr behindert und erwerbsunfähig ist, steht dem nicht entgegen, da die Vollstreckung des Urteils die Rückfallbedingung nicht auslöst, sondern nur eine Beleihung des Grundstücks.

17. BGB §§ 2307 Abs. 1 Satz 2, 2191, 2180 (*Anrechnung Pflichtteil auf Nachvermächtnis*)

- 1. Ein Pflichtteilsberechtigter, der vom Erben den Pflichtteil aus dem vollen Wert des Nachlasses erhalten hat, braucht sich diese Zahlung auch nicht teilweise auf ein Nachvermächtnis anrechnen zu lassen, das nicht vom Erben, sondern von den Rechtsnachfolgern der Vorvermächtnisnehmerin zu erfüllen ist.**
- 2. Das Nachvermächtnis kann erst nach dem Erbfall, aber schon vor Eintritt des Nachvermächtnisfalles ausgeschlagen werden.**

BGH, Urteil vom 18.10.2000 – IV ZR 99/99 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen schuldhafter Verletzung seines Amtes als Testamentsvollstrecker in Anspruch. Sie und ihr Bruder entstammen der ersten Ehe des am 20.9.1979 verstorbenen Erblassers. Dieser war in zweiter Ehe mit der 1999 verstorbenen Streithelferin verheiratet. In seinem Testament aus dem Jahre 1978 setzte der Erblasser die Klägerin und deren Bruder als Erben ein. Sein hälftiges Erbbaurecht an einem Grundstück vermachte er der Streithelferin bis zu deren Tode, von da an der Klägerin. Er gestattete der Streithelferin die Veräußerung und wies den Testamentsvollstrecker an, den Verkaufserlös in festverzinslichen Wertpapieren anzulegen, die die Klägerin nach dem Tod der Streithelferin erhalten sollte.

Am 13.12.1979 schlug die Klägerin die Erbschaft als Testamentserbin aus. Auf ihren Pflichtteil erhielt sie ca. 1,2 Mio. DM. Für die Berechnung dieses Betrages wurde vom gesamten Wert des Nachlasses mit Einschluss des hälftigen Erbbaurechts ausgegangen, das mit 469.560 DM angesetzt wurde.

In einem Schreiben vom 8.1.1980 belehrte der Beklagte die Streithelferin dahin, dass die Klägerin infolge der Ausschlagung nicht mehr Nachvermächtnisnehmerin sei und die Streithelferin über das Erbbaurecht nach Belieben verfügen könne. Sie veräußerte am 25.6.1990 das Erbbaurecht für 1.050.000 DM. Die Klägerin hat schon vor dem Tod der Streithelferin Feststellung begehrt, dass der Beklagte ihr Schadensersatz schulde, weil er den Erlös des Erbbaurechts nicht in Wertpapieren angelegt habe. Nach dem Tod der Streithelferin hat die Klägerin den Schaden auf 1.050.000 DM nebst Zinsen beziffert. Der

Beklagte meint, die Klägerin habe auch das Nachvermächtnis ausgeschlagen; im Übrigen sei ihr im Hinblick auf den erhaltenen Pflichtteil ein Schaden nicht entstanden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist zurückgewiesen worden. Dagegen wendet sie sich mit der Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. (...)

2. a) Nach § 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB steht dem Pflichtteilsberechtigten, der mit einem Vermächtnis bedacht ist und dieses nicht ausschlägt, ein Recht auf den Pflichtteil nicht zu, soweit der Wert des Vermächtnisses reicht. Das gilt nach überwiegender Meinung auch für ein aufschiebend bedingtes Vermächtnis. Danach ist das hier der Klägerin zugedachte Nachvermächtnis vollständig und ohne Rücksicht auf den späteren Eintritt der Bedingung auf den Pflichtteil anzurechnen (OLG Oldenburg NJW 1991, 988; *Staudinger/Haas*, BGB 13. Bearb. § 2307 Rdnr. 6; *Soergel/Dieckmann*, BGB 12. Aufl. § 2307 Rdnr. 2; *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts 4. Aufl. § 37 V 6 c S. 832 Fn. 115; *Ebenroth*, Erbrecht Rdnr. 970). Nach anderer Auffassung ist wegen der Ungewissheit des Bedingungseintritts zunächst davon auszugehen, dass der Pflichtteilsberechtigte kein Vermächtnis erhalten hat, der Pflichtteil also aus dem gesamten Nachlass zu errechnen. Fällt das Vermächtnis (oder Nachvermächtnis) aber später an, müsse sich der Pflichtteilsberechtigte darauf den schon erhaltenen Pflichtteil anrechnen lassen (OLG Karlsruhe Justiz 1962, 152; MünchKomm/*Frank*, BGB 3. Aufl. § 2307 Rdnr. 6 a.E.; *Schlitt*, NJW 1992, 28; *Strecker*, ZEV 1996, 327).

Im vorliegenden Fall hat die Klägerin den vollen Pflichtteil erhalten, aus welchen Gründen auch immer. Dann hat nach allen vertretenen Meinungen jedenfalls im Nachvermächtnisfall eine Anrechnung stattzufinden, soweit sich Pflichtteil und Wert des Nachvermächtnisses decken.

b) Das gilt jedoch nur, wenn sich die Ansprüche auf den Pflichtteil und auf das Vermächtnis gegen dieselbe Person richten, der Erbe also auch mit dem Vermächtnis beschwert ist. Die Revision rügt mit Recht, dass der Erbe als Schuldner des Pflichtteils im vorliegenden Fall nicht identisch ist mit den Schuldnern des Nachvermächtnisses, nämlich den Erben der Vorvermächtnisnehmerin. Auch soweit der Pflichtteil aus dem Vermögen berechnet worden ist, das die Klägerin aufgrund des Nachvermächtnisses in Anspruch nimmt, kann die empfangene Pflichtteilszahlung also nicht auf das Nachvermächtnis angerechnet werden. Vielmehr haben die Erben der Vorvermächtnisnehmerin das Nachvermächtnis in voller Höhe zu erfüllen unabhängig davon, dass der Erbe den von ihm gezahlten Pflichtteil nach Anfall des Nachvermächtnisses jedenfalls zum Teil wegen ungerechtfertigter Bereicherung von der Klägerin zurückverlangen könnte.

Damit war der Beklagte als Testamentsvollstrecker verpflichtet, den Nachvermächtnisanspruch der Klägerin ungekürzt zu erfüllen. Der Anspruch des Erben auf Erstattung des zuviel bezahlten Pflichtteils unterliegt der Testamentsvollstreckung ebenso wenig wie der Pflichtteilsanspruch selbst (§ 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB). Die Klägerin macht hier zwar nicht die Erfüllung des Nachvermächtnisses geltend, sondern einen Schadensersatzanspruch. Ihr Schaden ist aber nicht deshalb geringer, weil der Erbe den Pflichtteil bisher auch nicht teilweise zurückverlangt hat. Darauf können sich die Schuldner

des Nachvermächtnisanspruchs nicht berufen. Der Pflichtteilsanspruch hat nicht den Sinn, den Vorvermächtnisnehmer bei der Erfüllung des Nachvermächtnisses zu entlasten. Im Gegenteil besteht ein Pflichtteilsanspruch nicht, soweit das Nachvermächtnis reicht (§ 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Wenn der Erbe hier von einer (teilweisen) Rückforderung des Pflichtteils absieht, wirkt dies nicht zugunsten der Schuldner des Nachvermächtnisses, sondern allein zugunsten der Klägerin, der Schwester des Erben.

(...)

18. GG Art. 6 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1; BGB § 138, § 162 Abs. 2, § 242, § 2139 (*Anordnung des Nacherbfalls bei Lebensgemeinschaft mit Drittem*)

1. Zur Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung, die den Eintritt der Nacherbfolge daran anknüpft, dass die Vorerbin eine andere Person in ein zum Nachlass gehörendes Anwesen einlässt.

2. Zur Frage, ob besondere Umstände gemäß § 242 BGB der Geltendmachung des Erbrechts entgegenstehen.

BayObLG, Beschluss vom 2.11.2000 – 1Z BR 86/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die verwitwete Erblasserin ist 1984 verstorben. Aus ihrer Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, die Beteiligte zu 1 (Elfriede S.) und der vorverstorbenen S. Die Beteiligte zu 2 (Karin S.) ist die Tochter der Beteiligten zu 1. Der Beteiligte zu 3 ist ein Sohn des vorverstorbenen S.

Am 17.11.1977 errichtete die Erblasserin ein notarielles Testament, das in Ziffer II folgende Bestimmung enthält:

„Ich setze hiermit meine Tochter (Beteiligte zu 1) zu meiner Erbin ein.

Meine Tochter ist jedoch nur Vorerbin. Nacherbin ist ihre Tochter (Beteiligte zu 2) ersatzweise deren Abkömmlinge nach der gesetzlichen Erbfolge.

Die Nacherbfolge tritt ein mit dem Ableben der Vorerbin. Von den Beschränkungen der Nacherbfolge ist die Vorerbin nicht befreit.“

In einem notariellen Nachtrag vom 16.3.1982 zum Testament vom 17.11.1977 verfügte die Erblasserin bezüglich Ziffer II folgende Änderung:

„Ich habe in meinem Testament Nacherbfolge angeordnet; und zwar ist meine Tochter Vorerbin. Nacherben sind nunmehr (Beteiligter zu 3) und Karin S. (Beteiligte zu 2) als Berechtigte je zur Hälfte.

Die Nacherbfolge tritt ein mit dem Ableben der Vorerbin oder auch dann, wenn die Vorerbin Herrn A in das Haus Nr. 63 einlässt.

Im Übrigen bleibt Ziffer II des Testaments unverändert.“

Die Beteiligten zu 2 und 3 beantragten unter Hinweis darauf, dass A in das Haus Nr. 63 eingelassen worden sei, die Erteilung eines Erbscheins, der sie jeweils zur Hälfte als Erben der Erblasserin ausweisen sollte. Antragsgemäß erteilte das Amtsgericht am 25.1.2000 einen Erbschein, wonach die Erblasserin mit dem durch das Einlassen des A in das Haus seitens der Vorerbin spätestens am 31.5.1984 eingetretenen Nacherbfall von den Beteiligten zu 2 und 3 jeweils zur Hälfte beerbt worden ist.

Die hiergegen von der Beteiligten zu 1 mit dem Ziel der Einziehung des Erbscheins vom 25.1.2000 eingelegte Beschwerde hat das Landgericht mit Beschluss vom 5.5.2000 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1, jedoch ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt, die den Eintritt des Nacherbfalls betreffende Klausel im Testamentsnachtrag vom 16.3.1982 sei nicht sittenwidrig. In die Entscheidungsfreiheit der Vorerbin werde mit der Nacherbenklausel nicht unangemessen eingegriffen. Insbesondere lasse die Klausel der Beteiligten zu 1 die Möglichkeit einer Heirat mit A offen, weil der Eintritt der Nacherbfolge nicht von einer Eheschließung abhängig sei. Ob A das Anwesen schon vor dem Tod der Erblasserin mit deren Einwilligung betreten habe, könne offen bleiben, da für den Willen der Erblasserin von dem bis zu ihrem Tode unveränderten Testamentsnachtrag vom 16.3.1982 auszugehen sei. Soweit die Beteiligte zu 1 vorgetragen habe, der Geltendmachung des Erbrechts des Beteiligten zu 3 stehe entgegen, dass dieser A in das Anwesen eingelassen habe, sei dies für das Erbscheinsverfahren ohne Bedeutung, da im Erbscheinsverfahren lediglich zu prüfen sei, wer Erbe bzw. Nacherbe geworden ist.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

a) Nach den mit der weiteren Beschwerde nicht angegriffenen Feststellungen der Vorinstanzen ist A spätestens am 31.5.1984 von der Beteiligten zu 1 in das Haus Nr. 63 eingelassen worden. Das Landgericht hat dies zutreffend als das den Eintritt der Nacherbfolge auslösende Ereignis gemäß der von der Erblasserin getroffenen Bestimmung im notariellen Nachtrag vom 16.3.1982 zum Testament vom 17.11.1977 bewertet.

Die einschlägige den Eintritt der Nacherbfolge betreffende Testamentsbestimmung ist wirksam. Die Regelung verstößt unter Berücksichtigung der Grenzen, welche die Wertordnung des Grundgesetzes im Rahmen der Generalklausel des § 138 BGB für rechtsgeschäftliches Handeln zieht, nicht gegen die guten Sitten.

Auszugehen ist von der Testierfreiheit des Erblassers als bestimmendem Element der von Art. 14 Abs. 1. Satz 1 GG geschützten Erbrechtsgarantie. Sie ist als Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Tod hinaus eng mit der Garantie des Eigentums verknüpft und genießt wie diese als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit besonders ausgeprägten Schutz. Dem Erblasser ist hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln (BVerfG FamRZ 2000, 945/946).

Die durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistete freie Wahl des Ehepartners (vgl. BVerfGE 31, 58/67) steht der Wirksamkeit der von der Erblasserin verfügten Nacherbfolgeregelung nicht entgegen. Die letztwillige Verfügung enthält keine Beschränkung der Vorerbin hinsichtlich der Wahl ihres Ehepartners. Denkbar wäre allenfalls eine mittelbare Beeinflussung der Eheschließungsfreiheit der als Vorerbin eingesetzten Beteiligten zu 1 durch die Nacherbfolgeregelung insoweit, als im Fall einer Eheschließung mit A ein Zusammenleben mit diesem in dem Haus Nr. 63 den Eintritt des Nacherbfalls zur Folge haben konnte. Diese denkbare Fallgestaltung ist aber für den im Mai 1984 eingetretenen Nacherbfall ohne tatsächliche Relevanz, da A in das Anwesen eingelassen wurde, ohne dass ein Bezug zu einer erfolgten oder beabsichtigten Verheiratung zwischen der Beteiligten zu 1 und A bestand.

Das Landgericht ist in seiner Entscheidung auch zutreffend davon ausgegangen, dass Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit einer Verfügung von Todes wegen nur in besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen angenommen werden kann (BGHZ 140, 118/129). Die Auswirkungen der hier von

der Erblasserin getroffenen Nacherbfolgeregelung auf die Entschließungsfreiheit der Beteiligten zu 1 beschränkten sich jedoch darauf, dass A das Anwesen nicht mit Billigung der Beteiligten zu 1 betreten durfte und es der Beteiligten zu 1 nach Maßgabe dieser Bestimmung bei Meidung des Eintritts des Nacherbfalls verwehrt war, das Anwesen für einen vorübergehenden oder dauernden gemeinsamen Aufenthalt mit A zu nutzen. Da es der Beteiligten zu 1 aber unbenommen blieb, mit A in jeder anderen von ihr gewünschten Weise Kontakte zu pflegen und diesen auch zu heiraten, führt die Abwägung der widerstreitenden Interessen hier zu einem Vorrang der Testierfreiheit der Erblasserin mit der Folge, dass kein sittenwidriger Eingriff in die Entschließungsfreiheit der Beteiligten zu 1 vorliegt.

b) Das Landgericht durfte dahingestellt sein lassen, ob das Vorbringen der Beteiligten zu 1 zutrifft, A habe das Haus Nr. 63 vor dem Tod der Erblasserin mit deren Einwilligung betreten. Maßgebend für den Willen der Erblasserin ist der eindeutige Wortlaut des Testamentsnachtrags vom 16.3.1982; ein Widerruf dieser testamentarischen Verfügung gemäß §§ 2253 ff. BGB ist nicht erfolgt.

e) Soweit die Beteiligte zu 1 gestützt auf den Sachvortrag, der Beteiligte zu 3 habe A den Zutritt zu dem Haus Nr. 63 gestattet, den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB erhoben hat, ist das Landgericht diesem Einwand im Ergebnis zu Recht nicht weiter nachgegangen.

Es kann offen bleiben, ob die Berufung auf den Anfall einer Erbschaft unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB in Frage gestellt werden kann und ob und gegebenenfalls wie dies im Erbscheinsverfahren zu berücksichtigen wäre (vgl. BGHZ 140, 118/128). Gemäß § 2139 BGB fällt die Erbschaft dem Nacherben mit dem Eintritt des Nacherbfalls kraft Gesetzes an. Damit ist die dingliche Rechtsänderung mit Wirkung für alle Beteiligten vollzogen. Im Hinblick auf die dingliche Wirkung des Nacherbfalls kann bei mehreren Nacherben nicht danach differenziert werden, ob die hier behaupteten Umstände in der Person lediglich eines Nacherben zur Anwendung des Rechtsgedankens des § 162 Abs. 2 BGB führen können.

3. Wer die Gerichtskosten zu tragen hat, ergibt sich aus dem Gesetz. Gemäß § 13a Abs. 1 Satz 2 FGG hat die Beteiligte zu 1 die den Beteiligten zu 2 und 3 im Verfahren der weiteren Beschwerde entstandenen Kosten zu erstatten.

4. Der Geschäftswert für einen dem Nacherben erteilten Erbschein ist nach dem für den Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge zu ermittelnden Wert des an den Nacherben gelangten Teils des Nachlasses zu berechnen (BayObLGZ 1995, 109/112). Daher bleiben etwaige Wertsteigerungen, die aufgrund von Erschließungsmaßnahmen und der Entwicklung der Baulandpreise seit Mai 1984 aufgetreten sein können, unberücksichtigt. Auch soweit die Beteiligte zu 1 vorbringt, zu Lebzeiten der Erblasserin an deren Anwesen wertsteigernde Verwendungen erbracht zu haben, führt dies zu keiner Geschäftswertsteigerung; etwaigen wertsteigernden Verwendungen steht nämlich eine entsprechende Belastung des Nachlasses durch den von der Beteiligten zu 1 für ihre Aufwendungen geltend gemachten Ersatzanspruch gegenüber. Auf der Grundlage dieser Gegebenheiten ist der Geschäftswert des Verfahrens der weiteren Beschwerde wie bereits vom Amtsgericht im Erbscheinsverfahren entsprechend den Angaben, die von der Beteiligten zu 1 am 4.5.1984 zum Wert des Nachlasses gemacht wurden, auf DM 211.200,- anzusetzen.

19. Artikel 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG, § 1 UWG (*Testamentsvollstreckung durch Steuerberater*)

Die geschäftsmäßige Übernahme von Testamentsvollstreckungen ist von den Vorschriften des Rechtsberatungsgesetzes nicht freigestellt, wenn die Ernennung zum Testamentsvollstrecker auf privater Verfügung beruht. Steuerberatern ist die Übernahme auch nicht als bloße rechtliche Hilfs- oder Nebentätigkeit zu sonstigen verwaltenden Aufgaben erlaubt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.5.2000 – 20 U 41/00 (rkr.) –, mitgeteilt von *Manfred Winterscheid*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Antragsteller, Rechtsanwälte in K., beanstanden die Internetseite des in G. als Steuerberater tätigen Antragsgegners. Auf dieser gibt der Antragsgegner als Tätigkeitsschwerpunkt u. a. „Testamentsvollstreckung“ an.

Aus den Gründen:

Zu Recht wollen die Antragsteller dem Antragsgegner verbieten lassen, im Geschäftsverkehr zu Wettbewerbszwecken seine Dienste als privat ernannter Testamentsvollstrecker anzubieten. Ihr Unterlassungsanspruch ergibt sich aus § 1 UWG. Der Antragsgegner bezeichnet Testamentsvollstreckungen als einen seiner „Tätigkeitsschwerpunkte“, so dass sein Werbehinweis von den angesprochenen Verkehrskreisen dahin verstanden werden kann, ihn im Wege letztwilliger Verfügungen als Testamentsvollstrecker zu ernennen. Durch die Übernahme solcher Testamentsvollstreckungen ohne behördliche Erlaubnis besorgt er geschäftsmäßig fremde Rechtsangelegenheiten und handelt der Bestimmung des § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG zuwider. Da die Vorschriften des Rechtsberatungsgesetzes die Grenzen des Wettbewerbs auf dem Gebiet der Wahrnehmung fremder Rechtsangelegenheiten markieren, stellt ihre Missachtung eine Handlung dar, die gegen die guten Wettbewerbssitten, verstößt, so dass der Handelnde nach § 1 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann (BGHZ 48, 12, 17); dies gilt entsprechend für das Anbieten solcher Leistungen.

(...)

Unter der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten im Sinne des Rechtsberatungsgesetzes ist die unmittelbare Förderung konkreter fremder Rechtsangelegenheiten zu verstehen, die der Verwirklichung oder Gestaltung von Rechten Dritter dient (BGH, NJW 1989, 2125 – Erbensucher; NJW 1956, 591, 592). Daran gemessen stellt die Testamentsvollstreckung die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten nach Artikel 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG dar. Zu den gesetzlichen Aufgaben des Testamentsvollstreckers gehört es, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen (§ 2203 BGB), die Auseinandersetzung unter mehreren Erben zu bewirken (§ 2204 BGB) und den Nachlass zu verwalten (§ 2205 BGB), wobei dies die Befugnis einschließt, den Nachlass in Besitz zu nehmen und in gewissem Rahmen über ihn zu verfügen (§ 2205 S. 2, 3 BGB) sowie erforderlichenfalls Verbindlichkeiten einzugehen oder sonst Verträge zu schließen (§ 2206 BGB). Ist der Nachlass überschuldet, so ist der Testamentsvollstrecker verpflichtet, die Dürftigkeitseinrede für die Erben nach §§ 1990, 1992 BGB zu erheben. Er kann das Vergleichsverfahren über den Nachlass beantragen. Ausgleichspflichtige Vorempfänger hat er nach den §§ 2050 ff. BGB zu berücksichtigen. Gemäß § 2212 BGB ist er zur aktiven Prozessführung befugt. Seine Tätigkeit ist mithin dadurch geprägt, nach der

Willensbestimmung und unter Beachtung der Anordnungen des Erblassers unmittelbar Rechte zu verwirklichen und zu gestalten. Dabei hängt die Einordnung seiner Tätigkeit als Rechtsbesorgung nicht davon ab, wie groß der Anteil der Rechtsbesorgung im Verhältnis zur reinen Verwaltungstätigkeit im Einzelfall ist, namentlich ob es sich um eine Abwicklungsvollstreckung oder eine – seltenere und nach dem Gesetz unerwünschte Dauervollstreckung handelt (vgl. *Lang*, NJW 1999, 2332). Im Vordergrund bleibt in jedem Falle die rechtliche Betätigung. Die Tätigkeit ist für den Amtsinhaber auch eine fremde, weil er das Amt nur als Treuhänder nach den Weisungen des Erblassers im Interesse der von diesem begünstigten Personen ausübt (vgl. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1994, 236). All dies gilt auch für die von dem Antragsgegner angestrebten Mandate. Die Geschäftsmäßigkeit, die eine mit Wiederholungsabsicht erfolgende Tätigkeit erfordert, ergibt sich schon aus seiner Ankündigung, in Zukunft privat verfügte Testamentsvollstreckungen ausüben zu wollen.

Allerdings werden nach Artikel 1 § 3 Nr. 6 RBerG durch das Rechtsberatungsgesetz nicht berührt die Tätigkeiten als Zwangsverwalter, Konkursverwalter oder Nachlasspfleger sowie die Tätigkeit sonstiger, für ähnliche Aufgaben behördlich eingesetzter Personen. Auf diesen Ausnahmetatbestand kann sich der Antragsgegner indes nicht mit Erfolg berufen. Jedenfalls der durch private Verfügung ernannte Testamentsvollstrecker ist dem genannten Personenkreis nicht gleichgestellt (vgl. *Rennen/Caliebe*, RBerG, 2. Aufl. 1993, Artikel 1 § 3 Nr. 6, Rdnr. 45a, f.; *Henssler*, AnwBl. 1992, 334, *ders.* in ZEV 1994, 262, 263 f.; a. A. *Chemnitz* in *Altenhoff/Busch/Chemnitz*, RBerG, 10. Aufl. (1993), Artikel 1 § 3, Rdnr. 435 f.; *ders.*, AnwBl. 1992, 550, 551; *Senge* in *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, R 55, Art. 1 § 3 Nr. 6 RBerG, Rdnr. 19). Namentlich lässt er sich nicht in die Gruppe der „sonstigen für ähnliche Aufgaben behördlich eingesetzten Personen“ einordnen, weil es ihm an der behördlichen Einsetzung i. S. d. Artikel 1 § 3 Nr. 6 RBerG fehlt. Dass der privat ernannte Testamentsvollstrecker die Annahme seines Amtes gegenüber dem Nachlassgericht erklären muss (§ 2202 Abs. 2 BGB), steht der behördlichen Einsetzung nicht gleich. Denn das Nachlassgericht hat keine Möglichkeit, den Testamentsvollstrecker nach seinen Eignungskriterien auszuwählen und von sich aus den Beginn der Amtstätigkeit eines nach seiner Ansicht unfähigen oder sonst für die Amtsführung ungeeigneten Testamentsvollstreckers zu verhindern (so zu Recht *Henssler* in ZEV 1994, 263). Die nachträgliche Befugnis des Nachlassgerichts nach § 2227 BGB, den Testamentsvollstrecker zu entlassen, vermag dies nicht aufzuwiegen, zumal das Nachlassgericht nicht von Amts wegen aufgrund eigener Erkenntnisse, sondern nur auf Antrag der Beteiligten tätig werden kann. Seine Kontrollmöglichkeiten bleiben weit hinter denjenigen zurück, die den Gerichten sonst in Bezug auf den in Artikel 1 § 3 Nr. 6 RBerG genannten Personenkreis zu Gebote stehen.

Die von dem Antragsgegner gezogene Schlussfolgerung, die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten sei ein Teil der dem Testamentsvollstrecker nach §§ 2203 ff. BGB obliegenden Pflichten, also könne sie ihm nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht schlechterdings verboten sein (so *Chemnitz*, AnwBl. 1992, 550, 551), vermag nicht zu überzeugen. Die im Bürgerlichen Gesetzbuch statuierten Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers schaffen keine Präjudizien für den ganz anderen vom Rechtsberatungsgesetz geregelten Normzweck, den rechtssuchenden Verkehr zu schützen und die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu erhalten (vgl. *Henssler*, ZEV 1994, 263). Deshalb ist auch das Argument des

Landgerichts nicht einschlägig, das Bürgerliche Gesetzbuch belasse dem Testierenden die uneingeschränkte Wahl, wen er zum Testamentsvollstrecker bestimme. Aus der grundsätzlichen Testierfreiheit des Erblassers kann nicht gefolgert werden, dass jedermann seine Dienste als Testamentsvollstrecker geschäftsmäßig anbieten dürfte. Die Testierfreiheit (ebenso wie die Vertragsfreiheit) steht daher insoweit – dies ergibt die Abwägung der beteiligten Interessen – unter dem Vorbehalt der Zulässigkeit nach dem Rechtsberatungsgesetz. Hierdurch wird der Wille des Erblassers nicht unangemessen eingeschränkt; denn ihm bleibt die Möglichkeit, nicht geschäftsmäßig tätige Personen als Testamentsvollstrecker zu benennen oder dem Nachlassgericht nach § 2200 BGB geeignete Personen vorzuschlagen.

Das die Gruppe der Verwalter von Wohnungseigentum betreffende Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6.5.1993 (AnwBl. 1994, 254) rechtfertigt kein anderes Ergebnis. In jener Entscheidung führt der Bundesgerichtshof aus, es handle sich nicht um eine unerlaubte Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, wenn der von den Wohnungseigentümern hierzu ermächtigte Verwalter Ansprüche der Wohnungseigentümer gerichtlich geltend mache. Denn für den Verwalter nach dem Wohnungseigentumsgesetz komme jedenfalls die Ausnahmeregelung des Artikel 1 § 3 Nr. 6 RBERG zum Tragen. Zu den dort genannten Personen zählten auch die Personen, die zwar im Regelfall nicht vom Gericht bestellt würden, deren Tätigkeit hinsichtlich der ihnen zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse jedoch mit derjenigen der ausdrücklich genannten Personen vergleichbar sei. Dies treffe auf den Verwalter zu. Indes lässt sich dies auf den Testamentsvollstrecker nicht übertragen. Die betroffenen Lebensbereiche sind völlig unterschiedlich. Während Testamentsvollstreckungen zumeist auf verwandtschaftliche oder sonstige langjährige Vertrauensbeziehungen zurückgehen und es den Beruf des Testamentsvollstreckers bislang nicht gibt, hat sich im Bereich der Verwaltung von Wohnungseigentum ein eigener Wirtschaftszweig gebildet und ist dort die private uneigennützigte Amtsübernahme eher die Ausnahme. Auch in der Sache ist die Wohnungseigentumsverwaltung anders angelegt, namentlich auf eine dauerhafte Betätigung gerichtet. Den sich hieraus ergebenden Bedürfnissen der Praxis hat der Bundesgerichtshof offenbar durch eine Ausweitung der Handlungsbefugnisse zugunsten der Verwalter Rechnung tragen wollen. Für den Testamentsvollstrecker ist dies jedoch nicht veranlasst. Mit Blick auf die in der Wohnungswirtschaft durchaus zu beobachtenden negativen Erscheinungen hält der Senat es nicht für wünschenswert, wenn sich ungenügend qualifizierte Personen – es geht bei der Heranziehung von Artikel 1 § 3 Nr. 6 RBERG nicht nur um Steuerberater – mit dem Beruf des Testamentsvollstreckers ein neues Betätigungsfeld erschließen und auf dem schwierigen Gebiet des Erbrechts die Lösung diffiziler Fragen des Erbrechts in die Hand nehmen (z. B. Auslegung von Testamenten). Dem lässt sich nicht entgegenen, dass der Testamentsvollstrecker im Zweifel Rechtsrat einholen könne; denn auch diese Entscheidung setzt ein Mindestmaß an Problembewusstsein voraus.

Die danach restriktive Interpretation des Artikels 1 § 3 Nr. 6 RBERG bedeutet zugleich, dass auch Steuerberater grundsätzlich von der geschäftsmäßigen Übernahme von Testamentsvollstreckungen ausgenommen sind (vgl. *Henssler* Seite 265). Hierbei verkennt der Senat nicht, dass zumindest für die reine Verwaltungs- und Abwicklungstätigkeit die Befassung des Steuerberaters von Vorteil sein kann, weil er die Vermögensverhältnisse des Erblassers bereits kennt, die Nachlassgegenstände zu bewerten weiß und häufig über die familiären

Hintergründe informiert ist. Indes bleibt maßgebend, dass die rechtliche Betätigung bei der Testamentsvollstreckung im Vordergrund steht und Artikel 1 § 3 Nr. 6 RBERG außer dem Kriterium der „behördlichen“ Einsetzung keine Ansatzpunkte für eine Unterscheidung nach der Qualifikation desjenigen, der eine mit der Rechtsbesorgung verknüpfte Verwaltungsaufgabe ausüben möchte, bietet. Die allgemeine standes- und gebührenrechtliche Kontrolle, denen die Steuerberater unterliegen, vermag insoweit keinen hinreichenden Ausgleich zu schaffen. Auch eine analoge Anwendung der Vorschrift scheidet aus. Der Schutz des Rechtsverkehrs lässt es als hinnehmbar erscheinen, die Testierfreiheit des Erblassers in Bezug auf die Auswahl geschäftsmäßig tätiger Testamentsvollstrecker einzuschränken. Greifbare Anhaltspunkte für eine planwidrige Regelungslücke bestehen nicht. Es fügt sich mit Blick auf den Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes vielmehr ein, wenn der Gesetzgeber den Testamentsvollstrecker generell nicht in den Kreis der in Artikel 1 § 3 Nr. 6 RBERG genannten Personen aufgenommen wissen wollte. Ein gesetzgeberisches Versehen liegt auch deshalb fern, weil der Nachlasspfleger genannt ist, der häufige Fall des Testamentsvollstreckers jedoch nicht.

Hieraus ergibt sich entgegen der Ansicht des Antragsgegners kein unüberbrückbarer Widerspruch zu den Regelungen nach § 57 Abs. 3 StBerG, § 39 Abs. 1 Nr. 6 BOSTB. Wenn nach diesen Vorschriften die Wahrnehmung des Amtes als Testamentsvollstrecker mit dem Beruf des Steuerberaters vereinbar ist, so bedeutet dies nicht, dass sich der Steuerberater mit dieser Art von Rechtsbesorgung auch geschäftsmäßig befassen darf. Dies zuzulassen, bleibt alleine dem Rechtsberatungsgesetz vorbehalten.

Etwas anderes folgt für den Berufszweig der Steuerberater nicht aus Artikel 1 § 5 Nr. 2 RBERG. Nach dieser Bestimmung stehen die Vorschriften des Rechtsberatungsgesetzes dem nicht entgegen, dass (u. a.) Steuerberater in Angelegenheiten, mit denen sie beruflich befasst sind, auch die rechtliche Bearbeitung übernehmen, soweit diese mit den Aufgaben des Steuerberaters in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Dies setzt voraus, dass der Steuerberater eine Haupt- und eine Nebentätigkeit ausübt, wobei die rechtliche Tätigkeit bloße Hilfs- oder Nebentätigkeit bleiben muss. Denn das rechtspolitische Motiv für die Ausklammerung des in Artikel 1 § 5 RBERG genannten Personenkreises liegt darin, zulässige wirtschaftliche Tätigkeiten nicht allein deshalb zu unterbinden, weil sie notwendigerweise mit der Besorgung von Rechtsangelegenheiten einhergehen. Der Steuerberater muss daher zwei Geschäfte besorgen: das zu seiner eigentlichen Berufsaufgabe gehörende Hauptgeschäft und ein notwendiges Hilfsgeschäft, das an sich nach Artikel 1 § 1 RBERG erlaubnispflichtig ist (vgl. für Artikel 1 § 5 Nr. 1: BGH NTW 1989, 2125 – Erbensucher; allgemein zu Artikel 1 § 5: *Henssler* a.a.O. Seite 265). Die Testamentsvollstreckung stellt jedoch im Verhältnis zu der vom Steuerberater zu Lebzeiten des Erblassers ausgeübten Vermögensverwaltung kein notwendiges Hilfsgeschäft dar, sondern mit Blick auf die veränderte Zielrichtung eine neue, eigenständige Tätigkeit. Eine Aufspaltung der Testamentsvollstreckung in eine verwaltende Haupttätigkeit und eine rechtsbesorgende Nebentätigkeit scheidet aus, weil die Testamentsvollstreckung durch die rechtliche Betätigung geprägt wird, Letztere mithin nicht Nebentätigkeit sein kann. Es lässt sich daher nicht sagen, der Steuerberater sei im Rahmen der Testamentsvollstreckung in erster Linie mit der Vermögensverwaltung befasst und dürfe als Nebentätigkeit die rechtsbesorgenden Geschäfte mit erledigen.

Im Ergebnis nichts anderes gilt für den Ausnahmetatbestand gemäß Artikel 1 § 5 Nr. 3 RBERG. Nach dieser Vorschrift dürfen Vermögensverwalter, Hausverwalter und ähnliche Personen die mit der Verwaltung in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Rechtsangelegenheiten erledigen. Die Haupttätigkeit, die eine rechtsbesorgende Tätigkeit rechtfertigt, muss eine Verwaltungstätigkeit sein. Daran fehlt es im Falle einer Testamentsvollstreckung, weil diese durch die rechtliche Betätigung geprägt wird. Auch im Verhältnis zu einer von dem Steuerberater zu Lebzeiten des Erblassers ausgeübten Vermögensverwaltung stellt die Testamentsvollstreckung, wie bereits ausgeführt, keine Neben- oder Annexstätigkeit dar. Im Vordergrund steht die Rechtsbesorgung, die gerade im Erbrecht hohe juristische Anforderungen stellen und deshalb im Geschäftsverkehr nicht den Nichtfachleuten überlassen werden kann.

Anmerkung

Erstmals befasst sich eine obergerichtliche Entscheidung mit der Frage der Zulässigkeit der geschäftsmäßig wahrgenommenen Testamentsvollstreckung durch Steuerberater. Die sorgfältig begründete Entscheidung des OLG Düsseldorf verneint im Ergebnis deren Zulässigkeit im Lichte des Rechtsberatungsgesetzes. Wegbereiter der vorliegenden Entscheidung war bereits das Urteil des OLG Karlsruhe v. 27.5.1993 (NJW-RR 1994, 236 = ZEV 1994, 300) zur Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung durch Sparkassen. Dieser Entscheidung hat sich eine lebhafte literarische Diskussion angeschlossen (vgl. die Nachweise bei *Schaub*, FamRZ 1995, 845 und Notar 1999, 93), die auch dazu geführt hat, dass nunmehr die Frage der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung durch Steuerberater erstmals diskutiert wurde (vgl. *Mayer/Bohnfels/Daragan*, Praxishandbuch der Testamentsvollstreckung, 2000, Rdnr. 582; *Bengel/Reimann/Stockebrand*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. Kap. 11, Rdnr. 48 – in der 1. Auflage des Handbuches ist die Problematik noch unerwähnt).

1. Die Übernahme des Amtes des Testamentsvollstreckers durch den Steuerberater ist i. d. R. berufsrechtlich zulässig. Denn nach § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG ist eine treuhänderische Tätigkeit mit dem Steuerberaterberuf vereinbar. Die Testamentsvollstreckung als typische Form einer treuhänderischen Tätigkeit unterfällt dieser Vorschrift (*Gehre*, StBerG, 4. Aufl. 1999, § 57, Rdnr. 105; *Kohlbeck/Peter/Rabald*, Komm. z. StBerG, Stand Juli 1999, § 57 Rdnr. 210).

2. Hiervon zu unterscheiden ist – worauf das OLG Düsseldorf zutreffend hinweist – die Zulässigkeit im Sinne des Rechtsberatungsgesetzes.

Die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, einschließlich der Rechtsberatung, darf geschäftsmäßig – ohne Unterschied zwischen haupt- und nebenberuflicher oder entgeltlicher und unentgeltlicher Tätigkeit – nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist. Dieser in Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG statuierte Grundsatz, wonach die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten grundsätzlich verboten ist, gehört zur verfassungsmäßigen Ordnung. Das Verbot genügt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Es wird u. a. durch den Gemeinwohlbelang gerechtfertigt, den Einzelnen und die Allgemeinheit vor nicht sachkundigem Rechtsrat zu schützen (BVerfG v. 15.12.1999, NJW 2000, 1251).

Da weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass die Testamentsvollstreckung die Besorgung fremder Rechtsangelegen-

heiten beinhaltet – das Urteil des OLG Düsseldorf enthält hierzu beispielhafte Ausführungen (vgl. auch OLG Karlsruhe ZEV 1994, 300, 301; Bork WM 1995, 225, 226; *Henssler* ZEV 1994, 261, 262; *Schaub*, Notar 1999, 93, 94 ff.) – und die Übernahme der Testamentsvollstreckung als „Tätigkeitsschwerpunkt“ im zu entscheidenden Sachverhalt als gewerbsmäßig zu qualifizieren war, greift das grundsätzliche Verbot des Art 1 § 1 RBERG, das jedoch unter Erlaubnisvorbehalt steht.

3. Die Urteilsgründe referieren ausführlich und mit großteils überzeugenden Argumenten, warum Erlaubnisvorbehalte nicht eingreifen. Zwar werden nach § 3 Nr. 6 RBERG die Tätigkeit als Zwangsverwalter, Insolvenzverwalter oder Nachlasspfleger sowie die Tätigkeit sonstiger für ähnliche Aufgaben für behördlicher Personen vom Rechtsberatungsgesetz nicht berührt. Der durch private Verfügung ernannte Testamentsvollstrecker ist dem nicht gleichgestellt. Die behördliche Einsetzung setzt nämlich voraus, dass die Person des Testamentsvollstreckers von Amts wegen durch ein Gericht ernannt wird, das dabei eine pflichtgemäße Ermessensentscheidung vornimmt und in diesem Rahmen die Anforderungen an Zuverlässigkeit, Sachkunde und persönliche Eignung prüft. Außerdem werden die in der Ausnahmevorschrift genannten Personen zugleich fortlaufend umfassend kontrolliert; das Gericht kann ggf. von Amts wegen gegen diese Personen einschreiten. Beim privat ernannten Testamentsvollstrecker hat das Nachlassgericht weder die Möglichkeit, diesen nach seinen Eignungskriterien auszuwählen bzw. abzulehnen noch die konkrete Amtsführung zu überwachen. Der Hinweis, dass bei Verletzung seiner Berufspflichten gegen den Steuerberater das Rügeverfahren der Steuerberaterkammer (§ 81 StBerG) und das berufsgerichtliche Verfahren (§ 89 StBerG) angewendet werden können, hilft in diesem Zusammenhang deshalb nicht weiter, weil die entsprechenden Sanktionsmöglichkeiten voraussetzen, dass der Steuerberater das Amt des Testamentsvollstreckers im Rahmen der zulässigen Berufsausübung übernimmt und das Rechtsberatungsgesetz gerade über die Frage der Zulässigkeit zu befinden hat.

4. Zu Recht tritt das OLG Düsseldorf dem wiederholten Einwand entgegen, das RBERG könne nicht die grundsätzliche Testierfreiheit des Erblassers einschränken, denn das BGB gebe dem Erblasser die – nur durch § 2201 BGB eingeschränkte – Befugnis, den Testamentsvollstrecker uneingeschränkt frei zu bestimmen (zuletzt Best, DStR, 2000, 2000). Zum einen verfolgen BGB und RBERG völlig unterschiedliche Normzwecke (im Einzelnen *Schaub*, Notar 1999, 93, 97). Zum anderen ist der Grundsatz der Testierfreiheit kein uneingeschränkt geltendes Dogma – zu nennen sind nur die Einschränkungen durch den erbrechtlichen Typenzwang, durch Selbstbindung des Erblassers, durch die Vorschriften der landwirtschaftlichen Sonderrechte (Anerbenrecht) und Verstöße gegen Verbotsgesetze (§ 14 HeimG).

Schließlich bleibt es auch in Anbetracht des Rechtsberatungsgesetzes dem Erblasser unbenommen, eine nicht geschäftsmäßig tätige Person als Testamentsvollstrecker zu benennen oder dem Nachlassgericht nach § 2200 BGB eine geeignete Person vorzuschlagen (zu weiteren Gestaltungen *Bengel/Reimann/Schaub*, 2. Aufl., Kap. 11 Rdnrn. 82 ff.)

5. Im Wesentlichen ist auch den Ausführungen des OLG Düsseldorf zur Annexkompetenz des Steuerberaters nach Art. 1 § 5 Nr. 2 RBERG zuzustimmen. Der Hinweis, dass die Testamentsvollstreckung im Verhältnis zu der vom Steuerbe-

rater zu Lebzeiten des Erblassers ausgeübten Vermögensverwaltung kein notwendiges Hilfsgeschäft darstellt, sondern mit Blick auf die veränderte Zielrichtung eine neue, eigenständige Tätigkeit, ist allerdings apodiktisch und zu wenig differenzierend. Dort wo der Steuerberater bereits zu Lebzeiten des Erblassers eine treuhänderische vermögensverwaltende Tätigkeit ausgeübt hat, kann es ihm vernünftigerweise nicht verwehrt sein, die selbe Tätigkeit in anderem rechtlichen Gewand – als Testamentsvollstrecker – nach dem Tode des Erblassers fortzusetzen. Denn der Erblasser könnte ohne Anordnung der Testamentsvollstreckung das gleiche wirtschaftliche Ergebnis erreichen, indem er dem zu Lebzeiten geschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag eine entsprechend lange, über seinen Tod hinausreichende Laufzeit gibt, sodass die Erben hieran gebunden wären.

Allerdings wird diese Feststellung nur in Ausnahmefällen zur Zulässigkeit der gewerbsmäßigen Testamentsvollstreckung durch Steuerberater führen. Insbesondere für die Beratungspraxis und der Abfassung von Testamenten birgt sich hier ein erhebliches Risikopotenzial, da die Mandantenbeziehung des Erblassers zu seinem Steuerberater nur schwer einschätzbar sein wird.

6. Was bleibt als Fazit? Die Einsetzung eines Steuerberaters zum Testamentsvollstrecker, die wegen seiner Berufsschwiegenheit und Sachkunde oftmals gerade gewünscht ist, bleibt weiterhin zulässig, wenn der Steuerberater nicht gewerbsmäßig handelt oder die Einsetzung durch das Nachlassgericht auf entsprechendes Ersuchen des Erblassers geschieht. Nach hier vertretener Auffassung ist die Ernennung auch dann zulässig, wenn sie sich letztlich als Fortsetzung der bereits zu Lebzeiten des Erblassers ausgeübten Tätigkeit des Steuerberaters für diesen nach seinem Tod darstellt.

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass die Testamentsvollstreckung, wenn sie gewerbsmäßig betrieben wird, aufgrund des RBERG weitgehend den Rechtsanwälten vorbehalten ist. Abhilfe kann hier nur eine Korrektur des RBERG schaffen, wozu der Gesetzgeber, nicht die Rechtsprechung aufgerufen sind. Das letzte Wort dürfte in der Sache noch nicht gesprochen sein, zumal auch in der Antwort der Bundesregierung auf die große Anfrage der FDP betreffend die Zukunft der Rechtsberatung deutlich wird, dass auch die Bundesregierung in der Testamentsvollstreckung durch Sparkassen und Banken keine Fehlentwicklung erkennen kann (*Grunewald*, ZEV 2000, 460, 461).

Notar Dr. Bernhard Schaub, München

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

20. GmbHG §§ 5 Abs. 4, 19 Abs. 5 (*Gegenstand der Sacheinlage bei vorzeitiger Überlassung an GmbH*)

- Gegenstände und Sachwerte, deren Besitz einer GmbH bereits vor dem Kapitalerhöhungsbeschluss überlassen worden ist, können nur dann als Sacheinlage eingebracht werden, wenn sie zumindest im Zeitpunkt des Kapitalerhöhungsbeschlusses noch gegenständig im Gesellschaftsvermögen vorhanden sind.**
- Ist das nicht der Fall, kommt als Sacheinlage lediglich eine dem Gesellschafter zustehende Erstattungs- oder Ersatzforderung in Betracht (im Anschluss an BGHZ 51, 157).**

- Ob die Vorleistung von im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung nicht mehr vorhandenen Gegenständen und Sachwerten im Sanierungsfall unter bestimmten engen Voraussetzungen als Sacheinlage anerkannt werden kann, bleibt offen.**
- Eine Firma kann als Sacheinlage zusammen mit einem Betriebsteil eines Unternehmens eingebracht werden, wenn dieser für sich allein als Unternehmen geführt wird und somit selbstständig am Wirtschaftsleben teilnehmen kann.**

BGH, Urteil vom 18.9.2000 – II ZR 365/98 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

21. §§ 15 Abs. 2, 12 Abs. 2 HGB, 20 Abs. 2, 29 Abs. 1 Satz 3 FG (Eintragung der Übertragung von Kommanditanteilen)

- Die Eintragung einer Übertragung von Kommanditanteilen im Wege der Sonderrechtsnachfolge ist von der Versicherung der vertretungsberechtigten Gesellschafter und des übertragenden Kommanditisten persönlich abhängig zu machen, dass eine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen weder gewährt noch versprochen worden ist.**
- Eine vom Notar eingelegte Beschwerde gilt im Zweifel als im Namen der Beteiligten eingelegt, für die er als Notar tätig geworden ist.**

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14.6.2000 – 3 W 92/00 –

Beurkundungs- und Notarrecht

22. RBERG Art. 1 § 1; BNotO § 14 Abs. 2, BeurkG § 4 (*Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes auf Erwerbmodelle*)

- Wer ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells für den Erwerber besorgt, bedarf der Genehmigung nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG. Verfügt er darüber nicht, ist ein solcher Geschäftsbesorgungsvertrag nichtig.**
- Einem Notar, der im Jahre 1993 einen derartigen Vertrag beurkundete, kann die Unkenntnis des Erfordernisses der Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz nicht als schuldhaft vorgeworfen werden.**

BGH, Urteil vom 28. 9.2000 – IX ZR 279/99 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt den verklagten Notar wegen Amtspflichtverletzung bei einer Beurkundung auf Schadensersatz in Anspruch.

Durch einen Verkaufsprospekt einer HB. GmbH (im Folgenden: HBT) wurde das Interesse des Klägers an einem von diesem Unternehmen initiierten „Modernisierungsobjekt“ geweckt. Gegenstand dieses Vorhabens waren der Umbau und die Modernisierung eines Gebäudes durch eine K. Bau- und Immobilienvertriebsgesellschaft mbH (im Folgenden: K.) als Bauträger und die Aufteilung in Wohnungseigentum. Der Kläger wollte eine noch fertigzustellende Eigentumswohnung erwerben. Er unterzeichnete am 24.11.1993 einen entsprechenden Vermittlungsauftrag an eine Firma H.

Am 6.12.1993 bot der Kläger zur Urkunde des Beklagten einer H. GmbH (im Folgenden: HE.) den Abschluss eines „Geschäftsbesorgungsvertrages“ an. Darin war Folgendes vorgesehen: Unter Ziff. III 1 beauftragte der Kläger HE. „mit der Wahrnehmung seiner Rechte bei der Abwicklung – ggf. auch Rückabwicklung – des Erwerbsvorgangs und allen damit zusammenhängenden Rechtsgeschäften und Handlungen, soweit er unter IV. dieses Vertrages bevollmächtigt wird“. Gemäß Ziff. III.5 endete der Geschäftsbesorgungsvertrag mit der „Zweckerreichung“. Erreicht war der Zweck grundsätzlich „mit der Fertigstellung des Bauvorhabens und wenn die Voraussetzungen zur Eintragung des Erwerbers als Eigentümer ins Grundbuch vorliegen“. Unter Ziff. IV.2, 3 erteilte der Erwerber dem Geschäftsbesorger Vollmacht für „die Vornahme aller Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen und Maßnahmen, insbesondere die Abgabe und Entgegennahme aller Willenserklärungen, welche für den Eigentümerwerb ... der (Wohnungs-)Einheit ... erforderlich oder zweckdienlich erscheinen“. Insbesondere wurde der Geschäftsbesorger „bevollmächtigt, im Namen und für Rechnung des Erwerbers folgende Verträge abzuschließen und Rechtshandlungen vorzunehmen:

- 3.1 Abschluss von Kaufverträgen ...
- 3.2 Abgabe der auf eine etwaige Änderung der Teilungserklärung ... einschließlich Gemeinschaftsordnung gerichteten Erklärungen.
Abschluss eines Verwaltervertrages sowie die Erteilung der Verwaltervollmacht.
Änderung der Miteigentumsanteile, sowie der Abgabe der zur Begründung von Sondernutzungsrechten erforderlichen Erklärungen.
- 3.3 ...
- 3.4 Der Geschäftsbesorger ist ermächtigt, den/die vom Erwerber und/oder seinem Berater/Vermittler oder Finanzierungsvermittler mit einer Bank besprochenen und ausgehandelten Darlehensvertrag bzw. Darlehensverträge abzuschließen und/oder aufzuheben sowie alle erforderlichen Sicherungsverträge auf der Grundlage der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute abzuschließen ... Der Geschäftsbesorger ist zum Abschluss eines Finanzierungsvermittlungsvertrages mit einem Finanzierungsvermittler ermächtigt ...
- 3.5 Belastung des Wohnungs- und/oder Teileigentums mit Grundpfandrechten aller Art in beliebiger Höhe ... Übernahme abstrakter Schuldverpflichtungen im Zusammenhang mit Darlehensverträgen, ferner Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in persönlicher und dinglicher Hinsicht.
- 3.6 Abgabe und Entgegennahme von sonstigen Eintragungsbewilligungen und Eintragungsanträgen aller Art für das Grundbuch ...
- 3.7 Abnahme des Sonder- und Gemeinschaftseigentums ...
- 3.8 Entgegennahme von Steuerbescheiden, insbesondere bezüglich der Grunderwerbsteuer.
- 3.9 ... Abschluss eines Mietgarantie-/Mietverwaltungsvertrages ...
- 3.10 Eröffnung, Führung und Auflösung von Konten bei Kreditinstituten ...
- 3.11 Vornahme von Kaufpreiszahlungen sowie Zahlungen der ... Kosten ...
- 3.12 Entgegennahme und Verwahrung von Bankbürgschaften im Sinne des § 7 MaBV ...
- 3.13 Erteilung von Aufträgen und Vollmachten, insbesondere Prozessvollmachten an Rechtsanwälte, Steuerberater, ... Beauftragung von Sachverständigen ...
- 3.14 ...
- 3.15 Vertretung in der ersten Eigentümersammlung ...“

Gemäß Ziff. IV.8. sollte der Geschäftsbesorger berechtigt sein, „die von ihm aufgrund dieser Vollmacht geschlossenen Verträge zu ändern, zu ergänzen, aufzuheben und zurück abzuwickeln.“

HE. nahm dieses Angebot an. Am 23.12.1993 erwarb sie namens des Klägers die von diesem gewünschte Wohnung; am selben Tage schloss sie zur Finanzierung des Erwerbs für den Kläger zwei Darlehensverträge.

Der Kläger meint, der Beklagte hätte das Angebot vom 6.12.1993 nicht beurkunden dürfen, weil es wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam sei. Er hat Klage mit dem Antrag erhoben, den Beklagten – Zug um Zug gegen Auflassung des Wohnungs-

eigentums – zur Freistellung des Klägers von den Darlehensverbindlichkeiten zu verurteilen sowie die Verpflichtung des Beklagten festzustellen, den Kläger von allen Schäden freizustellen, die im Zusammenhang mit der Beurkundung des Angebots entstanden seien. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter, jedoch ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die Revision rügt mit Recht, dass die Verneinung einer Amtspflichtverletzung durch das Berufungsgericht einer rechtlichen Überprüfung nicht standhält. Der Beklagte hätte die Beurkundung des auf den Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages gerichteten Angebots ablehnen müssen (§ 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO), weil ein Vertrag dieses Inhalts gegen Art. 1 § 1 des Rechtsberatungsgesetzes (RBERG) verstößt und deshalb nichtig ist (§ 134 BGB; vgl. BGHZ 37, 258, 261 ff.; BGH, Urt. v. 17.3.1998 – XI ZR 59/97, WM 1998, 923, 924; v. 17.2.2000 – IX ZR 50/98, WM 2000, 1342, 1344).

1. Nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG darf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass die von HE. übernommene Tätigkeit die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten umfasste, ohne dass HE. die dafür erforderliche Erlaubnis erteilt war. Insofern sind Rechtsfehler nicht ersichtlich.

Von der Erlaubnispflicht werden Tätigkeiten erfasst, die darauf gerichtet und geeignet sind, konkrete fremde Rechte zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten (BGH, Urt. v. 24.6.1987 – I ZR 74/85, NJW 1987, 3003, 3004; v. 16.3.1989 – I ZR 30/87, BGHR RBERG Art. 1 § 1 Abs. 1 – Rechtsbesorgung 1; vgl. ferner BGHZ 38, 71, 75; 48, 12, 19). Konkrete fremde Rechtsverhältnisse werden insbesondere durch den Abschluss von Verträgen gestaltet, die von einem Geschäftsbesorger im Namen eines Dritten abgeschlossen werden. Ob der Geschäftsbesorger dabei einen inhaltlichen Gestaltungsspielraum hat oder ob er allgemein verwendete Vertragsformulare benutzt, ist unerheblich.

Allerdings muss zwischen den Zielen des – insgesamt verfassungskonformen (vgl. zuletzt BVerfG NJW 2000, 1251 m.w.N.) – Rechtsberatungsgesetzes und der durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit dessen, der ohne Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG rechtsbesorgend tätig werden will, abgewogen werden (BVerfG NJW 1998, 3481, 3482). Soweit eine Berufstätigkeit schon vom Ansatz her nicht als umfassende Beratung (oder Betreuung) auf mindestens einem Teilgebiet des Rechts angeboten wird und es auch nicht um den in Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG ausdrücklich verbotenen Forderungszug geht, bedarf es im Lichte des Art. 12 GG sorgfältiger Prüfung, ob eine angebotene Dienstleistung als Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten oder nur als kaufmännische Hilfeleistung einzuordnen ist. Entwickeln sich Spezialberufe, die auf kleine und einfach zu beherrschende Ausschnitte aus dem Berufsbild des Rechtsanwalts beschränkt sind, und bedarf es zur Bewältigung der dabei anfallenden Aufgaben nicht der Kenntnisse und Fertigkeiten, die durch ein Studium oder langjährige Berufserfahrung vermittelt werden, ist ein Verbot nur dann erforderlich, wenn dies ernsthaft zur Abwehr der Gefahren dient, um derentwillen das Rechtsberatungsgesetz erlassen worden ist. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist entscheidend, ob die Teiltätigkeit als sozial abgrenzbare Aktivität mit eigenem, von dem sonsti-

gen Berufsinhalt geschiedenen charakteristischen Gepräge im Hinblick auf die zu wahrenen Gemeinwohlbelange bei Anlegung eines besonders strengen Maßstabs verboten werden muss (BVerfG NJW 1998, 3482 f.). Für die Überwachung und Mitteilung der Fälligkeit, Berechnung der Höhe und die Einzahlung der von Patentinhabern geschuldeten Aufrechterhaltungsgebühren hat das Bundesverfassungsgericht das verneint (BVerfG a.a.O.). Entsprechend hat der Bundesgerichtshof für Tätigkeiten einer Kfz-Werkstatt im Zusammenhang mit der Reparatur eines Unfallfahrzeugs entschieden. Dabei bot die Werkstatt an, das Gutachten eines Sachverständigen über den Unfallschaden einzuholen, dieses der gegnerischen Versicherung zuzuleiten und bei einem Fahrzeugvermieter einen Ersatzwagen reservieren zu lassen (BGH, Urt. v. 30.3.2000 – I ZR 289/97, NJW 2000, 2108 ff.).

Über solche einfachen Dienstleistungen gehen diejenigen, welche HE. im vorliegenden Fall zu erbringen hatte, weit hinaus. Diese waren in der Hauptsache rechtsbesorgender Art. Ihr Gepräge erhielt die Tätigkeit der HE. durch den Abschluss der Kauf-, Finanzierungs- und Mietgarantieverträge, die dingliche Belastung des Eigentums und die Geschäfte zur Bildung der Wohnungseigentümergeinschaft. Dabei handelt es sich nicht um einfache Hilfstätigkeiten; vielmehr hatte HE. eine umfassende Rechtsbetreuung auf einem Teilgebiet des Rechts zu erbringen. Falls einzelne Maßnahmen – wie die Entgegennahme von Steuerbescheiden (Ziff. IV.3.8) und die Führung von Konten (Ziff. IV.3.10) – nicht als Rechtsbesorgung anzusprechen sein sollten, waren sie – sowohl nach der Anzahl als auch nach ihrem Gewicht – für die Bewertung der Gesamtheit der zu erfüllenden Aufgaben nicht charakteristisch.

Bei den von HE. zu besorgenden Geschäften konnte sich in rechtlicher Hinsicht mannigfaltiger Beratungsbedarf ergeben, den ein juristischer Laie nicht befriedigen konnte. So standen die Bedingungen des abzuschließenden Kaufvertrages nicht von vornherein fest, weil HE. diese sollte „festlegen“ dürfen (Ziff. IV.3.1). Schon die Frage, ob es ratsam ist, einer bestimmten Änderung der Teilungserklärung zuzustimmen, kann eine sorgfältige rechtliche Beratung erforderlich machen. Im vorliegenden Fall stimmte der Erwerber durch die Bevollmächtigung von HE. einer jeglichen Änderung im voraus zu, und dies ohne die geringste Beratung (Ziff. IV.3.2 Abs. 1). Entsprechendes galt für die Änderung der Miteigentumsanteile sowie die Begründung von Sondernutzungsrechten (Ziff. IV.3.2 Abs. 3). Zum Abschluss eines Finanzierungsvermittlungsvertrages (Ziff. IV.3.4 Abs. 2) konnte sich ebenfalls eine Beratung des Erwerbers empfehlen. Die Beurteilung (Ziff. IV.3.7), ob das Sonder- und Gemeinschaftseigentum in einem abnahmefähigen Zustand war, überließ der Erwerber gänzlich dem Ermessen von HE. Ob der „baufinanzierenden Bank“ (gemeint war wohl die Bank, welche den Kaufpreis finanzieren sollte, denn mit der Finanzierung des Baues hatte der Erwerber nichts zu tun) und/oder dem Bauträger die Mietansprüche abzutreten waren (Ziff. IV.3.9 Abs. 4) – sicherungs- oder erfüllungshalber? und falls sicherungshalber: neben den sonstigen Sicherheiten oder wahlweise? –, bedurfte einer sorgfältigen Prüfung. Auch für die Vertretung in der ersten Eigentümerversammlung (Ziff. IV.3.15), wo mit der Erörterung von Rechtsfragen zu rechnen war, wurde HE. völlig freie Hand gelassen.

2. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts greift der Ausnahmetatbestand des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG nicht ein.

a) Nach der genannten Bestimmung dürfen kaufmännische oder sonstige gewerbliche Unternehmer ohne Erlaubnis nach

Art. 1 § 1 RBERG für ihre Kunden rechtliche Angelegenheiten erledigen, die mit einem Geschäft ihres Gewerbebetriebes in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Die Regelung bezweckt, Berufe, die sich sachgerecht nicht immer ohne gleichzeitige Rechtsberatung oder sonstige Rechtsbesorgung ausüben lassen, von dem Erlaubniszwang des Art. 1 § 1 RBERG freizustellen. Die Ausübung solcher Berufe soll nicht deshalb unmöglich gemacht oder doch unangemessen erschwert werden, weil mit ihnen nach ihrer Eigenart eine rechtliche Tätigkeit verbunden ist. Dabei muss es sich um eine Hilfs- oder Nebentätigkeit handeln, die sich im Rahmen der eigentlichen Berufsaufgabe vollzieht und deren Zweck dient, ohne dass sie untergeordnet zu sein braucht. Die Rechtsbesorgung darf jedoch nicht selbständig neben die anderen Berufsaufgaben treten oder gar im Vordergrund stehen (BGHZ 70, 12, 15; 102, 128, 132; BGH, Urt. v. 16.3.1989 – I ZR 30/87, a.a.O.).

Die Ausnahmeregelung setzt demnach voraus, dass der Unternehmer überhaupt zwei Geschäfte besorgt, und zwar ein zu seiner eigentlichen Berufsaufgabe gehörendes Hauptgeschäft, das keine Rechtsbesorgung darstellt, und ein notwendiges Hilfsgeschäft, das an sich nach Art. 1 § 1 RBERG erlaubnispflichtig ist (BGH, Urt. v. 16.3.1989 – I ZR 30/87, a.a.O.). Wird die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten als Hauptgeschäft oder einziges Geschäft betrieben, so entfällt, wenn die notwendige Erlaubnis fehlt, ohne weiteres die Möglichkeit einer Anwendung des Art. 1 § 5 RBERG (BGH, Urt. v. 12.3.1987 – I ZR 31/85, NJW 1987, 3005). Dasselbe gilt, wenn die Rechtsbesorgung selbständiger Gegenstand eines Auftrags ist (BVerfG NJW 1988, 543, 544).

b) Das Berufungsgericht hat sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gestützt, derzufolge die „Vollbetreuung“ durch einen gewerblichen Baubetreuer oder ein Baubetreuungsunternehmen erlaubnisfrei ist (BGH, Urt. v. 11.6.1976 – I ZR 55/75, NJW 1976, 1635, 1636 f.; vgl. auch BGHZ 70, 12, 17). Dieser Rechtsprechung hat sich das Schrifttum angeschlossen (vgl. *Altenhoff/Busch/Chemnitz*, RBERG 10. Aufl. Art. 1 § 5 Rdnr. 534; *Henssler/Prütting*, BRAO Art. 1 § 5 RBERG Rdnr. 21; *Locher/Koebler*, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht 4. Aufl. Rdnr. 62; *Reithmann/Brych/Manhart*, Kauf vom Bauträger und Bauherrenmodelle 5. Aufl. Rdnr. 40). Insofern ging es aber stets um einen „Baubetreuer im engeren Sinne“, der im Namen, in Vollmacht und für Rechnung des Betreuten das Bauvorhaben – typischerweise auf einem Grundstück des Betreuten – durchführt und die Verträge mit den am Bau Beteiligten abschließt (*Locher/Koebler*, a.a.O. Rdnr. 14). Übernimmt er eine „Vollbetreuung“, ist er verpflichtet, das Bauvorhaben in technischer Hinsicht entstehen zu lassen; daneben hat er wirtschaftliche Betreuungsleistungen zu erbringen (*Locher/Koebler*, a.a.O. Rdnr. 15). Insbesondere hat er so wirtschaftlich wie möglich zu bauen, die Finanzierung zu regeln und das Baugeld zu verwalten (*Locher/Koebler*, a.a.O. Rdnr. 18). Bei einem derartig umfassenden, das eigentliche Bauvorhaben miteinschließenden Aufgabenkreis ist es gerechtfertigt, die Bauerrichtung als den Hauptzweck und die Rechtsbesorgung für den Bauherrn als Nebenzweck des Baubetreuers anzusehen.

c) Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um eine „Baubetreuung im engeren Sinne“, sondern um einen Fall der Bauträgerschaft. Diese unterscheidet sich von der „Baubetreuung im engeren Sinne“ dadurch, dass auf einem Grundstück gebaut wird, das nicht dem Betreuten gehört, jedoch an diesen übereignet werden soll und dass der Bauträger die Verträge mit den am Bau Beteiligten im eigenen Namen und für eigene Rechnung abschließt (*Locher/Koebler*, a.a.O. Rdnr. 17). Bei

dem hier praktizierten „Erwerbermodell“ verkauft der Bauträger die Gebäudeeinheiten an einzelne Erwerber, die nicht Bauherren sind. Für die Erwerber wird ein „Treuhänder“ – hier war es HE. – eingeschaltet, der einzelne Bauträgerleistungen übernimmt (zu diesem Bauträgermodell vgl. *Reithmann/Meichssner/v. Heymann*, Kauf vom Bauträger 6. Aufl. Rdnr. 184 ff.; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle 3. Aufl. Rdnr. 83 f., 1155 ff.). Diese werden in einem „Treuhandvertrag“ – hier als Geschäftsbesorgungsvertrag bezeichnet – umschrieben. Der Geschäftsbesorgungsvertrag ist der „Basisvertrag“ des Modells (*Reithmann/Meichssner/v. Heymann* a.a.O. Rdnr. 199).

Unter Vernachlässigung des Umstands, dass der Bauträger auf einem Grundstück baut, das nicht dem Vertragspartner gehört, unterscheiden sich die „Baubetreuung im engeren Sinne“ und das hier praktizierte Modell insbesondere dadurch, dass die Leistungen, die im zuerst genannten Fall der „Vollbetreuer“ zu erbringen hat, hier auf mehrere Personen aufgeteilt sind. Die Rechtsbesorgung ist verselbständigt und auf einen der Beteiligten, den „Treuhänder“, konzentriert.

Außer den in dem Geschäftsbesorgungsvertrag übernommenen hatte HE. für die Erwerber keine Leistungen zu erbringen. Die übernommenen Leistungen waren – wie oben (unter 1) ausgeführt – hauptsächlich rechtsbesorgender Art. Falls sich einzelne Leistungen nicht als Rechtsbesorgung darstellen, waren diese jedenfalls nicht der Hauptzweck des Vertrages. Die Ansicht des Berufungsgerichts, HE. habe auch die „wirtschaftliche und kaufmännische Betreuung der Vermögensanlage“ obliegen und dies sei ihre Hauptleistung gewesen, neben der die Rechtsbetreuung von untergeordneter Bedeutung gewesen sei, ist unzutreffend. Zwar ist dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, dass zur Festlegung des Leistungsinhalts des Geschäftsbesorgungsvertrags auch die Stammurkunde heranzuziehen ist, falls in dem Geschäftsbesorgungsvertrag auf diese verwiesen wird. Dies ist hier geschehen (Ziff. II.1., III.1. des Geschäftsbesorgungsvertrags). Indes ergibt sich weder aus der Stammurkunde noch aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag, dass HE. eine wirtschaftliche Betreuung obliegen hat. In § 3 Ziff. 1 Satz 3 der Stammurkunde heißt es:

„Der Geschäftsbesorger hat weder die wirtschaftlichen, steuerlichen und technischen Grundlagen des Angebotes noch die Bonität der vorgesehenen Vertragspartner überprüft.“

Das steht im Einklang mit Ziff. III.8. des Geschäftsbesorgungsvertrags. Dort wird der Erwerber darauf hingewiesen,

„dass der Geschäftsbesorger nicht den Kaufpreis kalkuliert und überprüft hat. Er hat auch keine Überprüfung der wirtschaftlichen Angaben vorgenommen. Insofern obliegen dem Geschäftsbesorger auch keine Aufklärungspflichten.“

Nach Ziff. IV.3.4 des Geschäftsbesorgungsvertrages war der

„Geschäftsbesorger ... nicht beauftragt, ... die Konditionen der finanzierenden Bank zu überprüfen.“

Der abschließende Charakter des Aufgabenkatalogs in dem Geschäftsbesorgungsvertrag wird in § 3 Ziff. 1 Abs. 2 der Stammurkunde betont. Dort ist bestimmt, der Geschäftsbesorger schulde „allein die Dienstleistungen, die Inhalt dieses Geschäftsbesorgungsvertrages sind“.

III.

Die Amtspflichtverletzung kann jedoch im vorliegenden Fall ausnahmsweise nicht als schuldhaft angesehen werden.

1. Hat ein Notar eine Amtspflichtverletzung begangen, ist davon auszugehen, dass er schuldhaft gehandelt hat (§ 282 BGB),

es sei denn, er trägt – von ihm zu beweisende – Umstände vor, bei deren Vorliegen die Amtspflichtverletzung nicht schuldhaft wäre (vgl. BGH, Urt. v. 16.6.1988 – IX ZR 34/87, WM 1988, 1639, 1642). Es kann auf sich beruhen, ob ein solcher Umstand unter bestimmten Voraussetzungen (dazu BGHZ 134, 100, 111) darin gesehen werden kann, dass ein Kollegialgericht das Verhalten des Notars als objektiv rechtmäßig beurteilt hat (kritisch *Ganter* DNotZ 1998, 851, 861; dagegen Hertel, in: *Eylmann/Vaasen*, BNotO § 23 Fußn. 108; *Sandkühler*, in: *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO 4. Aufl. § 19 Rdnr. 109 b; *Terbille* MDR 1999, 1426, 1429).

2. Der Beklagte hat jedenfalls deshalb nicht schuldhaft gehandelt, weil im Zeitpunkt der Beurkundung ein durchschnittlich erfahrener und pflichtbewusster Notar – der für das Verschulden den Maßstab gibt (BGH, Urt. v. 2.7.1992 – IX ZR 209/91, WM 1992, 1662, 1665) – keine Bedenken haben musste, das Angebot zum Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages zu beurkunden.

a) Allerdings muss der Notar über die für die Ausübung seines Berufs erforderlichen Rechtskenntnisse verfügen. Er hat sich jedenfalls über die Rechtsprechung der obersten Gerichte, die in den amtlichen Sammlungen und den für seine Amtstätigkeit wesentlichen Zeitschriften veröffentlicht ist, unverzüglich zu unterrichten sowie die üblichen Erläuterungsbücher auszuwerten (BGH, Urt. v. 2.7.1992 – IX ZR 209/91, a.a.O. m.w.N.). Einem durchschnittlich erfahrenen und pflichtbewussten Notar musste deshalb im Dezember 1993 geläufig sein, dass für den Immobilienerwerb vielfältige neue Vertragstypen entwickelt worden waren (vgl. dazu nur *Reithmann* NJW 1992, 649 ff.) und dass die z. B. für den „Baubetreuer im engeren Sinne“ geltenden Grundsätze nicht ohne weiteres auf einen „Treuhänder“ beim Bauträgergeschäft anwendbar waren.

Andererseits darf die objektiv unrichtige Anwendung einer neuen Vorschrift, deren Inhalt zweifelhaft sein kann und durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht klargestellt ist, einem Notar nicht als Verschulden angelastet werden, wenn die nach sorgfältiger Prüfung gewonnene Rechtsansicht für rechtlich vertretbar gehalten werden kann. Insoweit gilt für einen Notar nichts anderes als für einen Beamten (vgl. dazu BGHZ 36, 344, 347). Diese Grundsätze finden entsprechende Anwendung, wenn es darum geht, ob ein neu entwickelter Vertragstyp unter die Verbotsnorm des Art. 1 § 1 RBERG oder unter die Ausnahmvorschrift des Art. 1 § 5 RBERG zu subsumieren ist.

b) Nach der unwiderlegten Behauptung des Beklagten sind im Rahmen von Bauträgergeschäften in ständiger notarieller Praxis, vor und nach 1993, Verträge – ähnlich demjenigen, der hier abgeschlossen wurde – mit „Treuhändern“, die nicht über eine Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG verfügten, beurkundet worden. Weder aus der Rechtsprechung noch dem Schrifttum ergaben sich im Jahre 1993 Hinweise darauf, dass ein solcher Geschäftsbesorgungsvertrag wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig sein könnte. Auch die Veröffentlichungen der Standesorganisationen waren insoweit unergiebig.

aa) Aus den bis zum Jahre 1993 ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ließ sich nichts entnehmen, was eindeutig für die Erlaubnispflicht gesprochen hätte. Bejaht wurde diese für einen „Sonderberater in Bausachen“, der seine Auftraggeber in „juristisch-technischen Grenzfragen“ beriet (BGH, Urt. v. 11.6.1976 – I ZR 55/75, a.a.O.), und für einen Architekten, der seine Architektenleistungen erbrachte und daneben unter anderem die Kaufverträge über die Immo-

bilie und die Teilungserklärung entwarf (Urt. v. 10.11.1977, BGHZ 70, 12 ff.). Diese Sachverhalte sind mit der hier vorliegenden Fallgestaltung nicht vergleichbar.

Für diese ist ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz erstmals – soweit ersichtlich – in unveröffentlichten Entscheidungen des Landgerichts Karlsruhe vom 21.8.1997 (5 S 133/97) und des Landgerichts Landau/Pfalz vom 6.5.1999 (4 O 772/98) bejaht worden.

bb) Auch im Schrifttum wurde das Thema nicht so behandelt, dass ein durchschnittlich sorgfältiger Notar im Jahre 1993 ernsthaft an eine Erlaubnispflicht hätte denken müssen. *Thomas* (in: *Palandt*, BGB 52. Aufl. 1993, § 675 Rdnr. 20) erwähnte die Möglichkeit eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nur im Zusammenhang mit der Baubetreuung (im engeren Sinne) und verwies auf die – im vorliegenden Fall nicht einschlägige – Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.11.1977 (a.a.O.). *Locher/Koebler* (Baubetreuungs- und Bauträgerrecht 4. Aufl. 1985 Rdnr. 62) wandten die Ausnahme des Art. 1 § 5 RBERG gleichermaßen auf Baubetreuer und Bauträger an. Zwar führten sie im weiteren aus, „soweit bei Bauherrenmodellen ein Treuhänder mit der Vorbereitung und dem Abschluss der Verträge befasst“ sei, gebe es keine Probleme, wenn es sich um einen Rechtsanwalt handele. Ein solches Modell, bei dem die Erwerber Bauherren sind, lag hier aber gerade nicht vor. *Reithmann* (in: *Reithmann/Meichssner/v. Heymann*, Kauf vom Bauträger 6. Aufl. 1992 Rdnr. 66 f., 74) nahm zur Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes nicht unmittelbar Stellung. Er betonte aber, dass „institutionelle Sicherungen ... gesetzlich nicht vorgesehen“ seien: „Außer der gewerberechtlichen Überwachung nach der MaBV bestehen keine besonderen Anforderungen ...; auch GmbHs mit geringem Stammkapital treten als Treuhänder auf. Vorzuziehen sind Personen, die sowohl hinsichtlich ihrer Ausbildung, als auch hinsichtlich ihrer Überwachung berufsständischen Erfordernissen unterliegen. Dies ist bei Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern der Fall.“ Diese Ausführungen konnten dahin verstanden werden, dass der Treuhänder keiner Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz bedurfte. Dieselbe Auffassung vertritt auch *Pause* noch im Jahre 1999 (in: *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle 3. Aufl. Rdnr. 962, 964). Er erörtert die Verjährung von Ansprüchen gegen den Treuhänder getrennt zum einen für „Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer“ und zum anderen für „Treuhänder, die anderen Berufsgruppen angehören“.

cc) Schließlich wurde im Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts das Berufungsurteil mit den Worten kommentiert, auf der Suche nach „immer neuen rechtlichen Möglichkeiten“ sei man nun auf die Rüge eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz verfallen (DNotI-Report 2000, 85). Der Inhalt dieser Anmerkung lässt nicht darauf schließen, dass ein Notar, der sich im Jahre 1993 an das Deutsche Notarinstitut mit der Anfrage gewandt hätte, ob der hier in Rede stehende Treuhandvertrag unter dem Gesichtspunkt des Rechtsberatungsgesetzes bedenklich sei, eine bejahende Antwort erhalten hätte.

dd) Die Standesvertretungen haben die Frage ebenso wenig problematisiert. Dies gilt insbesondere für das Merkblatt der Bundesnotarkammer „Beurkundungs- und Amtspflichten bei Bauherren-, Bauträger- und Erwerbermodellen“ vom 29.6.1984 (abgedr. bei *Weingärtner*, Notarrecht 6. Aufl. Ordnungsnr. 291) und das – nicht unmittelbar einschlägige, weil Erwerbermodelle nicht betreffende – Merkblatt der Landesnotarkammer Bayern „Gestaltung von Verträgen über den schlüsselfertigen Erwerb neuer Wohngebäude und Eigentumswohnungen –

Bauträgermerkblatt“ vom 1.8.1991 (abgedr. bei *Weingärtner*, a.a.O. Ordnungsnr. 294).

ee) Die Revision räumt ein, dass eine mit der vorliegenden Sachlage vergleichbare Fallgestaltung bisher weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung behandelt worden ist, hält dies aber für unerheblich, weil der Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBERG „evident“ gewesen sei. Dagegen spricht indes, dass die Vorinstanzen einen derartigen Verstoß verneint haben und diese Auffassung auch zuvor viele Jahre lang allgemein vertreten worden war.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beitrag von *Schneeweiß*, MittBayNot 2001, S. 24 (in diesem Heft).

Kostenrecht

23. GG Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3; KostO § 18 Abs. 1; EG-Gesellschaftssteuerrichtlinie vom 17.7.1969 (69/335/EWG) (*Zur Verfassungsmäßigkeit der Wertgebühren in Grundbuchangelegenheiten*)

- 1. Die Wertgebühren für Eintragungen im Grundbuch sind mit der Verfassung vereinbar.**
- 2. Die Einschränkungen, die sich aus dem Europarecht bei Handelsregistergebühren ergeben, sind auf sie nicht anzuwenden.**

BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 3Z BR 280/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*; Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte erwarb im Dezember 1998 mehrere Grundstücke. Für die Eintragung der Auflassung im Grundbuch stellte ihr der Kostenbeamte, ausgehend von dem Kaufpreis für die Grundstücke (2.549.602 DM), mit Kostenansatz vom 28.5.1999 eine volle Gebühr in Höhe von 3.950 DM in Rechnung, ferner hieraus 30 % für die Fortführung des Liegenschaftskatasters. Daneben setzte er, wiederum ausgehend vom Kaufpreis, ein Viertel der vollen Gebühr, also 987,50 DM, für die Löschung der Auflassungsvormerkung an.

Hiergegen legte die Beteiligte Erinnerung ein. Die Gebührenhöhe stehe in keinem Verhältnis zum Arbeitsaufwand des Grundbuchamtes in ihrer Sache. Dies widerspreche dem für Gebühren allgemein geltenden Äquivalenzprinzip. Für Kapitalgesellschaften betreffende Eintragungen in das Handelsregister sei auf Grund europarechtlicher Vorgaben entschieden worden, dass die Wertgebühren durch die tatsächlich anfallenden Kosten begrenzt seien. Dies müsse auch für Grundbuchgebühren gelten, da andernfalls der Gleichheitssatz verletzt sei. Das Amtsgericht wies die Erinnerung mit Beschluss vom 26.7.1999 als unbegründet zurück.

Die Beschwerde der Beteiligten gegen diese Entscheidung hat das Landgericht mit Beschluss vom 7.8.2000 zurückgewiesen. Die Vorschriften der Kostenordnung, die dem angefochtenen Kostenansatz zugrunde liegen, verstießen weder gegen europäisches Gemeinschaftsrecht noch gegen das Grundgesetz. Die Gesellschaftssteuerrichtlinie 69/335/EWG sei weder unmittelbar noch entsprechend auf das Recht der Grundbuchgebühren anwendbar. Die Wertgebühren der Kostenordnung genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen sowohl unter dem Gesichtspunkt der Äquivalenz der staatlichen Leistung wie auch dem der Gleichbehandlung von Registergebühren.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beteiligte mit der vom Landgericht zugelassenen weiteren Beschwerde, mit der sie ihr Anliegen weiterverfolgt. Diese hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel der Beteiligten (§ 14 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 KostO) ist sachlich nicht begründet. Der durch das

Landgericht bestätigte Kostenansatz des Amtsgerichts ist aus Rechtsgründen (§ 14 Abs. 3 Satz 3 KostO, § 550 ZPO) nicht zu beanstanden.

1. Das Amtsgericht hat für die Eintragung der Beteiligten als Eigentümerin in das Grundbuch eine volle Gebühr (§ 60 Abs. 1 Satz 1 KostO), für die Übernahme dieser Veränderung in das Liegenschaftskataster 30 % aus dieser Gebühr (Art. 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, Art. 3 des Gesetzes über Gebühren für die Fortführung des Liegenschaftskatasters, BayRS 2013-1-19-F) und für die Löschung der Auflassungsvormerkung ein Viertel der vollen Gebühr (§ 68 i.V.m. § 66 Satz 1, § 60 Abs. 1 Satz 1 KostO) angesetzt und die Gebühren gemäß § 32 KostO nach dem Kaufpreis als Geschäftswert berechnet § 18 Abs. 1, § 19 Abs. 1 Satz 1, § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO; vgl. BayObLGZ 1974, 422/424). Dies entspricht den einschlägigen bundes- und landesrechtlichen Vorschriften. Auch die Beteiligte bestreitet dies nicht. Sie meint jedoch, die genannten Wertvorschriften seien nicht verbindlich, da die Ermittlung der Gebühren ausschließlich nach einem am Wert des betroffenen Grundstücks orientierten Geschäftswert gegen höherrangiges Recht verstoße. Stattdessen müssten die durch die Eintragung im Grundbuch tatsächlich entstandenen Kosten angesetzt werden oder zumindest eine Begrenzung der Wertgebühren bilden. Dem kann der Senat nicht folgen.

a) Die Berechnung der genannten Gebühren nach dem Kaufpreis des Grundstücks als Geschäftswert verstößt nicht gegen Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften, insbesondere nicht gegen die Gesellschaftssteuerrichtlinie.

aa) Die Gesellschaftssteuerrichtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 17.7.1969 (69/335/EWG i.d.F. der Richtlinie vom 10.6.1985, 85/303-/EWG, abgedruckt bei *Lutter* Europäisches Unternehmensrecht 4. Aufl. S. 791) sollte die indirekten Steuern auf Ansammlung von Kapital harmonisieren. Sie ist nur auf Kapitalgesellschaften und vergleichbare Personenvereinigungen anzuwenden (Art. 3). Sie enthält Angaben zu den Vorgängen, die der Gesellschaftsteuer unterliegen, sowie zur Berechnung der Steuer. Schließlich bestimmt Art. 10 Buchst. c, dass, abgesehen von der Gesellschaftsteuer und den Abgaben mit Gebührencharakter für Eintragungen (Art. 12 Abs. 1 Buchst. e), die Mitgliedsstaaten von Kapitalgesellschaften keine anderen Steuern oder Abgaben auf die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität erheben, denen die Gesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann (vgl. BayObLGZ 1998, 303/306).

bb) Die hier fraglichen Gebührentatbestände fallen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie, insbesondere nicht unter das Verbot des Art. 10 Buchst. c. Zum einen ist es, wie das Landgericht zutreffend feststellt, für diese Tatbestände gleichgültig, ob der Beteiligte einer Grundbucheintragung natürliche Person oder Kapitalgesellschaft im Sinne der Gesellschaftssteuerrichtlinie ist. Die Beteiligte ist der Gebühr nicht aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen, sondern aufgrund der Teilnahme am Rechtsverkehr unabhängig von ihrer Rechtsform. Zum anderen betreffen die Gebührentatbestände nicht eine der Ausübung der Gesellschaftstätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität.

cc) Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 2.12.1997 (ZIP 1998, 206) auch keinen allgemeinen Grundsatz dahin aufgestellt, dass die Mitgliedsstaaten generell keine Gebühren für staatliche Leistungen erheben dürfen, die über die Kosten für die jeweilige Leistung hinausgehen. Die Entscheidung beschränkt sich, ebenso wie diejenige vom 29.9.1999 (ZIP 1999, 1681/1683), auf die Auslegung der

Gesellschaftssteuerrichtlinie und die von dieser Richtlinie erfassten Abgabentatbestände. Auf andere Sachverhalte kann die Entscheidung nicht übertragen werden. Die Urteilsgründe enthalten keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Gerichtshof die Erhebung von Gebühren auch in Bereichen beschränken wollte, die in der Richtlinie nicht geregelt sind (vgl. BayObLG NJW-RR 2000, 736 = Rpfleger 2000, 128).

b) Die Berechnung der Gebühren nach dem durch den Kaufpreis bestimmten Geschäftswert ist auch mit dem Verfassungsrecht vereinbar. Die Anknüpfung der Höhe der Gebühr an den Wert des Geschäfts (§ 18 Abs. 1 KostO) verstößt weder gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) noch gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG).

aa) Das Bundesverfassungsgericht hat sich wiederholt mit der Frage der Vereinbarkeit von Wertgebühren mit dem Grundgesetz beschäftigt (BVerfGE 50, 217/225 ff.; 80, 103/106 f.; 85, 337/346 f.; 97, 332/334 ff.; JurBüro 2000, 146). Nach den hierzu entwickelten Grundsätzen muss eine Verknüpfung zwischen der Gebühr und den Kosten der öffentlichen Leistung bestehen mit dem Zweck, die Kosten ganz oder teilweise zu decken; die Gebühr darf diese Kosten jedoch übersteigen oder unterschreiten (BVerfGE 50, 217/226) und neben der Deckung der anfallenden Kosten auch andere Ziele verfolgen (BVerfG JurBüro 2000, 146). In diesem Zusammenhang darf der Gesetzgeber auch dem Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit des Gebührenschuldners Bedeutung zumessen, um dem verfassungsrechtlich abgesicherten Sozialstaatsprinzip und dem Justizgewährungsanspruch Rechnung zu tragen (BVerfGE 80, 103/107). Aus der Zweckbindung der Gebühr ergibt sich keine verfassungsrechtlich begründete Begrenzung der Gebührenhöhe durch die tatsächlichen Kosten einer staatlichen Leistung; das Kostendeckungsprinzip und ähnliche gebührenrechtliche Prinzipien sind keine Grundsätze mit verfassungsrechtlichem Rang (BVerfG JurBüro 2000, 146). Der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist nur dann überschritten, wenn die Gebühr völlig unabhängig von der gebührenpflichtigen Staatsleistung festgesetzt wird und kein vernünftiger Gesichtspunkt vorhanden ist, unter dem die Verknüpfung von Gebühr und Leistung sachgemäß erscheint (BVerfGE 50, 217/227).

Diese weit gefasste Grenze ist hier nicht überschritten. Die Beteiligte beanstandet den fehlenden Bezug zwischen dem die Höhe der Gebühr bestimmenden Geschäftswert, der hier dem Kaufpreis entspricht, und dem für die Eintragung anfallenden Aufwand. Ihr ist zuzugeben, dass kein Bezug zwischen der Höhe des Kaufpreises und der Bearbeitungsdauer besteht. Einen Erfahrungssatz, wonach die Eintragungen bei hohen Kaufpreisen öfter schwierige Probleme mit sich brächten als bei niedrigen Kaufpreisen, gibt es nicht. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Gebühr nicht nur zur Deckung des für die konkrete Eintragung anfallenden Arbeitsaufwands bestimmt ist, sondern auch zur Deckung der sonstigen allgemein mit der Grundbuchführung verbundenen Aufwendungen wie den Sachinvestitionen, der Abgleichung des Grundbuchs mit anderen öffentlichen Registern, insbesondere dem Liegenschaftskataster, den Rechtsbehelfsverfahren und der Kosteneinzahlung.

Ferner treten neben das Kriterium des Bearbeitungs- und Sachaufwands weitere Umstände, die geeignet sind, die Wertgebühr sachlich zu rechtfertigen. Dazu gehört zum einen die Bedeutung der Eintragung für die Beteiligten. Je höher der Grundstückswert, desto höher ist das wirtschaftliche Interesse der Beteiligten an der staatlichen Leistung. Damit korrespondiert im Übrigen im Regelfall auch die Leistungsfähigkeit der

Beteiligten. Der durch die Wertabhängigkeit der Gebühren vermittelte Ausgleich zwischen nicht kostendeckenden Eintragungen mit geringem Geschäftswert und Eintragungen mit hohem Geschäftswert spiegelt so eine Komponente des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) wider. Ferner steigt das Haftungsrisiko der öffentlichen Hand entsprechend dem Grundstückswert. Schließlich kann für die Wertgebühr ihre Übersichtlichkeit, und damit auch ihre Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit für die Beteiligten sowie ihre einfache Handhabbarkeit für die öffentliche Hand ins Feld geführt werden. Sie kommt letztlich wiederum den Beteiligten zugute, weil eine kostspielige Erfassung des Aufwands allein zu Zwecken der Gebührenberechnung unterbleiben kann. Ein allzu starker Anstieg der Gebühr bei höheren Geschäftswerten wird durch die in § 32 KostO vorgesehene Gebührendegression vermieden.

bb) Das Bundesverfassungsgericht hat nicht beanstandet, dass der Gesetzgeber die Höhe der Gerichtsgebühren in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten überwiegend an den Streit- und Geschäftswert knüpft (BVerfGE 85, 337/346). Letzterer könne im Rahmen zulässiger Pauschalierung als Anhaltspunkt für den Wert der staatlichen Leistung angesehen werden. Diese Beurteilung kann auf die Grundbuchgebühren übertragen werden. Auch bei bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten besteht kein unmittelbarer Bezug zwischen Streit- oder Geschäftswert einerseits, Bearbeitungsaufwand andererseits. Die oben genannten Kriterien reichen daher hier wie dort für die sachgerechte Entscheidung des Gebührengesetzgebers zugunsten der Wertgebühr aus, zumal es sich in Grundbuchsachen um ein Massengeschäft handelt, das in besonderem Maß nach einer Pauschalierung verlangt. Dem entspricht es, dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde einer Beteiligten, die sich erfolglos gegen die Wertgebühren in Grundbuchsachen gewandt hatte (vgl. den nicht veröffentlichten Beschluss des Senats vom 1.2.1990 – 3Z BR 9/90), nicht zur Entscheidung angenommen hat (Beschluss vom 1.2.1999 – 1 BvR 162/90; vgl. auch OLG Karlsruhe Rpfleger 1997, 56/57).

cc) Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebietet nicht die entsprechende Anwendung der Grundsätze, die der Senat zu den Handelsregistergebühren, insbesondere zu § 26 KostO entwickelt hat, auf Grundbuchgebühren. Der Senat hat zu dieser Vorschrift entschieden, dass Gebühren für bestimmte Handelsregistereintragungen den tatsächlichen Aufwand nicht übersteigen dürfen (BayObLGZ 1998, 303/306). Diese (richtlinienkonforme) Auslegung nationaler Kostenvorschriften war durch die Gesellschaftssteuerrichtlinie und die auf ihrer Grundlage ergangenen, bereits erwähnten Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften geboten. Demgegenüber ist der Gebührenmaßstab für Grundbucheintragungen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben durch die Vorschriften der Kostenordnung abschließend geregelt. Europarechtliche Vorgaben, die eine abweichende Handhabung rechtfertigen könnten, bestehen nicht. Wollte man anders entscheiden, liefe dies darauf hinaus, dem europäischen Normgeber mittelbar über den Gleichheitssatz Einfluss auf nationale Rechtsvorschriften einzuräumen, auf die sich seine Kompetenz nicht erstreckt.

dd) Diese Überlegungen gelten, soweit die angesetzten Gebühren auf bayerischem Landesrecht beruhen, auch für dessen Vereinbarkeit mit den Vorschriften der Bayerischen Verfassung, insbesondere mit Art. 118 Abs. 1 Satz 1 BV.

24. KostO §§ 20 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz, 20 Abs. 2, 30 (Geschäftswert bei Übernahme Bauverpflichtung und Vereinbarung Vorkaufsrecht)

- 1. Der Wert einer vom Käufer übernommenen Bauverpflichtung ist bei der Berechnung des Geschäftswertes zu berücksichtigen, wenn mit der Übernahme ein eigenes wirtschaftliches Interesse verbunden ist. Wenn sich die Bauverpflichtung auf die Errichtung gewerblicher Objekte bezieht, orientiert sich der Wert an den voraussichtlichen Baukosten.**
- 2. Ein Vorkaufsrecht ist bei der Wertfestsetzung gesondert zu bewerten, wenn sich aus dem Kaufvertrag ergibt, dass es für den Verkäufer einen wirtschaftlichen Gegenwert darstellt.**

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 24.2.2000 – 3 W 290/99 –

Aus den Gründen:

In der Sache führt die weitere Beschwerde nicht zum Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO i. V. m. §§ 550, 551 ZPO).

1. Das Landgericht hat die von den Beteiligten zu 1) und 2) als Käufer übernommene Bauverpflichtung zu Recht als zusätzliche Leistung für die Überlassung des Grundstückes gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. KostO bewertet und bei der Berechnung des Geschäftswertes berücksichtigt. Dies entspricht – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur, soweit mit der Übernahme der Bauverpflichtung entweder ein eigenes wirtschaftliches oder aber ein ideelles Interesse verbunden ist⁴, wobei für die Bemessung des Interesses allein auf die Vorteile des aus der Bauverpflichtung Berechtigten abgestellt wird (Senat in st. Rspr., vgl. nur Beschl. vom 24.11.1998 – 3 W 244/98 – [= MittBayNot 1999, 313] und vom 16.9.1997 – 3 W 141/97 –; BayObLG MittBayNot 1993, 226 und MittBayNot 1995, 488; OLG Oldenburg NdsRPfl. 1996, 37, 94, 95; OLG Düsseldorf Rpfleger 1994, 520 = MDR 1994, 625; *Korintenberg/Lappe/Bengel*, KostO, 14. Aufl. § 20 Rdnr. 27; *Mümmeler*, KostO, 12. Aufl. Stichwort „Bauverpflichtung“ 1.21; *Rohs/Wedewer*, KostO, 2. Aufl. § 20 Rdnr. 9 und § 30 Rdnr. 14).

Das Landgericht ist ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, dass die veräußernde Stadt mit der den Käufern auferlegten Bauverpflichtung wirtschaftliche Interessen verfolgt. Da ein solches wirtschaftliches Interesse von unterschiedlicher Art sein kann, hat dessen Feststellung im Einzelfall zu erfolgen (*Mümmeler* a.a.O. Stichwort „Bauverpflichtung“ 1.21). Bei den in den Kommentierungen aufgezeigten Fällen gesonderter Bewertung handelt es sich lediglich um Beispielfälle. Die hier zu bejahenden wirtschaftlichen Interessen der Stadt bestehen zum einen in den durch die größere Attraktivität und Verbesserung der Parksituation zu erwartenden Mehreinnahmen an Gewerbesteuer. Zum anderen hat das Landgericht zutreffend darauf abgestellt, dass die Stadt auch unter Berücksichtigung der gewährten Zuschüsse umfangreiche Bauinvestitionen einspart. Diese Zuschüsse und die Fertigstellungsbürgschaft hat das Landgericht auch in nicht zu beanstandender Weise in die Bewertung einfließen lassen. Denn beide Aspekte belegen ein wirtschaftliches Interesse an der Realisierung des Projektes, ohne dass insoweit eine Doppelbewertung vorgenommen würde.

Auch die vom Landgericht in Ansatz gebrachte Bezugsgröße ist nicht zu beanstanden. Diese besteht hier ausnahmsweise in den voraussichtlichen Baukosten. Diese Kosten kommen als

Bezugsgröße dann in Betracht, wenn sich die Bauverpflichtung auf die Errichtung gewerblicher Objekte bezieht (BayObLG MittBayNot 1995 a.a.O.). Dem schließt sich der Senat an. Er setzt sich hiermit auch nicht in Widerspruch zu seiner Entscheidung vom 24.11.1998 – 3 W 244/98 – [= MittBayNot 1999, 313]. Denn dieser lag ein Kaufvertrag über einen Bauplatz für ein Wohnhaus zugrunde, zu dessen Errichtung sich die Käufer verpflichtet hatten. Damit ist die hier zu bewertende Bauverpflichtung nicht vergleichbar. Das hier bestehende Interesse der Stadt an der Errichtung eines Projektes dieser Größenordnung ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass diese selbst die Baupläne hat erstellen lassen und eventuell im Rahmen der Bauausführung beabsichtigte Abweichungen ihrer ausdrücklichen vorherigen schriftlichen Zustimmung bedürfen. Unter Berücksichtigung dieser Besonderheiten hat das Landgericht – wie bereits ausgeführt – zutreffend die an der Bürgerschaftssumme orientierten Baukosten abzüglich der von der Verkäuferin zu erbringenden Leistungen in Ansatz gebracht.

Die vom Landgericht gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen getroffene Entscheidung (vgl. BayObLG MittBayNot 1995, 485; OLG Oldenburg a.a.O.; OLG Düsseldorf a.a.O.; *Korintenberg/Bengel* a.a.O. § 20 Rdnr. 39), den Wert der Bauverpflichtung mit 30 % der reduzierten Baukosten zu bewerten, kann der Senat nur auf ihre Gesetzmäßigkeit überprüfen, d. h. ob der Tatsachenrichter den maßgebenden Sachverhalt ausreichend und ohne Gesetzesverletzung erforscht hat, ob die Ermessensausübung auf grundsätzlich fehlerhaften Erwägungen beruht, ob Rechtsvorschriften, Denkgesetze oder Erfahrungsgesetze verletzt oder wesentliche Tatumstände außer Acht gelassen worden sind (BayObLG MittBayNot 1995, a.a.O.). Auch insoweit ist kein Rechtsfehler zu erkennen. Insbesondere führt die gesonderte Bewertung des wirtschaftlichen Interesses nicht aufgrund der gewährten Zuschüsse zu einer Doppelbewertung. Denn diese sind – worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat – von der erwarteten Bausumme bei der Bewertung abgesetzt worden.

2. Das Landgericht hat auch die gesonderte Bewertung des Vorkaufsrechtes ohne Rechtsfehler bejaht. Zwar ist das Vorkaufsrecht nach ganz überwiegender Rechtsprechung und Literatur in aller Regel nicht besonders zu bewerten. Denn nach dem Willen der Beteiligten ist mit dieser Vereinbarung von vornherein nur eine Beschränkung der dem Käufer überlassenen Rechte in Bezug auf den Grundbesitz und damit keine selbständige Leistung des Käufers mit eigenem wirtschaftlichen Wert beabsichtigt (*Rohs/Wedewer* a.a.O. § 20 Rdnr. 7). Ergibt sich jedoch aus dem Kaufvertrag, dass das Vorkaufsrecht für den Verkäufer einen wirtschaftlichen Gegenwert darstellt, so muss dessen Wert dem Kaufpreis hinzugerechnet werden (*Rohs/Wedewer* a.a.O. mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch *Korintenberg/Bengel* a.a.O. § 20 Rdnr. 39). Ausgehend hiervon hat das Landgericht zutreffend darauf abgestellt, dass sich hier aus dem beurkundeten Kaufvertrag Anhaltspunkte für ein wirtschaftliches Interesse des Vorkaufsberechtigten an dem Vorkaufsrecht ergeben. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Gründe des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen.

Die Angriffe der weiteren Beschwerde führen demgegenüber nicht zu einer anderen Betrachtungsweise. Insbesondere ist nicht davon auszugehen, dass das Vorkaufsrecht hier lediglich der Sicherung des Vertragszweckes dienen soll. Aus dem gesamten Inhalt des Kaufvertrages ergibt sich vielmehr, dass die Stadt durch das Vorkaufsrecht die Realisierung des von ihr geplanten Gesamtkonzeptes sicherstellen will. Denn durch die

Ausübung des Vorkaufsrechtes wird sie – worauf das Landgericht zutreffend abgestellt hat – in die Lage versetzt, das Projekt selbst zu realisieren oder aber sich erneut einen Partner zu suchen, der das Konzept nach ihren Plänen verwirklicht.

Auch die Höhe des in Ansatz gebrachten Geschäftswertes ist nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat im Rahmen seiner Bewertung in rechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgeführt, hier sei aufgrund der vielfältigen Verpflichtungen der Käufer und der Einschränkungen der Nutzungen durch den Kaufvertrag der nach § 20 Abs. 2 KostO grundsätzlich maßgebliche Verkehrswert nicht mit dem Kaufpreis identisch. Es hat in der Folge als Bezugsgröße den Sachwert des Grundstücks zuzüglich 10 % der bereinigten hypothetischen Baukosten und mithin einen Betrag von 7.150.000,- DM als gerechtfertigt angesehen.

Auch der Ansatz von 30 % dieses Betrages als Wert des Vorkaufsrechtes ist im Hinblick darauf, dass hier der Eintritt des Vorkaufsfalles aufgrund der vom Landgericht dargestellten Besonderheiten eher unwahrscheinlich sein dürfte, nicht zu beanstanden. Auch insoweit nimmt der Senat auf die Ausführungen in dem angefochtenen Beschluss Bezug.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch *Triller* MittBayNot 2001, S. 29 (in diesem Heft).

Öffentliches Recht

25. BauGB §§ 11 Abs. 2, 22 (*Zulässigkeit einer Fremdenverkehrsdiensbarkeit*)

- 1. Eine Satzung nach § 22 BauGB wird erst mit deren Bekanntmachung wirksam.**
- 2. Die Bestellung einer sog. Fremdenverkehrsdiensbarkeit durch den Eigentümer, wonach eine Veräußerung nur an Einheimische oder deren Abkömmlinge möglich ist, ist nicht ausreichend, um einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung nach § 22 BauGB zu begründen.**
- 3. Die Bestellung einer Fremdenverkehrsdiensbarkeit ist grds. nicht unangemessen i.S.v. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB. In diesem Zusammenhang ist auch die Bestellung eines für die Dauer von 25 Jahren bestellten Ankaufsrechtes für den Fall eines Verstoßes gegen die der Dienbarkeit zugrunde liegenden Pflichten zulässig. Dies gilt auch, wenn der Kaufpreis hierbei auf 70 v.H. des Verkehrswertes beschränkt ist.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG München, Urteil vom 2.11.2000 – 1 U 2072/00 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Obermaier*, Sonthofen

Zum Sachverhalt:

Die Kläger verlangen vom Beklagten die Abgabe einer Lösungsbeurteilung.

Mit Kaufvertrag vom 20.7.1994 kauften die damals in D. wohnhaften Kläger die zu diesem ein Zeitpunkt im Grundbuch des Amtsgerichts K. für H. eingetragene Flur-Nr. 4347 der Gemarkung H. in H., bestehend aus Wohnhaus mit Werkstätte, Hofraum, Garten zu 649 m² zum Kaufpreis von 830.000,- DM. 70.000,- DM hiervon entfielen laut XVII des Vertrages auf das Inventar einer Privatwohnung und einer Ferienwohnung.

Der Markt H. hatte am 24.10.1988 aufgrund § 22 BauGB und § 1 der Verordnung zur Sicherung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion vom 7.7.1988 (GVBl. Seite 194) für das gesamte Gebiet der Gemeinde H. eine Satzung erlassen, wonach unter anderem die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum dem Genehmigungsvorbehalt des § 22 BauGB unterlag.

Nachdem das BVerwG mit Urteil vom 7.7.1994 (GVBl. 1994, 1149) die Auffassung des BayVGH im Urteil vom 16.8.1993 (BayVBl. 94, 17 ff. bestätigt hatte, dass eine derartige Satzung, wenn sie für das gesamte Gemeindegebiet Geltung beansprucht, nichtig ist, beschloss der Beklagte am 9.8.1995 erneut eine Satzung über den Genehmigungsvorbehalt gemäß § 22 BauGB mit eingeschränktem Geltungsbereich für Teile des Gemeindegebiets, bekannt gemacht am 25.10.1995, und ordnete deren rückwirkendes In-Kraft-Treten zum 8.12.1988 an. In der Begründung wird darauf hingewiesen, dass der BayVGH im Urteil vom 10.4.1995 eine solche Rückwirkung für zulässig erachtet hatte.

Das Anwesen der Kläger in H. liegt in einem von der Satzung betroffenen Teilgebiet. Es gehört zu dem im Zusammenhang bebauten Ortsteil, ein Bebauungsplan für dieses Gebiet besteht nicht.

Am 6.6.1996 beantragten die Kläger eine Nutzungsänderungsgenehmigung zum Umbau der im Erdgeschoss des Anwesens gelegenen Schreinerwerkstatt in zwei Wohnungen. Der Bauausschuss des Beklagten erteilte hierzu am 28.6.1996 das gemeindliche Einvernehmen. In der Sitzungsniederschrift vom 28.6.1996 heißt es u. a.: Für zwei Wohnungen ist die bekannte Fremdenverkehrsdienstbarkeit einzutragen. ... Der Bauausschuss weist daraufhin, dass eine eventuell geplante Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum nach § 22 BauGB und der Satzung des Marktes H. über die Sicherung der Zweckbestimmung für den Fremdenverkehr grundsätzlich keine Zustimmung erhält.

Das zuständige Landratsamt erteilte am 26.9.1996 die Baugenehmigung für die Nutzungsänderung für den Umbau der Schreinerwerkstatt in zwei Mietwohnungen.

Mit notarieller Urkunde vom 15.10.1996 bestellten die Kläger zugunsten des Beklagten eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit, wonach es dem jeweiligen Eigentümer der Flur-Nr. 4347 auf die Dauer von 25 Jahren ab Eintragung der Dienstbarkeit untersagt war, nach dem Umbau die beiden neu geschaffenen Wohnungen im Erdgeschoss länger als sechs Wochen jährlich selbst zu bewohnen oder durch einen Dritten länger ununterbrochen bewohnen zu lassen und die beiden Wohnungen zu anderen beruflichen oder gewerblichen Zwecken als denen eines fremdenverkehrsgewerblichen Beherbergungsbetriebes mit ständig wechselnder Belegung zu benutzen. Ausgenommen von dieser Vereinbarung war die Nutzung durch Personen, die in den Wohnungen mit Hauptwohnsitz gemeldet waren.

Am 25.2.1997 beantragten die Kläger die Erteilung der Genehmigung gemäß § 22 BauGB zur Aufteilung des Anwesens nach dem WEG.

Zu notarieller Urkunde vom 17.3.1997 verpflichteten sich die Kläger, 1. das neu zu begründende Wohnungs- und Teileigentum nur an Personen zu veräußern, die entweder selbst seit mindestens fünf Jahren ihren ersten Wohnsitz im Gemeindegebiet haben oder an Abkömmlinge und Ehegatten solcher Personen,

2. die auf dem Grundstück befindlichen Wohnungen nicht zu anderen Zwecken als zur persönlichen Nutzung für den Grundstückseigentümer und dessen Familie sowie zur Dauervermietung an Personen, die dort ihren dauernden Aufenthalt haben oder zu Zwecken der Beherbergung von Personen im Rahmen einer gewerblichen Fremdenvermietung zu nutzen, wobei die Wohnungen nicht zur Nutzung als Zweitwohnung verwendet werden dürfen.

Die Kläger übernahmen die Verpflichtungen auf die Dauer von 25 Jahren und verpflichteten sich für den Fall des Verkaufs zu deren Weitergabe an die Rechtsnachfolger.

Für den Fall des Verstoßes gegen eine der Verpflichtungen dieser Vereinbarung (im Verfahren auch Einheimischendienstbarkeit genannt) räumten die Kläger dem Beklagten oder einem von ihm zu benennenden Gemeindebürger mit mindestens fünf Jahren Hauptwohnsitz in der Gemeinde oder Abkömmlingen einer solchen Person ein Ankaufsrecht zu 70 % des Verkehrswerts ein. Zur Sicherung des Ankaufsrechts bewilligten die Kläger die Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Beklagten. In gleicher Urkunde erklärten die Kläger und der erste Bürgermeister die aufgrund des Vertrages vom

15.10.1996 eingetragene Dienstbarkeit für gegenstandslos. Der erste Bürgermeister des Beklagten bewilligte deren Löschung Zug um Zug gegen Eintragung der Auflassungsvormerkung.

Mit Bescheid des Landratsamts vom 4.4.1997 wurde daraufhin die Genehmigung zur Aufteilung nach dem WEG gemäß § 22 BauGB erteilt.

Mit Teilungserklärung vom 17.3.1997 teilten die Kläger das Anwesen gemäß § 8 WEG in zwei Wohnungseigentumseinheiten zu ^{791,50/1000stel}, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im EG, OG und DG (Nr. 1) und ^{208,50/1000stel}, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im EG (Nr. 2) auf.

Mit Urkunde vom 27.3.1997 verkauften die Kläger an die Eheleute W. das Sondereigentum Nr. 2 zum Preis von 190.000,- DM unter Übernahme der Auflassungsvormerkung zugunsten des Beklagten.

Die Teilung wurde am 30.6.1997 im Grundbuch eingetragen.

Laut Grundbuch-Auszug vom 27.6.2000 wurde die Sondereigentumseinheit Nr. 1 später aufgeteilt in Nr. 1 mit verbleibenden ^{581,59/1000stel} Miteigentumsanteilen, eingetragen im Grundbuch für H. Band 153 Blatt 6187 und Sondereigentumseinheit Nr. 3 zu (wohl) ^{209,91/1000stel}, vorgetragen in Band 156 Blatt 6292.

Die Kläger sind der Auffassung, die Auflassungsvormerkung sei unwirksam, der Beklagte sei daher zur Abgabe der Löschungsbewilligung verpflichtet.

Sie tragen vor, die bereits verkaufte Sondereigentumseinheit habe tatsächlich einen Wert von 240.000,- DM gehabt. Wegen der Belastung, mit der Einheimischendienstbarkeit habe sie nur zu 80 % des Verkehrswerts verkauft werden können, Einheimische seien nicht bereit, einen angemessenen Verkehrswert zu bezahlen, einen Verkauf an Auswärtige zum ungekürzten Verkehrswert habe die Dienstbarkeit verhindert.

Die Kläger tragen vor, die Kreditbelastung durch die Finanzierung des Restkaufpreises des Anwesens und der Umbaumaßnahmen sei für sie, zumal die Klägerin nach einer Krebserkrankung erwerbsunfähig geworden sei, nicht mehr tragbar; die Kredite könnten nur durch den Verkauf der zwei Wohnungen der ursprünglichen Schreinerwerkstatt finanziert werden. Ein wirtschaftlich vertretbarer Verkauf sei jedoch wegen des Auflassungsanspruches der Gemeinde nicht möglich.

Die Kläger sind der Ansicht, die im notariellen Vertrag vom 17.3.1997 zugunsten des Beklagten vereinbarten Veräußerungsbeschränkungen zugunsten von Einheimischen seien angesichts der 25-jährigen Bindung, die gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Knebelungsverbot verstoße, unwirksam, das dem Beklagten im Falle des Verstoßes eingeräumte Ankaufsrecht sei deshalb und weil das Ankaufsrecht nur zu 70 % des Verkehrswerts ausgeübt werden könne, unwirksam. Die Regelung zum Ankauf von 70 % des Verkehrswertes bedeute einen enteignungsgleichen Eingriff und verstoße auch gegen § 22 Abs. 7 BauGB.

Bei dem Vertrag vom 17.3.1997 handle es sich um einen städtebaulichen Vertrag i. S. des § 11 BauGB, bei dem die vereinbarten Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein müssten gemäß dessen Absatz 2. Der Vertrag verstoße auch gegen § 9 AGBG, §§ 137, 138 und 242 BGB in Verbindung mit § 11 BauGB, da die Bedingungen des Ankaufsrechts unangemessen seien und sich der Beklagte übersichert habe, weil bereits die am 15.10.1996 bestellte Fremdenverkehrsdienstbarkeit auf 25 Jahre eine Nutzung zu Fremdenverkehrszwecken oder zum Zwecke der Eigennutzung als Hauptwohnsitz für Einheimische genügend gesichert habe. Eine 25-jährige Bindungsfrist sei wegen unangemessen langer Laufzeit ebenfalls unwirksam. Mit dem Recht, Dritte zu benennen, leiste das Ankaufsrecht zudem Grundstücksspekulationen Einheimischer in wettbewerbsverzerrender Weise Vorschub, wie sich bereits beim Verkauf der einen Wohnung an die Eheleute W. gezeigt habe. Die fehlende Nachfrage Einheimischer nach in solcher Weise belasteten Grundstücken führe zu einem faktischen Verkaufsverbot. Die Belastung sei daher völlig unangemessen und unwirksam. Außerdem sei der Beklagte gemäß § 22 Abs. 4 Satz 3 BauGB, dessen Voraussetzungen die Kläger erfüllten, auch zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile der Kläger verpflichtet gewesen, die Genehmigung zur Teilung zu geben.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung der Kläger. Diese blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

Den Klägern steht gegen den Beklagten kein Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung(en) entsprechend § 894 BGB (*Palandt*, BGB, 59. Aufl., § 886 Rdnr. 6 m.w.N.; KGJ 52, 164; RGZ 163, 62) zu.

A

Das im Vertrag vom 17.3.1997 befristet und aufschiebend bedingt vereinbarte Ankaufsrecht war durch Auflassungsvormerkung gemäß § 883 BGB sicherbar.

(...)

Die Bedingungen, unter denen dem Beklagten ein Ankaufsrecht zustehen soll, haben die Parteien im Vertrag vom 17.3.1997 ausreichend bestimmt festgelegt, wobei auch der zu zahlende Kaufpreis hinreichend bestimmbar ist. Sie haben damit für die – bedingte – Entstehung eine feste Rechtsgrundlage geschaffen. Der Bedingungseintritt kann grundsätzlich im Belieben des Gläubigers oder auch des Schuldners stehen. Für die Vormerkbarkeit des Anspruchs ist daher nicht erforderlich dass sein Wirksamwerden nur noch vom Willen des Vormerkungsberechtigten abhängt. Dass vorliegend ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums aus dem Ankaufsrecht nicht entsteht, wenn die Kläger gegen ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag vom 17.3.1997 nicht verstoßen, hat die zulässige Sicherung des Anspruchs für den Fall des Eintritts der Bedingungen für das Ankaufsrecht durch Auflassungsvormerkung daher nicht gehindert (vgl. *Palandt* a.a.O., § 883, Rdnrn. 2, 5, 6, Vorb. 13 vor 504).

B

Ein Anspruch der Kläger auf Löschung der Vormerkung besteht auch nicht deshalb, weil der gesicherte Anspruch wegen Unwirksamkeit der vertraglichen Vereinbarungen nicht entstanden wäre.

Weder die Vereinbarung mit Verpflichtung der Kläger mit Verkaufs- und Benutzungsbeschränkung im Interesse und für Zwecke des Fremdenverkehrs noch die Vereinbarung eines Ankaufsrechts mit Bestimmung eines Kaufpreises von 70 % des Verkehrswertes im Falle des Verstoßes gegen diese Verpflichtungen sind jeweils für sich genommen unwirksam. Sie sind dies auch nicht in der Gesamtschau.

I.

Eine Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen § 134 BGB ist nicht gegeben.

1. Der Abschluss des Vertrages vom 17.3.1997 verstößt nicht gegen ein gesetzliches Verbot.

Im Gegenteil war dem Beklagten gemäß § 6 Abs. 2 BauGB-MaßN bereits die Möglichkeit eingeräumt, eine vertragliche Vereinbarung im Zusammenhang u. a. mit städtebaulichen Satzungsverfahren zu treffen, um die mit der Satzung verfolgten Ziele und Zwecke vorzubereiten oder zu sichern. Nach Abs. 2 Ziff. 3 dieser Vorschrift gehörten hierzu auch vertragliche Vereinbarungen mit dem Ziel, dem Wohnbedarf der ortsansässigen Bevölkerung zu dienen. Nach Abs. 5 blieb die Zulässigkeit anderer Verträge unberührt. Diese Regelung ist nunmehr ohne inhaltliche Änderung in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 4 BauGB 1998 überführt. § 6 BauGBMaßN stellte daher eine Rechtsgrundlage für die Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen des Beklagten mit den Klägern aufgrund der beantragten Aufteilung ihres Anwesens nach dem WEG dar. Denn der Beklagte hatte von der ihm durch § 22 BauGB ein-

geräumten Möglichkeit zum Erlass einer Satzung Gebrauch gemacht, nach der u. a. die Aufteilung in Wohnungs- oder Teileigentum seiner Genehmigung bedarf. Dass der Beklagte die Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 und 2 BauGB hinsichtlich der Prägung durch den Fremdenverkehr erfüllt, ist nicht streitig.

Bedenken gegen die Wirksamkeit der Satzung im formellen Sinn bestehen nicht. Die Satzung wurde am 25.10.1995 bekannt gemacht. Zwar hat die Satzung ihr In-Kraft-Treten rückwirkend zum 8.12.1988 angeordnet. Eine Satzung nach § 22 BauGB kann jedoch, abgesehen von einer hier nicht vorliegenden Ausnahme, nur mit Wirkung von der Bekanntmachung an in Kraft gesetzt werden. Dies gilt für den Ersterlass der Satzung ebenso wie für den Neuerlass zur Behebung materieller Fehler (BVerwG vom 21.8.1997, NVwZ 98, 277). Die Satzung vom 8.12.1988 war, materiell fehlerhaft, wie der Beklagte selbst vorträgt, da ihr Geltungsbereich fehlerhaft bestimmt war. Der Beklagte konnte die Satzung vom 25.10.1995 deshalb nur mit Wirkung ab Bekanntmachung (BVerwG, a.a.O.), nämlich ab 25.10.1995, in Kraft setzen. Die Satzung vom 25.10.1995 war ab diesem Zeitpunkt jedenfalls wirksam. Zum Zeitpunkt des Vertrages vom 17.3.1997 bestand daher eine wirksame Satzung nach § 22 BauGB, der Beklagte konnte zur Sicherung der damit verfolgten Ziele deshalb vertragliche Vereinbarungen treffen.

2. Die Vereinbarung ist nicht wegen Verstoßes gegen § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB, der § 6 BauGB-MaßN abgelöst hat, unwirksam. Danach ist die Vereinbarung einer vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung unzulässig, wenn er auch ohne sie einen Anspruch auf die Gegenleistung hatte. Es handelt sich insoweit um eine Klarstellung, die auch ohne ausdrückliche Regelung im Gesetz aufgrund der Natur der Verträge und deren Zweck gelten würde und für § 6 BauGB-MaßN gegolten hat (BayVGH, BayVBl. 1999, 299,402).

Einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung zur Teilung ohne Gegenleistung hatten die Kläger jedoch nicht.

a) Ein Anspruch ergab sich nicht aus § 22 Abs. 3 Ziff. 1 BauGB. Danach ist eine Genehmigung nicht erforderlich, wenn der Grundstückseigentümer den Antrag auf Eintragung von Wohnungs- oder Teileigentum beim Grundbuchamt gestellt hat, bevor der Genehmigungsvorbehalt wirksam geworden ist. Da die (erste) Teilungserklärung nach § 8 WEG selbst erst vom 17.3.1997 stammt, kann der Antrag beim Grundbuchamt auf Eintragung der Teilung nicht vor dem 25.10.1995, dem Wirksamwerden der Satzung nach § 22 BauGB, gestellt worden sein.

b) Auch die Voraussetzungen des § 22 Abs. 4 Satz 3 BauGB zum damaligen Zeitpunkt haben die Kläger nicht dargetan. Gemäß § 22 Abs. 4 Satz 3 BauGB kann die Genehmigung erteilt werden, um wirtschaftliche Nachteile zu vermeiden, die für den Eigentümer eine besondere Härte bedeuten würden. Eine solche besondere wirtschaftliche Härte setzt ungewollte und unverhältnismäßige Belastungen des Eigentümers voraus und liegt nicht schon dann vor, wenn sich das Grundstück bei einer Aufteilung in Wohnungseigentum Gewinn bringender verwerten lässt. Auch ein spekulativer Kaufpreis in der Hoffnung auf Veräußerung von Eigentumswohnungen vermag eine besondere wirtschaftliche Härte nicht zu begründen (*Schrödter*, BauGB, 6. Aufl., § 22 Rdnr. 22). Dass die Nichtgenehmigung der Aufteilung durch den Beklagten damals für sie eine besondere Härte in diesem Sinne bedeutet hätte, haben die Kläger nicht vorgebracht. Sie haben auch nicht vorgebracht, dass sie solche Umstände damals dem Beklagten dargelegt hätten. Dass die Kläger derzeit erhebliche wirtschaft-

liche Schwierigkeiten behaupten, ist für die Frage, ob sie damals Anspruch auf Erteilung der Genehmigung gehabt hätten, nicht entscheidungserheblich.

c) Die Kläger hatten auch nicht deshalb Anspruch auf Erteilung der Genehmigung zur Teilung nach dem WEG, weil sie ihrerseits die Gegenleistung aufgrund Vertrages schon erbracht gehabt hätten.

Zwar hatten die Kläger aufgrund Vertrages vom 15.10.1996 dem Beklagten die so genannte Fremdenverkehrsdienstbarkeit eingeräumt. Die Kläger behaupten zwar, sie hätten diese im Vertrauen auf die künftige Teilung eingeräumt, sie tragen jedoch selbst nicht vor, dass diese Frage Gegenstand der Verhandlungen war, dass sie selbst sich gegenüber den Vertretern des Beklagten in dieser Weise geäußert hätten oder dass diese die künftige Genehmigung der Teilung von der Eintragung dieser Dienstbarkeit abhängig gemacht und für den Fall der Einräumung die Genehmigung in Aussicht gestellt und zugesagt hätten. Dementsprechend haben sie auch kein Beweisangebot in dieser Richtung unterbreitet.

(...)

d) Wegen des damaligen Bestehens der aufgrund Vertrages vom 15.10.1996 bereits eingetragenen Dienstbarkeit hatten die Kläger keinen Anspruch im Sinn des § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB auf Erteilung der Genehmigung nach § 22 BauGB.

Nach der im Verfahren häufig zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.9.1995 (DVBl. 1996, 55) ist das Anbieten einer Fremdenverkehrsdienstbarkeit durch den Eigentümer nicht ausreichend, um einen Anspruch des Eigentümers auf Erteilung der Genehmigung nach § 22 BauGB zu begründen. Das Bestehen einer solchen Dienstbarkeit ist daher für sich genommen ebenfalls nicht ausreichend, einen solchen Anspruch zu begründen.

II.

Die schuldrechtlichen Vereinbarungen im Vertrag vom 17.3.1997 sind inhaltlich nicht unwirksam.

1. Die Verpflichtung in § III Ziff. 1, das neu begründete Wohnungs- und Teileigentum nur an bestimmte Personen zu veräußern, wird nicht von § 137 Satz 1 BGB erfasst, sondern unterliegt als schuldrechtliche rechtsgeschäftliche Verpflichtung § 137 Satz 2 BGB und ist damit grundsätzlich wirksam.

2. Die schuldrechtliche Verpflichtung zur Dauernutzung nur für bestimmte Personen bzw. im Rahmen der gewerblichen Fremdenverkehrsvermietung unter Ausschluss der Nutzung als Zweitwohnung in Ziffer III 2 begegnet als solche keinen Bedenken. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, ein Grundstück in bestimmter Form zu nutzen und bestimmte Nutzungsmöglichkeiten zu unterlassen, sieht das Gesetz bei den Grunddienstbarkeiten und beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten ausdrücklich vor, §§ 1018, 1091 BGB. Diesen Weg über ein dingliches Recht mit Begründung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit haben die Parteien im Vertrag vom 17.3.1997 zwar nicht gewählt. Das ist für die Wirksamkeit der bloßen schuldrechtlichen Verpflichtung jedoch ohne Belang, denn alles, was nach den Regeln der Dienstbarkeit bzw. der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit ausgestaltet werden könnte, kann auch rein schuldrechtlich vereinbart werden (*Palandt*, a.a.O., § 1090 Rdnr. 1, S. 1018 Rdnr. 1 unter Bezugnahme auf RG JW 30, 3922). Dies ergibt sich ohnehin schon aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit.

3. Die Vereinbarung eines befristeten und bedingten Ankaufsrechts ist, wie oben A) ausgeführt, grundsätzlich ebenfalls

zulässig. Die Vereinbarung einer 25-jährigen Dauer ist nicht schon für sich genommen unwirksam, selbst wenn man eine analoge Anwendung der Höchstfrist für ein Wiederkaufsrecht von 30 Jahren gemäß § 503 BGB annehmen wollte (vgl. dazu aber *Palandt*, § 503 Rdnr. 2, Vorb. 13 vor 504).

4. Die Vereinbarung vom 17.3.1997 ist auch nicht wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG bzw. § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB unwirksam. Die Anwendung des AGBG kommt in Betracht, da der Beklagte nach übereinstimmendem Parteivortrag gleich lautende Verträge in mehreren hundert Fällen geschlossen hat.

Gemäß § 9 AGBG sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen entgegen Treu und Glauben benachteiligen. Gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB müssen die vereinbarten Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein.

Nach Auffassung des Senats kann vorliegend wie in der Entscheidung des BayVGH vom 22.10.1998 (BayVBl. 99, 405) offen bleiben, ob auf den Vertrag, der nach dem Gegenstand des Vertrages als privatrechtlicher Vertrag einzustufen ist, (BVerwG vom 11.2.1993 [MittBayNot 93, 164]) § 9 AGBG anzuwenden ist oder dieser durch die spezialgesetzliche Regelung des § 11 BauGB 98 ausgeschlossen ist, obwohl der Senat wie der BayVGH Letzterem zuneigt. Denn wegen der Ähnlichkeit der Tatbestandsvoraussetzungen in § 9 AGBG einerseits und denjenigen in § 11 BayGB 98 andererseits ist der Begriff der Angemessenheit bzw. Unangemessenheit der vertraglichen Vereinbarungen nicht unterschiedlich auszulegen (vgl. BayVGH, a.a.O., mit Darlegung des Meinungsstandes).

a) Der Vertrag mit den von den Klägern eingegangenen schuldrechtlichen Verpflichtungen verstößt nicht schon deshalb gegen § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB, wie die Kläger meinen, weil ihren Leistungen keinerlei Gegenleistung des Beklagten entgegenstehe. Sie selbst hätten das Anwesen gekauft, auf ihre Kosten umgebaut und zwei neue Wohnungen geschaffen und schließlich seien sie die vertraglichen Verpflichtungen eingegangen, ohne dass der Beklagte seinerseits etwas geleistet habe.

Die „vereinbarten Leistungen“ i. S. von § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB sind nicht im streng zivilrechtlichen Sinne zu verstehen (*Schrödter*, a.a.O., § 22 Rdnrn. 40, 42). Gegenleistungen in diesem Sinne können ein Tätigwerden auf dem Gebiet des Baugenehmigungsverfahrens, der Erteilung des Einvernehmens sein, hier der Erteilung der Genehmigung nach § 22 BauGB.

Ohne diese Gegenleistung der Gemeinde hätten die Kläger, wie oben I. ausgeführt, keinen Anspruch auf Teilung des Anwesens in Wohnungseigentum gehabt und hätten diese nicht durchsetzen können. Ein Vertrag mit Vereinbarung gegenseitiger Leistungen liegt daher vor.

b) Die Leistungen stehen auch in einem angemessenen Verhältnis bzw. benachteiligen die Kläger nicht unangemessen.

Zentrale Bedeutung für die Begrenzung der Vertragsfreiheit hat das Gebot der Angemessenheit gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB (*Schrödter*, a.a.O., § 11 Rdnr. 39). Nichts anderes gilt bei Anwendung von § 9 AGBG.

Fehlende Angemessenheit führt über § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG bzw. § 9 AGBG zur Nichtigkeit des Vertrages. Die Angemessenheit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und unterliegt im Streitfall der vollen gerichtlichen Kontrolle. Angemessenheit muss nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB zwischen den vereinbarten Leistungen bestehen. Die

Frage der Angemessenheit muss einzelfallbezogen betrachtet werden. Es ist eine wirtschaftliche Betrachtung anzustellen. Die vom Vertragspartner der Gemeinde übernommene Leistung muss danach objektiv noch in angemessenem Verhältnis zum Gesamtvolumen seines durch die gemeindliche Gegenleistung ermöglichten Vorhabens stehen. Die vom Vertragspartner übernommene Leistung darf subjektiv für ihn, aber auch für denjenigen, an den er die übernommenen Aufwendungen weitergibt, keine unzumutbare Belastung darstellen. Als weitere Schranken für städtebauliche Verträge hat die Rechtsprechung insbesondere das Koppelungsverbot und das Verbot des Machtmissbrauchs entwickelt. Nach dem Koppelungsverbot darf durch Vertrag nichts miteinander verknüpft werden, was nicht ohnedies schon in einem Zusammenhang steht. Als zweites Element darf eine hoheitliche Entscheidung ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden, es sei denn, erst die Gegenleistung würde ein der Entscheidung entgegenstehendes rechtliches Hindernis beseitigen (*Schrödter*; a.a.O., § 11 Rdnrn. 39–46).

Nach diesen Grundsätzen liegt kein unangemessenes Verhältnis der beiderseitigen Leistungen vor.

Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot, wie die Kläger meinen, ist nicht unterlaufen.

Erst die Gegenleistung der Kläger, nämlich das Eingehen der schuldrechtlichen Verpflichtungen, hat ein der Erteilung der Genehmigung zur Aufteilung nach dem WEG gemäß § 22 BauGB entgegenstehendes Hindernis beseitigt, wie bereits ausgeführt.

Es ist nicht ersichtlich, dass durch den Vertrag etwas miteinander vermengt wurde, was nicht in einem Zusammenhang steht, sondern durch die vertraglichen Regelungen sollte den Gefahren einer Zweitwohnungsnutzung bei Aufteilung in Wohnungseigentum entgegengewirkt werden.

§ 22 BauGB enthält die gesetzliche Vermutung, dass mit der Begründung von Wohnungseigentum in Fremdenverkehrsgebieten ein wesentliches Gefährdungspotenzial für die dortige städtebauliche Entwicklung verknüpft ist, weil dies erfahrungsgemäß zu Zweitwohnungsnutzung mit den damit verbundenen negativen städtebaulichen Folgen führt (BVerwG, DVBl. 96, 56). Das BVerwG hat dargelegt, der Gesetzgeber habe an die Begründung von Wohnungseigentum angeknüpft, weil dieses in Fremdenverkehrsgebieten regelmäßig den Einstieg in die Zweitwohnungsnutzung und damit in die Zweckentfremdung für Fremdenverkehrszwecke bedeute. Die mit der Begründung von Zweitwohnungen verbundenen Beeinträchtigungen für den Fremdenverkehr lägen zum einen darin, dass diese Wohnungen der wechselnden Benutzung durch Fremde entzogen werden, zum anderen in der Tendenz zur Bildung so genannter Rolladensiedlungen oder Geisterstädte mit den damit verbundenen finanziellen und städtebaulich nicht vertretbaren Belastungen einer nicht ausgenützten, aber von der Gemeinde vorzuhaltenden Infrastruktur. Aus den Gesetzesmaterialien sei zu ersehen, dass eine mögliche Beeinträchtigung auch bei solchen Grundstücken bejaht werde, die noch nicht Fremdenverkehrszwecken gedient haben. Aus den gegebenen Gefährdungspotenzialen ergebe sich, dass schon wegen des Überwachungsproblems durch eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit die Vermutung der Beeinträchtigung der Fremdenverkehrsfunktion nicht ausgeräumt werden könne (AVerwG, a.a.O.).

Demgemäß hat der Beklagte mit den verlangten schuldrechtlichen Vereinbarungen nichts Unangemessenes verlangt. Ein Zusammenhang mit dem Antrag auf Erteilung der Genehmi-

gung ist ohne weiteres gegeben. Die Vermutung, dass aus den neu gebildeten Wohnungen Zweitwohnungen entstehen könnten, besteht nach den Gesetzesmaterialien auch dann, wenn das Grundstück bisher nicht zu Fremdenverkehrszwecken genutzt wurde, also auch bezüglich der Wohnungen in der früheren Schreinerwerkstatt. Der Beklagte war, wie wiederholt ausgeführt, zur Erteilung der Genehmigung nicht ohne Gegenleistung verpflichtet. Eine bloße Dienstbarkeit oder eine bloße schuldrechtliche Verpflichtung (wie in III Ziff. 2 des streitgegenständlichen Vertrages enthalten) hätte einen solchen Anspruch der Kläger noch nicht begründen können (s.o.). Daraus ergibt sich, dass in einem solchen Fall noch keine Angemessenheit im Verhältnis der gegenseitigen Leistungspflichten bestanden hätte, sondern dass die Leistung des Beklagten jedenfalls „mehr“ wert war. Der Beklagte konnte also mehr verlangen und hat dies in Ziffer III 1 mit der Verpflichtung der Kläger zur Veräußerung nur an Personen mit mindestens fünf Jahren Hauptwohnsitz im Gemeindegebiet bzw. deren Abkömmlinge und Ehegatten getan.

(...)

Durch die vertraglichen Vereinbarungen als Voraussetzung für die Genehmigung der Teilung wurde nichts Unzulässiges miteinander vermengt.

Beim Kauf durch Gemeindebürger mit seit fünf Jahren bestehendem Hauptwohnsitz sowie durch Abkömmlinge von solchen besteht eben eine größere Wahrscheinlichkeit, dass sie die Wohnung selbst oder zu Zwecken des Fremdenverkehrs nutzen können und wollen, auch wenn Letztere beim Kauf selbst noch nicht im Gemeindegebiet wohnen.

Dass bei Beschränkungen der Verkaufsmöglichkeit auf diesen Personenkreis nicht der auf dem unbeschränkten Markt erzielbare Preis erreicht werden kann, dieser Personenkreis auf die preisdrückende Wirkungen der vom Beklagten geschlossener Verträge „spekuliert“, ist eine Folge, die § 11 Abs. 1 Ziff. 2 BauGB mit der Zulassung von städtebaulichen Verträgen mit dem Ziel der Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung voraussetzt und bezweckt.

Ein Zusammenhang mit der Fremdenverkehrssatzung des Beklagten besteht auch schon deshalb, weil durch die Attraktivität der Gemeinde für Zweitwohnungsnutzer das Preisgefüge für Wohnungen nach oben verschoben wird.

Obwohl die Kläger auf lange Sicht gehindert sind, den Höchstpreis zu erzielen, ist nach Auffassung des Senats ein unangemessenes Verhältnis der beiderseitigen Leistungen deshalb nicht anzunehmen, weil die Kläger zum einen durch die ihnen vom Beklagten ermöglichte Aufteilung des Anwesens in Wohnungseigentum eine Wertsteigerung ihres Anwesens erfahren haben. Die Aufteilung in Wohnungseigentum ist ja gerade auch deshalb so attraktiv, weil kleinere selbständige Einheiten häufiger nachgefragt werden als große Anwesen und deshalb der Verkauf mehrerer kleinerer Wohnungen einen höheren Preis erzielt als der Verkauf des Anwesens im Ganzen.

Darauf weist vorliegend auch der Preis von 190.000,- DM für die Wohnung Nr. 2 hin. Wenn man davon ausgeht, dass die Miteigentumsanteile wie üblich im Verhältnis zum Wert des Gesamtgrundstücks ermittelt wurden, würde sich bei Hochrechnung für 1997 dessen Wert auf ca. 940.000,- DM belaufen und dies trotz der Belastungen mit den Rechten des Beklagten, die ja auch die Käufer der Wohnung Nr. 2 übernommen haben. Auch wenn man die – nicht bekannten – Investitionen für den Umbau erwägt, spricht nichts dafür, dass die Belastung zu einem Minderwert gegenüber dem ursprünglichen Wert geführt hat.

Zudem hat gerade und erst die Gegenleistung des Beklagten dazu geführt, dass die Kläger überhaupt rechtlich verselbständigte Teile ihres Anwesens verkaufen können und damit ihre behauptete Schuldenlast zumindest teilweise zurückführen können, selbst aber eine Wohnung behalten können, während sie bei Nichtaufteilung in Wohnungseigentum, wenn sie ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachkommen hätten können, zur Veräußerung des Anwesens insgesamt gezwungen gewesen wären.

Im Hinblick auf diese ihnen durch des Beklagten entstandenen Vorteile erscheint auch die zeitliche Dauer von 25 Jahren nicht unangemessen. Zum einen besteht für den Beklagten, wie das Landgericht bereits bemerkt hat, nicht nur jetzt, sondern weiterhin und auch in 25 Jahren und darüber hinaus die Notwendigkeit, sein Gebiet, das überwiegend vom Fremdenverkehr lebt, vor Zweckentfremdung zu schützen. Er hat daher ein legitimes Interesse, wenn er durch seine Mitwirkung die Aufteilung in Wohnungseigentum ermöglicht und damit das Gefährdungspotenzial erhöht, auf einer möglichst langfristigen Bindung des Eigentümers zu bestehen, wenn er diesem durch seine Genehmigung die Teilung schon ermöglicht hat, wenigstens die Wohnungen nicht einer Zweitwohnungsnutzung zuzuführen. Auch ist der Erwerb von Grundstücken in der Regel auf eine gewisse Dauer angelegt, sodass es auch den Klägern gegenüber nicht unangemessen ist, wenn sie in der Ausnutzung ihrer sich gerade aus der Teilung ergebenden Möglichkeiten zur Erzielung eines möglichst hohen Preises für Teile des Anwesens über einen längeren Zeitraum gehindert sind. Der Zeitraum von 25 Jahren, den man gemeinhin als Generation bezeichnet, erscheint dem Senat bei wirtschaftlicher Betrachtung und Abwägung der beiderseitigen Leistungen und Interessen noch nicht unangemessen.

c) Dasselbe gilt für das Ankaufsrecht.

aa) Hinsichtlich der Frist von 25 Jahren muss es notwendig der Dauer der schuldrechtlichen Verpflichtung, deren Einhaltung es bezweckt, folgen. Soweit das OLG Hamm für ein Wiederkaufsrecht eine Laufzeit von 20 Jahren als unangemessen betrachtet hat (NJW 96, 2104), ist der Fall nicht vergleichbar. Ob die Ausübung des Ankaufsrechts im Verlaufe der Zeit unter gewissen Voraussetzungen sein könnte oder eine Vertragsanpassung erforderlich sein könnte, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Dass in Zukunft die Möglichkeit von Entwicklungen besteht, die solches erfordern, führt nicht zur Unangemessenheit des Vertrages vom 17.3.1997, sondern gegebenenfalls für den Fall der Ausübung des Ankaufsrechts zu Korrekturen. Dasselbe gilt, soweit die Kläger Missbrauchsmöglichkeiten behaupten. Nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist davon auszugehen, dass sich die Gemeinde an selbstgeschaffene rechtmäßige Bindungen hält bzw. dafür sorgt, dass von ihr benannte Dritte diese übernehmen. Für die Frage der Angemessenheit der gegenseitigen Leistungen nach dem streitgegenständlichen Vertrag ist dies nicht entscheidungserheblich. Da die Möglichkeit des Missbrauchs besteht, führt nicht zur Unangemessenheit des Vertrages vom 17.3.1997, sondern gegebenenfalls für den – unterstellten – Fall des Bedingungseintritts und Ausübung des Ankaufsrechts zu Abwehrmöglichkeiten im Fall des Missbrauchs durch den Beklagten (vgl. hierzu bspw. *Jachmann* MittBayNot, 94, 93, 109).

bb) Die Vereinbarung, dass der Beklagte oder ein von ihm benannter Dritter das Grundstück bei Ausübung des Ankaufsrechts zu 70 % des Verkehrswert erwerben könnte, erscheint zunächst hart.

Jedoch ist bei der vertraglichen Absicherung bei Einheimischenmodellen durch ein Ankaufsrecht der Gemeinde ein Abschlag von 3,0 % zum Verkehrswert bei der Ausübung des Ankaufsrecht anerkannt (BayVGH MittBayNot 1990, 259). Dies lässt sich trotz nicht voller Vergleichbarkeit des Einheimischenmodells auch auf den vorliegenden Fall übertragen. Denn auch hier haben die Kläger durch die Leistung der Gemeinde etwas erlangt, nämlich die Möglichkeit der Aufteilung in Wohnungseigentum, einen damit verbundenen höheren Verkehrswert ihres Grundstücks mit der Möglichkeit, rechtlich verselbständigte Teile hieraus zu veräußern, wie ausgeführt. Von einem enteignungsgleichen Eingriff kann dabei weder im Rechtssinne, noch tatsächlich die Rede sein. Hierbei ist zu sehen, dass es nicht das Ziel der Gemeinde ist, ein Grundstück bzw. eine Wohnungseigentumseinheit mit einem beträchtlichen Abschlag zum Verkehrswert zu erwerben, sondern die Kläger durch eine drohende empfindliche Sanktion zur Einhaltung ihrer eingegangenen Unterlassungsverpflichtungen anzuhalten. Bei Einhaltung ihrer Verpflichtungen, wobei jedenfalls der Verkauf an welche Personen ohne weiteres überprüfbar ist, wird das Ankaufsrecht nicht zur Ausübung gelangen, die Kläger haben es durch eigene Vertragstreue in der Hand, den Eintritt des Ankaufsfalls abzuwenden. Mit § 22 BauGB sollte der Gemeinde ein Instrument in die Hand gegeben werden, um der Entwicklung der Zweitwohnungsnutzung zu steuern. Wenn diese Gefahr potenziell dadurch erhöht wird, dass die Gemeinde aufgrund vertraglicher Vereinbarungen der Teilung in Wohnungseigentum zustimmt, muss ihr auch das Recht zugebilligt werden, für den Fall des Verstoßes erhebliche Sanktionen zu verlangen. Die Vereinbarungen hinsichtlich des bedingten Ankaufsrechts erscheinen daher bei einer Gesamtbetrachtung noch als angemessen. Dass im Fall des Eintritts der Bedingung und des Ankaufs durch die Gemeinde ein Sondermarkt für Einheimische entstehen könnte, wie die Kläger vorbringen, führt zu keiner unangemessenen Benachteiligung der Kläger, die Schaffung eines solchen Sondermarktes hat der BayVGH in der oben genannten Entscheidung gerade, jedenfalls beim Einheimischenmodell, als legitimes Ziel der Gemeinde angesehen. Nichts anderes gilt vorliegend unter Berücksichtigung von § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB, wie ausgeführt.

Die Bestimmung in § 22 Abs. 7 BauGB führt entgegen der Ansicht der Kläger nicht zu einer anderen Beurteilung. Dieser lässt sich gerade nicht die „Wertung“ des Gesetzgebers entnehmen, dass die Gemeinde das Grundstück zum Verkehrswert ankaufen müsste. Zum einen haben die Kläger damals diesen Weg nicht gewählt, zum anderen ist nicht dargetan, dass die Voraussetzungen des § 40 Abs. 2 BauGB damals vorliegen wären. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Kläger derzeit die Voraussetzungen des § 40 Abs. 2 BauGB erfüllen würden. Denn § 22 Abs. 7 BauGB verpflichtet unter gewissen Voraussetzungen die Gemeinde zur Übernahme des Grundstücks zum Verkehrswert, aber eines Grundstücks ohne Aufteilung in Wohnungseigentum, also eines Grundstücks zu geringerem Verkehrswert. Auch hätten die Kläger keine Möglichkeit gehabt, eine Sondereigentumseinheit für sich zu behalten.

§ 27 a Baugesetzbuch, der das gesetzliche Vorkaufsrecht der Gemeinde betrifft, ist nicht einschlägig und kann auch nicht analog zu Gunsten der Kläger herangezogen werden.

Die vertragliche Vereinbarung ist daher angemessen, verstößt nicht gegen das Koppelungs- bzw. das Übermaßverbot und lässt auch einen Machtmissbrauch des Beklagten nicht erkennen. § 138 BGB ist daher ebenfalls nicht tangiert.

Steuerrecht

26. EStG §§ 16, 34; EStDV § 7 Abs. 1 (*Teilveräußerung eines Mitunternehmeranteils I*)

Die Veräußerung des Anteils an einem Mitunternehmeranteil ist nicht tarifbegünstigt, wenn der Veräußerer die zu seinem Sonderbetriebsvermögen gehörenden wesentlichen Betriebsgrundlagen nicht anteilig mitüberträgt, sondern der Gesellschaft weiterhin zur Nutzung überlässt. Sie unterliegt in diesem Fall auch der Gewerbesteuer.

BFH, Urteil vom 24.8.2000 – IV R 51/98 –

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und Revisionsbeklagte zu 2. (KG) betreibt in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG die Herstellung und den Vertrieb von ... Persönlich haftende Gesellschafterin ist die Klägerin und Revisionsbeklagte zu 1. (GmbH). Die KG übt ihre Geschäftstätigkeit in einem gemieteten Fabrik- und Bürogebäude aus, das im hier interessierenden Zeitpunkt im Eigentum der Beigeladenen stand.

Bis zum 31.12.1989 war die Beigeladene allein als Kommanditistin an der KG beteiligt. Ihre Einlage belief sich auf 100 000 DM. Die Beigeladene war auch alleinige Anteilseignerin der als Komplementärin fungierenden GmbH, die ihrerseits zu diesem Zeitpunkt am Vermögen der KG nicht beteiligt war, sondern vom Gewinn lediglich eine Haftungsprämie erhielt. Sowohl die Anteile an der GmbH als auch das Fabrik- und Bürogebäude wurden als Sonderbetriebsvermögen der Beigeladenen bei der KG bilanziert.

Mit KG-Vertrag vom 26.3.1990 beschlossen die GmbH und die Beigeladene, das Festkapital der KG auf 1 000 000 DM zu erhöhen. Mit einem weiteren notariellen Vertrag vom selben Tag veräußerte die Beigeladene ihre sämtlichen Anteile an der GmbH an die X-AG (AG) zu einem Preis von 4 665 500 DM. Im Kaufvertrag war bestimmt, dass die GmbH mit Wirkung ab dem 1.1.1990 am Gewinn, Verlust und Vermögen der KG beteiligt sein sollte. Die Beteiligung der GmbH an der KG sollte sich künftig auf 510 000 DM, die der Beigeladenen auf 490 000 DM belaufen.

Mit Vertrag vom 26.7.1990 übertrug die Beigeladene ihre Kommanditeinlage mit Wirkung auf den 1.8.1990 in vorweggenommener Erbfolge auf ihren Sohn. Dasselbe geschah mit dem Fabrik- und Bürogrundstück.

In ihrer Erklärung zur einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung für das Streitjahr (1990) erklärte die KG einen Gewinn in Höhe von insgesamt 6 338 857 DM. Er setzte sich zusammen aus einem laufenden Gewinn in Höhe von 1 770 291 DM und einem der Beigeladenen zugerechneten tarifbegünstigten Gewinn aus der Übertragung ihrer Kommanditbeteiligung an die GmbH in Höhe von 4 568 566 DM. In der für die Beigeladene und ihren Sohn zum 31.12.1990 erstellten Ergänzungsbilanz war die Übertragung eines Teils der KG-Anteile der Beigeladenen an die GmbH als Entnahme behandelt. Der Übergang der Beteiligung an der GmbH auf die AG wurde in der Ergänzungsbilanz als Abgang zum Buchwert erfasst.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) stellte den Gewinn des Streitjahres erklärungsgemäß fest. Desgleichen berücksichtigte das FA bei der Gewerbesteuerveranlagung lediglich den erklärten laufenden Gewinn. Beide Bescheide ergingen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung.

Im Anschluss an eine Betriebsprüfung vertrat das FA die Auffassung, die Tarifbegünstigung gemäß §§ 16, 34 des Einkommensteuergesetzes (EStG) sei nicht zu gewähren. Infolge der Kapitalerhöhung habe die GmbH eine Beteiligung an der KG in Höhe von 51 v.H. erhalten. Sie sei somit zu diesem Vorhundertsatz an den stillen Reserven der KG beteiligt worden. Die GmbH habe dadurch einen Vermögensvorteil auf Kosten der Beigeladenen in Höhe der Differenz zwischen dem Wert der erhaltenen Beteiligung und ihrer Einlage erlangt. Dieser Vorgang sei als verdeckte Einlage zu werten. In Höhe der verdeckten Einlage hätten sich die Anschaffungskosten der Beigeladenen für die Anteile an der GmbH erhöht. Bei der Beigeladenen seien infolge der verdeckten Einlage in das Vermögen der GmbH stille Reserven in Höhe von 4 561 990 DM aufgedeckt worden. Dem-

gegenüber sei die Übertragung der GmbH-Anteile an die AG zu den (erhöhten) Buchwerten erfolgt. Die Tarifbegünstigung nach §§ 16, 34 EStG sei nicht zu gewähren, da zum Mitunternehmeranteil Sonderbetriebsvermögen gehört habe, das nicht (anteilig) mitveräußert worden sei. Demzufolge unterliege der Gewinn aus der Übertragung der Anteilsrechte auch der Gewerbesteuer.

Das FA änderte dementsprechend die für das Streitjahr ergangenen Gewinnfeststellungs- und Gewerbesteuermessbescheide. Das Finanzgericht (FG) gab der hiergegen nach erfolglosem Einspruch erhobenen Klage statt, indem es in Höhe von 4 561 990 DM einen tarifbegünstigten Veräußerungsgewinn feststellte und bei der Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrags den Gewerbeertrag entsprechend verminderte. Die Entscheidung ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1998, 1319 veröffentlicht.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des finanzgerichtlichen Urteils und zur Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

1. Das FG hat angenommen,

– die Beigeladene habe einen Anteil (51 v.H.) an ihrem Mitunternehmeranteil gemäß § 7 der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV) in der im Streitjahr geltenden Fassung unentgeltlich zu Buchwerten auf die GmbH übertragen. Die in dem Mitunternehmeranteil ruhenden stillen Reserven seien daher erst bei Übertragung der das gesamte Nennkapital umfassenden Beteiligung an der GmbH auf die AG aufgedeckt worden. Diese Veräußerung sei jedoch nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 34 EStG steuerbegünstigt;

– selbst wenn man mit dem FA eine Aufdeckung der stillen Reserven bereits anlässlich der Teilanteilsübertragung auf die GmbH sehen wolle, sei dieser Vorgang nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) steuerbegünstigt. Die anteilige Mitübertragung der Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens sei nicht erforderlich.

Der erkennende Senat kann weder der einen noch der anderen Auffassung folgen.

2. Entgegen der Meinung des FG und in Übereinstimmung mit der Auffassung der Beteiligten findet § 7 Abs. 1 EStDV im Streitfall keine Anwendung. Zwar ist das FG zutreffend davon ausgegangen, dass die Beigeladene im wirtschaftlichen Ergebnis einen Teil (51 v.H.) ihres Mitunternehmeranteils auf die GmbH übertragen hat.

Dies geschah, indem das Festkapital von 100 000 DM auf 1 000 000 DM aufgestockt und die vermögensmäßige Beteiligung der GmbH von 0 DM auf 510 000 DM erhöht wurde. Diese Übertragung konnte jedoch nicht zu Buchwerten erfolgen.

a) Betrachtet man die gesamte Transaktion unter dem Blickwinkel des ihr zugrunde liegenden Gesamtplans, so hat die Beigeladene einen Teil ihres KG-Anteils an die AG veräußert. Sie hat von der AG den Betrag von 4 665 500 DM erhalten und dafür einen Teil ihres Anteils am Vermögen der KG auf die GmbH als die von der AG bestimmte Leistungsempfängerin übertragen. Für diese Betrachtungsweise spricht auch der Vortrag der Klägerin, dass die AG selbst den KG-Anteil erworben hätte, wenn ihr dies nicht aufgrund ihrer Satzung verwehrt gewesen wäre.

b) Aber auch wenn man – entsprechend der privatrechtlichen Gestaltung – davon ausgeht, dass die Beigeladene den Anteil an ihrem Kommanditanteil unentgeltlich auf die GmbH übertragen hat, sind die in § 7 Abs. 1 EStDV genannten Voraussetzungen für eine Übertragung zum Buchwert nicht erfüllt.

aa) Es kann dahinstehen, ob § 7 Abs. 1 EStDV schon deshalb nicht anwendbar ist, weil bei unentgeltlicher Übertragung auf eine eigene GmbH eine verdeckte Einlage mit der Folge vorliegt, dass vorrangig die Regelungen über die Betriebsaufgabe eingreifen (so BFH-Urteil vom 18.12.1990 VIII R 17/85, BStBl II 1991, 512, für den Fall, dass sich die GmbH-Anteile im Privatvermögen befinden; kritisch: *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl., § 22 IV, S. 791, und § 22 VIII, S. 838; *Tiedtke*, Der Betrieb – DB – 1999, 2026, 2027). Jedenfalls scheidet die Anwendung des § 7 Abs. 1 EStDV daran, dass die Beigeladene auf die GmbH weder einen Betrieb, noch einen Teilbetrieb, noch einen Mitunternehmeranteil übertragen hat. Vielmehr verzichtete die Beigeladene zugunsten der GmbH lediglich auf einen Teil ihres Anteils am Vermögen der KG. Es kann dabei (weiter) offen bleiben, ob ein solcher Vorgang bereits deshalb von § 7 Abs. 1 EStDV nicht mitumfasst wird, weil damit der in dieser Vorschrift zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke der gewinnneutralen Betriebs- bzw. Unternehmensnachfolge überspannt wird (*Gebel*, Deutsches Steuerrecht – DStR – 1998, 269, 272). Selbst wenn man annimmt, dass die Übertragung des Anteils an einem Mitunternehmeranteil nach § 7 Abs. 1 EStDV zu Buchwerten möglich sei, steht dieser Lösung im Streitfall entgegen, dass das zum Sonderbetriebsvermögen der Beigeladenen gehörende Betriebsgrundstück nicht ebenfalls anteilig auf die GmbH übertragen wurde.

bb) Der in § 7 EStDV verwendete Begriff des Mitunternehmeranteils umfasst ebenso wie der gleich lautende Begriff in § 16 Abs. 1 EStG auch etwaiges Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH-Beschluss vom 31.8.1995 VIII B 21/93, BStBl II 1995, 890, m.w.N.). Folglich können auch die Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens wesentliche Betriebsgrundlagen des Mitunternehmeranteils darstellen. An dieser Auffassung hat der BFH ungeachtet der im Schrifttum geäußerten Kritik festgehalten (Beschluss in BStBl II 1995, 890, m.w.N.). Der Streitfall gibt keinen Anlass, von ihr abzuweichen. Für sie spricht nicht zuletzt der Sinn und Zweck des § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG und der Sinn und Zweck des daraus entwickelten Instituts des Sonderbetriebsvermögens. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG und damit auch die Behandlung bestimmter Wirtschaftsgüter als Sonderbetriebsvermögen haben den Sinn und Zweck, einen Mitunternehmer einem Einzelunternehmer insoweit gleichzustellen, als die Vorschriften des Gesellschaftsrechts dem nicht entgegenstehen (BFH-Urteil vom 19.3.1991 VIII R 76/87, BStBl II 1991, 635). Werden anlässlich der unentgeltlichen Übertragung eines Einzelunternehmens Wirtschaftsgüter vom Übertragenden zurückbehalten, die zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen gehören, liegt keine Betriebsübertragung im Ganzen, sondern eine Betriebsaufgabe vor (Senatsurteile vom 9.7.1981 IV R 101/77, BStBl II 1982, 20; vom 1.2.1990 IV R 8/89 BStBl II 1990, 428 [= MittBayNot 1990, 210]). Ebenso ist für die unentgeltliche Übertragung eines Mitunternehmeranteils i.S. von § 7 Abs. 1 EStDV zu fordern, dass alle diejenigen Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens auf den Erwerber mitübertragen werden, die für die Mitunternehmerschaft funktional wesentlich sind. Werden für die Mitunternehmerschaft wesentliche Grundlagen nicht mitübertragen, liegt auch insoweit eine Betriebsaufgabe vor (BFH-Beschluss in BStBl II 1995, 890, m.w.N.). Ob diese Betriebsaufgabe steuerbegünstigt ist, richtet sich (wie auch bei der entgeltlichen Veräußerung des Anteils am Gesamthandsvermögen) danach, ob die im Sonderbetriebsvermögen ruhenden stillen Reserven aufgedeckt werden (steuerbegünstigt – z.B. bei Entnahme ins Privatvermögen) oder ob eine Aufdeckung unter-

bleibt (nicht steuerbegünstigt – z.B. bei Überführung in ein anderes Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen zum Buchwert – vgl. *Schmidt/Wacker*, Einkommensteuergesetz, § 16 Rdnr. 435; *Märkle*, Deutsche Steuer-Zeitung – DStZ – 1997, 233, 234 f., mit Nachweisen aus der Rechtsprechung).

cc) Dementsprechend kommt auch eine Übertragung des ideellen Anteils an einem Mitunternehmeranteil zum Buchwert gemäß § 7 Abs. 1 EStDV allenfalls dann in Betracht, wenn die zum Sonderbetriebsvermögen des Übertragenden gehörenden wesentlichen Betriebsgrundlagen anteilig mitübertragen werden. Der zu der parallelen Fallgestaltung der entgeltlichen Veräußerung eines mit Sonderbetriebsvermögen verbundenen Teilanteils vertretenen gegenteiligen Auffassung folgt der Senat – wie die folgenden Ausführungen zeigen – nicht.

3. Hat die Beigeladene den ideellen Anteil an ihrem Kommanditanteil nicht unentgeltlich zum Buchwert auf die GmbH übertragen, waren die im Gesamthandsvermögen ruhenden stillen Reserven anteilig aufzudecken. Der hierdurch entstandene Gewinn war nicht nach §§ 16, 34 EStG tarifbegünstigt. Auch insoweit fehlt es an der korrespondierenden Behandlung des Sonderbetriebsvermögens. Die Tarifbegünstigung war nicht zu gewähren, weil die in dem zum Sonderbetriebsvermögen der Beigeladenen gehörenden Betriebsgrundstück ruhenden stillen Reserven nicht ebenfalls im Umfang des veräußerten Anteils aufgedeckt wurden.

a) Aus der bereits dargestellten Zugehörigkeit des Sonderbetriebsvermögens zum Mitunternehmeranteil (s.o. unter 2. b) folgt, dass ein Mitunternehmeranteil nur dann nach §§ 16, 34 EStG tarifbegünstigt veräußert werden kann, wenn die in den wesentlichen Betriebsgrundlagen des Sonderbetriebsvermögens ruhenden stillen Reserven gleichzeitig aufgelöst werden (BFH-Urteile in BStBl II 1991, 635; vom 2.10.1997 IV, R 84/96, BStBl II 1998, 104).

b) Was für die Veräußerung eines ganzen Mitunternehmeranteils gilt, muss auch für die Teilanteilsveräußerung gelten. Der im Schrifttum vertretenen gegenteiligen Auffassung (*Schmidt/Wacker*, a.a.O., § 16 Rdnr. 410; *Reiß* in *Kirchhof/Söhn*, Einkommensteuergesetz, Rdnr. C 51; *Weber*, DB 1991, 2560, 2561; *Tismer/Ossenkopp*, Finanz-Rundschau – FR – 1992, 39; *Korn*, Kölner Steuerdialog – KÖSDI – 1997, 11225) vermag der Senat nicht zu folgen.

aa) Nach nahezu einhelliger Auffassung besteht der Sinn der Regelungen über die begünstigte Versteuerung betrieblicher Veräußerungsgewinne darin, die zusammengeballte Realisierung der während vieler Jahre entstandenen stillen Reserven nicht nach dem progressiven Einkommensteuertarif zu erfassen. Sie setzt demnach voraus, dass alle stillen Reserven der wesentlichen Grundlagen des Betriebs in einem einheitlichen Vorgang aufgelöst werden; denn eine Zusammenballung liegt nicht vor, wenn dem Veräußerer noch stille Reserven verbleiben, die erst in einem späteren Veranlagungszeitraum aufgedeckt werden (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 18.10.1999 GrS 2/98, BStBl II 2000, 123, unter V. 1. c). Unter dieser Prämisse muss das bei der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils geltende Erfordernis, dass die stillen Reserven der zum Sonderbetriebsvermögen gehörenden wesentlichen Betriebsgrundlagen aufzudecken sind, erst recht für die Übertragung eines Teils an einem Mitunternehmeranteil gelten (ebenso Urteil des FG Düsseldorf vom 6.5.1999 11 K 4433/96, EFG 1999, 699, Revision eingelegt, Az. des BFH XI R 35/99). Es kann nicht überzeugen, dass bei der Veräußerung eines ganzen Mitunternehmeranteils, bei dem die Zusammen-

ballung der stillen Reserven stärker als bei einem bloßen Teilanteil ausgeprägt ist, die Tarifbegünstigung nur bei Einbeziehung des Sonderbetriebsvermögens gerechtfertigt ist, bei Veräußerung eines Teilanteils dagegen nicht einmal die ihm entsprechenden stillen Reserven des Sonderbetriebsvermögens anteilig aufzulösen sein sollen (*Tiedtke*, DB 1999, 2029).

bb) Hiergegen wendet das FG in der Vorentscheidung ein, die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Tarifbegünstigung bei Veräußerung des Teils an einem Mitunternehmeranteil zeige, dass nicht stets alle in den wesentlichen Betriebsgrundlagen ruhenden stillen Reserven zu realisieren seien, um die Tarifbegünstigung in Anspruch nehmen zu können (ähnlich *Tismer/Ossenkopp*, FR 1992, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1992/1993, 206, 211; *Korn*, KÖSDI 1997, 11225). Dieser Einwand verkennt jedoch, dass die Tarifbegünstigung für die Veräußerung eines Teilanteils rechtssystematisch kaum zu begründen ist. Sie kann allein auf Gründe der Rechtssicherheit gestützt werden, nach denen eine von der Finanzverwaltung gebilligte langjährige Rechtsprechung trotz nicht auszuräumender steuersystematischer Bedenken nicht aufgegeben werden soll (Beschluss des Großen Senats des BFH in BStBl II 2000, 123, unter V. 2. c, letzter Absatz). Keinesfalls ist sie geeignet, über ihr eigenes – eng zu fassendes – Anwendungsgebiet hinaus die Tarifbegünstigung der §§ 16, 34 EStG weiter auszudehnen. Aus diesem Grund hat der Große Senat eine analoge Anwendung der Rechtsprechung zur Teilanteilveräußerung auf den Fall der Aufnahme eines Sozius in eine Einzelpraxis abgelehnt.

cc) Ein weiteres Argument gegen das Erfordernis der Aufdeckung der in den wesentlichen Betriebsgrundlagen des Sonderbetriebsvermögens ruhenden stillen Reserven sieht das FG darin, dass es keine quotalen Verbindung zwischen dem anteilig veräußerten Mitunternehmeranteil und dem Sonderbetriebsvermögen gibt (ähnlich *Reiß*, a.a.O.). Hieran ist richtig, dass die Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens weiterhin der verbleibenden mitunternehmerischen Betätigung des Übertragenden dienen und dass die stillen Reserven des Sonderbetriebsvermögens deshalb weiter steuerverhaftet bleiben. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch für die Frage, ob die Tarifbegünstigung nach §§ 16, 34 EStG zu gewähren ist, irrelevant. Eine zusammengeballte Realisierung der stillen Reserven liegt nicht vor, wenn sie erst in einem späteren Veranlagungszeitraum aufgedeckt werden (so bereits BFH-Urteil vom 11.8.1971 VIII 13/65, BStBl II 1972, 270; Beschluss in BStBl II 2000, 123, unter V. 1. c).

dd) Das gefundene Ergebnis wird auch durch die bereits im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Betriebsübertragung (oben unter 2. b) angestellte Erwägung gestützt, dass Mitunternehmer und Einzelunternehmer insoweit gleichzustellen sind, als die Vorschriften des Gesellschaftsrechts nicht entgegenstehen. Wird der Mitunternehmer bereits durch die von der Rechtsprechung eingeräumte Tarifbegünstigung der Teilanteilveräußerung gegenüber dem Einzelunternehmer in rechtssystematisch bedenklicher Weise bevorzugt, so würde sich diese Besserstellung noch verstärken, wenn es auf die Aufdeckung der in den wesentlichen Betriebsgrundlagen des Sonderbetriebsvermögens ruhenden stillen Reserven nicht ankäme (ebenso Urteil des FG Düsseldorf in EFG 1999, 699; *Tiedtke*, DB 1999, 2029).

ee) Andererseits rechtfertigen auch praktische Erwägungen nicht etwa ein anderes Ergebnis. Das gilt insbesondere für den Hinweis auf die Möglichkeit, dass es sich beim Sonderbetriebsvermögen um ein Wirtschaftsgut handelt, das nicht teil-

bar ist. Als Beispiel wird ein Patent genannt (*Crezelius*, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht – JbFStR – 1992/1993, 206, 213). Zum einen spricht der Wortlaut des § 15 Abs. 1 Satz 2 des Patentgesetzes dafür, dass einem anderen Bruchteilseigentum an einem Patent eingeräumt werden kann (so ausdrücklich *Schulte*, Patentgesetz, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 10; *Benkard*, Patentgesetz, 9. Aufl., § 15 Rdnr. 33, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung). Zum andern dürfte es keine wesentliche Betriebsgrundlage geben, an der nicht zumindest wirtschaftliches Miteigentum übertragen werden könnte.

4. Der durch die Aufdeckung der im Gesamthandsvermögen ruhenden stillen Reserven entstandene Gewinn unterliegt auch der Gewerbesteuer.

Allerdings gehören nach ständiger Rechtsprechung des BFH Gewinne aus der Veräußerung oder Aufgabe eines Betriebs bei einem Einzelunternehmen oder einer Personengesellschaft nicht zum Gewerbeertrag (Senatsurteil vom 11.3.1982 IV R 25/79, BStBl II 1982, 707, m.w.N.; ebenso Abschn. 40 der Gewerbesteuer-Richtlinien – GewStR –; a.A. von *Twickel* in *Blümich*, Gewerbesteuergesetz, § 7 Rdnr. 142 ff.). Dabei kommt es – anders als im Bereich der Einkommensteuer – nicht notwendigerweise darauf an, dass alle stillen Reserven aufgedeckt werden. Denn die Nichtbelastung mit Gewerbesteuer dient nicht dazu, die Folgen der zusammengeballten Realisierung stiller Reserven zu mildern. Sie hat ihren Grund vielmehr in dem Objektsteuercharakter der Gewerbesteuer, die nur den durch den laufenden Betrieb anfallenden Gewinn erfasst (BFH-Urteil vom 3.2.1994 III R 23/89, BFHE 174, 372, BStBl II 1994, 709). Voraussetzung ist jedoch, dass die gewerbliche Tätigkeit aufgegeben wird.

Auch die Veräußerung eines Anteils an einer gewerblich tätigen Personengesellschaft unterliegt nicht der Gewerbesteuer (BFH-Urteil vom 25.5.1962 I 78/61 S, BFHE 75, 467, BStBl III 1962, 438). In einem solchen Fall beendet der Veräußerer seine mitunternehmerische Tätigkeit. Das Gleiche gilt nach dem Urteil des VIII. Senats des BFH vom 15.3.2000 VIII R 51/98 (BStBl II 2000, 316) für den Gewinn aus der Entnahme des anteiligen Sonderbetriebsvermögens, der im Falle der Sonderrechtsnachfolge in den Mitunternehmeranteil beim Erblasser entsteht. Der VIII. Senat hat das damit begründet, dass es auch in diesem Fall zu einer Betriebseinstellung durch den Erblasser und zu einem Wechsel in der Person des Unternehmers kommt. Anders ist es hingegen, wenn nur ein ideeller Anteil an einem Mitunternehmeranteil veräußert wird. In einem solchen Fall führt der Veräußerer seine mitunternehmerische Tätigkeit in der Gesellschaft fort. In dem vergleichbaren Fall einer Teilbetriebsveräußerung hat der erkennende Senat entschieden, dass ein Veräußerungs- oder Aufgabeertrag der Gewerbesteuer unterliegt, wenn eine wesentliche Betriebsgrundlage des Teilbetriebs zurückbehalten und im Betriebsvermögen fortgeführt wird (Urteil vom 19.7.1984 IV R 143/83, juris; ähnlich *Peuker* in *Glanegger/Güroff*, Gewerbesteuergesetz, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 14). Dementsprechend unterliegt der Gewinn aus der Veräußerung des Anteils an einem Mitunternehmeranteil jedenfalls dann der Gewerbesteuer, wenn der Gesellschafter die in seinem Alleineigentum stehenden wesentlichen Betriebsgrundlagen wie bisher der Gesellschaft zur Nutzung überlässt.

Anmerkung der Schriftleitung:

S. hierzu auch *Spiegelberger*, MittBayNot 2001, S. 18 (in diesem Heft).

27. EStG § 16 Abs. 1 Nr. 2, § 18 Abs. 3, § 34 Abs. 2 Nr. 1 (*Teilveräußerung eines Mitunternehmeranteils II*)

Umfasst ein Mitunternehmeranteil auch Sonderbetriebsvermögen, das zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen zu rechnen ist, so ist bei Veräußerung eines Teilanteils der dabei entstehende Gewinn nur dann ermäßigt zu besteuern, wenn auch ein entsprechender Bruchteil des Sonderbetriebsvermögens veräußert wird.

BFH, Urteil vom 12.4.2000 – XI R 35/99 –

28. KStG § 8 Abs. 3 Satz 2; EStG § 4 Abs. 4 (*Kapitalerhöhungskosten als verdeckte Gewinnausschüttung*)

Für die anlässlich der Kapitalerhöhung einer GmbH anfallenden Kosten gilt das Veranlassungsprinzip. Übernimmt die GmbH die Kosten, die mit der eigentlichen Kapitalerhöhung zusammenhängen, liegt deswegen keine vGA vor, ohne dass es einer besonderen Satzungsregelung über die Kostenübernahme bedürfte. Anders verhält es sich, wenn die GmbH auch diejenigen Kosten trägt, die auf die Übernahme der neuen Kapitalanteile zurückzuführen sind (Abgrenzung zu den Senatsurteilen vom 11.10.1989 I R 12/87, BFHE 158, 390, BStBl II 1990, 89; vom 11.2.1997 I R 42/96, BFH/NV 1997, 711).

BFH, Urteil vom 19.1.2000 – I R 24/99 –

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist eine GmbH, deren Stammkapital im Zusammenhang mit dem Eintritt einer weiteren Gesellschafterin durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 18.7.1990 um 1,6 Mio. DM auf 12,8 Mio. DM erhöht wurde. Der Beschluss wurde am 6.2.1991 in das Handelsregister eingetragen. Die anlässlich der Kapitalerhöhung angefallenen Kosten (Kapitalverkehrsteuer und Notariatskosten) trug die Klägerin und zog diese als Betriebsausgaben ab. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) nahm abweichend hiervon eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) an und erließ entsprechende Steuerbescheide.

Das Finanzgericht (FG) gab der hiergegen erhobenen Klage, soweit diese das Streitjahr 1991 und in diesem die Streitfrage nach der steuerlichen Behandlung der Kapitalerhöhungskosten betraf, statt. Sein Urteil ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1999, 718 veröffentlicht.

Seine Revision begründet das FA mit Verletzung materiellen Rechts.

Es beantragt, das FG-Urteil insoweit aufzuheben, als es eine vGA durch die Übernahme der Kapitalerhöhungskosten verneint habe, und die Klage insoweit abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur zurückverweisung der Sache an das FG.

1. Gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) sind bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens vGA zu berücksichtigen; sie mindern das Einkommen nicht.

Unter einer vGA i.S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ist bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung (verhinderte Vermögensmehrung) zu verstehen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer

offenen Ausschüttung steht (Urteil des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 11.12.1991 I R 49/90, BStBl II 1992, 434). Für den größten Teil der entschiedenen Fälle hat der BFH eine Veranlassung der Vermögensminderung durch das Gesellschaftsverhältnis angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte (BFH-Urteil vom 16.3.1967 I 261/63, BStBl III 1967, 626).

2. Das FG hat das Vorliegen derartiger vGA im Streitfall verneint. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Ob dies aber in vollem Umfang zutrifft, lässt sich nach den bislang getroffenen tatrichterlichen Feststellungen nicht abschließend entscheiden.

a) Wie der Senat wiederholt geurteilt hat (Urteile vom 11.10.1989 I R 12/87, 12 BStBl II 1990, 89; vom 11.2.1997 I R 42/96, BFH/NV 1997, 711), ist keine Betriebsausgabe, sondern eine andere Ausschüttung i.S. von § 27 Abs. 3 Satz 2 KStG gegeben, wenn eine Kapitalgesellschaft die eigenen Gründungskosten begleicht, die zivilrechtlich von den Gesellschaftern zu tragen sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Gesellschaftssatzung die Übernahme des Gründungsaufwandes zu Lasten der Gesellschaft nicht vorsieht (vgl. § 26 Abs. 2 des Aktiengesetzes – AktG –, der einen für alle Kapitalgesellschaften verbindlichen Rechtsgrundsatz enthält).

b) So liegen die Dinge hier jedoch nicht; das FA überträgt die zu Gründungskosten aufgestellten Grundsätze deshalb zu Unrecht auch auf jene Kosten, die anlässlich einer Kapitalerhöhung (Eigenkapitalbeschaffung) gemäß § 55 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG – anfallen. Auch wenn die Kapitalerhöhung ein „nach Inhalt und Wesen der Gründung ähnlicher Vorgang“ ist (vgl. *Ulmer* in Großkommentar zum GmbH-Gesetz, 8. Aufl., § 55 Rdnr. 5, m.w.N.), so sind Kapitalerhöhungs- und Gründungsvorgänge dennoch strikt auseinander zu halten (vgl. *Ulmer*, a.a.O., § 55 Rdnr. 5), insbesondere ist die analoge Anwendung von Gründungsrecht auf die Kapitalerhöhung nicht ohne weiteres möglich (*Zimmermann* in *Rowedder*, GmbH-Gesetz, 3. Aufl., § 55 Rdnr. 3; vgl. zur Abgrenzung auch § 248 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs – HGB –, dazu *Budde/Karig*, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 3. Aufl., § 248 HGB Rdnr. 2 f.). Die Kapitalerhöhung unterscheidet sich von der Gründung der GmbH, die – nur – von den Gesellschaftern vorgenommen werden kann, schon darin, dass sie nicht zwingend die Beteiligung der (bisherigen) Gesellschafter durch Übernahme neuer Geschäftsanteile voraussetzt (§ 55 Abs. 2 GmbHG). Zwar ist der Vertrag auf Erwerb oder auf Erweiterung eines Mitgliedschaftsrechts durch den Übernehmer gerichtet und hat er deswegen keinen schuldrechtlichen, sondern einen körperschaftlichen Charakter (*Priester* in *Scholz*, GmbH-Gesetz, 8. Aufl., § 55 Rdnr. 70, m.w.N. zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – BGH –). Der Übernahmevertrag ist indes kein Teil des eigentlichen Kapitalerhöhungsbeschlusses, sondern lediglich dessen Durchführung (vgl. § 57 GmbHG). Daher ist es zwar zulässig, auch die Personen der Übernehmer und die von ihnen übernommenen Stammeinlagen im Kapitalerhöhungsbeschluss anzugeben, dies muss jedoch nicht geschehen. Gleiches gilt für die erforderliche Neufassung der Satzung (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG; *Ulmer*, a.a.O., § 55 Rdnr. 18).

Vor diesem Hintergrund und in Einklang hiermit findet § 26 Abs. 2 AktG keine analoge Anwendung. Diese Vorschrift ent-

hält keinen allgemein gültigen Rechtsgedanken; sie betrifft vielmehr ausschließlich die Gründung der Gesellschaft und bezweckt, die Vorbelastungen des Grundkapitals durch Gründungsaufwand im Interesse des Gläubigerschutzes statutarisch offen zu legen; durch die Veröffentlichung soll erreicht werden, dass der Geschäftspartner der gegründeten Gesellschaft weiß, welcher Betrag des Stammkapitals von vornherein nicht zur Verfügung steht. Diese besondere Interessenlage ist mit Vornahme der Gründung aber entfallen. Soweit das FA sich demgegenüber auf § 57 Abs. 4 GmbHG und die darin enthaltene Verweisung auf § 9a Abs. 1 und 3 GmbHG beruft, ergibt sich hieraus nichts Abweichendes. Diese Vorschriften regeln (allein) die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer, welche die Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet haben und in diesem Zusammenhang deren etwaige gesamtschuldnerische Mithaftung; es ist nicht ersichtlich, dass und in welcher Weise sich daraus eine analoge Anwendbarkeit von § 26 Abs. 2 AktG ableiten lassen sollte.

Folglich gilt für die Kapitalerhöhungskosten uneingeschränkt und ohne besondere Satzungserfordernisse das Veranlassungsprinzip (§ 4 Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes – EStG –), wonach die betreffenden Kosten von jenem zu tragen sind, in dessen Rechtssphäre sie verursacht sind (ebenso *Priester* in *Scholz*, a.a.O., § 55 Rdnr. 122; *Förschle/Kofahl* in Beck'scher Bilanz-Kommentar, a.a.O., § 272 HGB Rdnr. 51; wohl auch *Streck*, Körperschaftsteuergesetz, 5. Aufl., § 8 Anm. 150 Stichwort Kapitalerhöhungskosten; *Rengers* in *Blümich*, Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuersteuergesetz, 16. Aufl., § 8 KStG Rdnr. 487; *Wiedemann* in Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., § 182 Rdnr. 116; *Hefermehl/Bungeroth* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, Aktiengesetz, § 182 Rdnr. 126; *Hüffer*, Aktiengesetz, 2. Aufl., § 182 Rdnr. 35; anderer Ansicht – allerdings überwiegend aus kautelarpraktischer Vorsicht – *Piltz*, Deutsches Steuerrecht 1991, 1650, 1651, und diesem folgend *Neufang/Hobbing/Kaiser*, Die Information über Steuer und Wirtschaft 1996,

553, 554; *Urban*, Finanz-Rundschau 1992, 569, 571, sowie EFG-Beilage 10/1999, 37; *B. Lang* in *Arthur Andersen*, Körperschaftsteuergesetz, § 8 Rdnr. 1195 a.E.; *Achenbach* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, Die Körperschaftsteuer, Anh. zu § 8 KStG Stichwort Kapitalerhöhungskosten, Letzterer unter unzutreffendem Hinweis auf die „Kapital-“ in Abgrenzung zur „Einkommensebene“ der Kapitalgesellschaft).

3. Für den Streitfall bedeutet dies, dass diejenigen Kosten, die mit der eigentlichen Kapitalerhöhung zusammenhängen, solche der Klägerin und nicht der die Neuanteile übernehmenden Gesellschafter sind. Einbezogen sind die entsprechenden Beurkundungs- und Eintragungskosten (vgl. insoweit auch § 188 Abs. 3 Nr. 3 AktG zur Beifügung einer Kostenberechnung über die – so ausdrücklich – „der Gesellschaft“ entstehenden Emissionskosten für die Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister), daneben die festgesetzte Gesellschaftsteuer (vgl. dazu § 10 des Kapitalverkehrsteuergesetzes, wonach Steuerschuldner die betreffende Kapitalgesellschaft ist). Für diejenigen Kosten, die gegebenenfalls auf die Übernahme der neuen Kapitalanteile zurückzuführen sind (insbesondere die diesbezüglichen anteiligen Beurkundungs- und gegebenenfalls Eintragungskosten; vgl. dazu im Einzelnen *Zimmermann* in *Rowedder*, a.a.O., § 55 Rdnr. 52 f.; *Wiedemann*, a.a.O., § 182 Rdnr. 107 ff.; *Hüffer*, a.a.O., § 182 Rdnr. 34), gilt dies hingegen nicht; diese waren von den Gesellschaftern zu tragen. Soweit die Klägerin diese dennoch – anteilig – übernommen hätte, wäre darin eine Vermögensminderung zu sehen, der gesellschaftliche Motive zugrunde lägen, es sei denn, betriebliche Gründe würden dargetan. Feststellungen dazu fehlen indes. Es ist Sache des FG, dem im Einzelnen weiter nachzugehen und die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen zu treffen.

4. Zu diesem Zweck waren das Urteil des FG aufzuheben und die Sache an dieses zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO –).

Einkommensteuer:

Zuwendungsbestätigungen für Stiftungen – Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen

(BMF-Schreiben vom 8.12.2000 – IV C 4 – S 2223 – 934/00)

Durch das Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen vom 14.7.2000 (BGBl. I 2000 S. 1034; BStBl. I 2000 S. 1192) sind die steuerlichen Begünstigungen für Zuwendungen an Stiftungen des öffentlichen Rechts und an nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG steuerbefreite Stiftungen des privaten Rechts rückwirkend ab dem 1.1.2000 erweitert worden.

Begünstigt sind nach § 10b Abs. 1 a EStG Zuwendungen zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke i. S. der §§ 52 bis 54 AO, die anlässlich Neugründung von entsprechenden Stiftungen bis zum Ablauf eines Jahres nach Gründung in den Vermögensstock dieser Stiftungen geleistet werden, bis zu einem Höchstbetrag von 600 000 DM.

Darüber hinaus sind weitere Zuwendungen an die o. a. Stiftungen für die genannten steuerbegünstigten Zwecke – mit Ausnahme der Förderung gemeinnütziger Zwecke i. S. des § 52 Abs. 2 Nr. 4 AO – bis höchstens 40 000 DM begünstigt.

Um eine zutreffende steuerliche Berücksichtigung zu gewährleisten, sind diese Zuwendungen nach einem amtlich vorgeschriebenen Vordruck zu bestätigen. Im Kalenderjahr 2000 ausgestellte Zuwendungsbestätigungen werden steuerlich auch anerkannt, wenn sie nach den Mustern erstellt sind, die im BMF-Schreiben vom 18.11.1999 (BStBl. I 1999 S. 979)

veröffentlicht worden sind. Hierbei ist zu gewährleisten, dass Zuwendungen auch in *den* Fällen steuerlich zutreffend berücksichtigt werden, in denen sich aus der Bezeichnung des Ausstellers nicht eindeutig ergibt, dass es sich um eine Stiftung handelt. Deshalb ist der Name des Ausstellers der Zuwendungsbestätigung – abhängig von der Rechtsform – um den Klammersatz „(Stiftung des öffentlichen Rechts)“ oder „(Stiftung des privaten Rechts)“ zu ergänzen. Sind bereits Zuwendungsbestätigungen ausgestellt worden, reicht eine gesonderte schriftliche Bestätigung über die Rechtsform unter Bezugnahme auf die Zuwendungsbestätigung aus.

Dies gilt in gleicher Weise für die bis zum 30.6.2000 erstellten Zuwendungsbestätigungen, die entsprechend dem BMF-Schreiben vom 14.1.2000 (BStBl. I 2000 S. 132 = DB 2000 S. 353) nach den zum Ablauf des Jahres 1999 verwendeten Mustern erstellt worden sind.

Die Grundsätze zur Verwendung der Vordrucke für Zuwendungsbestätigungen in den BMF-Schreiben vom 18.11.1999 (BStBl. I 1999 S. 979) und vom 2.6.2000 (BStBl. I 2000 S. 592) gelten auch für *die* Zuwendungsbestätigungen, die von Stiftungen ausgestellt werden.

Handelt es sich um Zuwendungen anlässlich der Neugründung in den Vermögensstock einer Stiftung bis zum Ablauf eines Jahres nach Gründung, ist die hierfür in den Vordrucken vorgesehene Bestätigung *zwingend* erforderlich. Fehlt diese Bestätigung, ist eine steuerliche Berücksichtigung nur nach Maßgabe des § 10b Abs. 1 EStG möglich.

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Ab 1.4.2001:

Notar Norbert Dolp, Alzenau

Wiederbestellung zum Prüfer für die Erste Juristische Staatsprüfung (Prüfungsort Würzburg)

2. Verstorben:

Notar a. D. Justizrat Wilhelm Graf von Borries, Neustadt/Weinstr., verst. 4.1.2001

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.2.2001:

Notar Dr. Otto Grimm, Würzburg

Mit Wirkung vom 1.4.2001:

Notar Dr. Emil Beck, München

Mit Wirkung vom 1.5.2001:

Notar Dr. Franz Wich, Ebersberg

Mit Wirkung vom 1. 7.2001:

Notar Hans-Peter Reinhold, Trostberg
Notar Dr. Norbert Spinar, Fürstenfeldbruck

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.8.2000:

Hersbruck (neuerrichtete Notarstelle in Sozietät mit Dr. Vollhardt)	dem Notarassessor Dr. Gerhard Lenz (bisher in Nürnberg Notarstellen Dr. Latinak/Regler)
---	--

(Berichtigung zu MittBayNot 6/2000)

Mit Wirkung vom 1.2.2001:

Landstuhl	dem Notar Werner Landau (bisher in Kirchheimbolanden)
-----------	---

Miesbach (in Sozietät mit Notar Dr. Kirchner)	dem Notar Dr. Karl Gerstner (bisher in München)
---	---

Wassertrüdingen	der Notarassessorin Susanne Pöllmann-Budnick (bisher in Ingolstadt Notar- stellen Dr. Ott/Dr. Wegmann)
-----------------	---

Würzburg (in Sozietät mit Notar Friederich)	dem Notar a. D. Dr. Peter Limmer (bisher in Würzburg Geschäfts- führer des DNotI)
---	--

Mit Wirkung vom 1.3.2001:

Eichstätt (in Sozietät mit Notarassessorin Philipp)	der Notarassessorin Dr. Annette Schneider (bisher in Fürstenfeldbruck Notarstellen Dr. Spinar/Schüßler)
---	---

Eichstätt (neuerrichtete Notarstelle in Sozietät mit Dr. Schneider)	der Notarassessorin Ursula Philipp (bisher in Ingolstadt Notar- stellen Dr. Wegmann/Dr. Ott)
--	---

Mit Wirkung vom 1.4.2001:

München (in Sozietät mit Notar Dr. Eckhardt)	dem Notar Rudolf Spoerer (bisher in Miltenberg)
--	---

Simbach am Inn	dem Notar Dr. Hans Stumpp (bisher in Memmingen)
----------------	---

Mit Wirkung vom 1.5.2001:

Ebersberg (in Sozietät mit Notar Zetzel)	dem Notar Matthias Griebel (bisher in Pappenheim)
--	---

Mit Wirkung vom 1.7.2001:

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Hille)	dem Notarassessor Dr. Michael El-Gayar (bisher in Bamberg Notar- stellen Hillmann/Höfler)
--	--

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.2.2001:

Eigner Michael, Nürnberg (Notarstelle Lottner)
Heinemann Jörn, Bad Neustadt a.d. Saale (Notarstelle Dr. Wübben)
Seeger Bernhard, Sonthofen (Notarstellen Strobach/Dr. Obermaier)
Siebenhaar Daniel, Neumarkt i. d. Opf. (Notarstellen Dr. Ulbrich/Leitenstorfer)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Markus Riemenschneider, Landsberg am Lech, wurde mit Wirkung vom 15.12.2000 promoviert

Notarassessorin Christine Oberhofer, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Haasen), wurde mit Wirkung vom 2.1.2001 promoviert

Notarassessorin Monika Triller, München (Landesnotarkammer Bayern), wurde mit Wirkung vom 16.1.2001 promoviert

Mit Wirkung vom 1.3.2001 haben die Notare Walter Dietrich und Jochen Barth ihre Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung beendet

Mit Wirkung vom 1.4.2001 haben die Notare Dr. Hans Wolfsteiner und Dr. Michael Bohrer ihre Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung beendet

Notarassessor Alexander Krafka, Bad Reichenhall (Notarstelle Massinger), ab 22.1.2001 in München (Notarstelle Prof. Dr. Gantzer)

Amtmann i. N. Dieter Eschenauer, Miesbach (Notarstellen Dr. Kirchner / Dr. Gerstner), ab 1.3.2001 in Bad Aibling (Notarstellen Dr. Graßmann / Altinger)

Oberinspektor i. N. Bernhard Zeindl, Simbach am Inn (Notarstelle Dr. Lemberger), ab 1.4.2001 in Passau (Notarstelle Bächer)

7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2000:

Zum Oberinspektor i. N. (VerGr. IV b BAT):

Christian Wilhelm, Sonthofen (Notarstellen Strobach/ Dr. Obermaier)

Mit Wirkung vom 1.1.2001:

Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. II a BAT):

Gerhard Blüm, Frankenthal (Notarstelle Oehm)

Peter Kretschmer, Augsburg (Notarstellen Laue / Rapp)

Wolfgang Loscher, München (Notarstellen Dr. Vossius/ Dr. Engel)

Otto Müller, München (Notarstellen Pölsterl / Dr. Asam)

Fritz Rieth, Ludwigshafen am Rhein (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge)

Günther Rödel, Rosenheim (Notarstelle Hözl)

Udo Steinert, Nürnberg (Notarstellen Dr. Armbruster/ Bensch)

Anton Batzlsperger, Landshut (Notarstelle Häusler)

Zum Amtsrat i. N. (VerGr. III):

Harald Bihlmaier, Heilsbronn (Notarstellen Füller/Dr. Weigl)

Anton Ehrl, Friedberg (Notarstellen Dr. Schmidt/Dr. Nawratil)

Karin Eyßlein, Uffenheim (Notarstelle Thiede)

Wolfgang Halke, München (Notarstellen Dr. Dr. Braun/ Siller-Bauer)

Rudolf Kammergruber, München (Notarstelle Dr. Kreuzer)

Wolfgang Kloos, Germersheim (Notarstelle Dr. Wolf)

Anni Schmidbauer, Pfarrkirchen (Notarstelle Dr. Mayer)

Werner Vachenauer, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Dr. Spinar / Schüßler)

Hermann Zempel, Cadolzburg (Notarstelle Ellert)

Josef Geiskopf, Lohr a. Main (Notarstelle Wieser)

Zum Amtmann i. N. (VerGr. IV a):

Rupert Böhm, Simbach a. Inn (Notarstelle Dr. Lemberger)
Gertrud Braunnüller, Immenstadt i. Allgäu (Notarstellen Dubon/Kellner)

Herta Ecker, Bad Tölz (Notarstellen Dr. Safferling/ Staudt)

Karl-Heinz Hauck, Bad Bergzabern (Notarstelle Dr. Endrulat)

Peter Krämer, Zweibrücken (Notarstellen Greiner/ Dr. Kiefer)

Jörg Lamatsch, Nürnberg (Notarstellen Wacker / Dr. Wahl)

Helmut Mladek, Kempten (Notarstelle Dr. Reuter)

Klaus Mottl, Bad Neustadt a. d. Saale (Notarstelle Dr. Wübben)

Hermine Ranner, Erding (Notarstellen Böck/ Koch)

Ulrike Reis, Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder / Dr. Sommerhäuser)

Volker Spahn, Bayreuth (Notarstellen Dr. Roßner/ Dr. Rausch)

Werner Spranger, München (Notarstellen Jungsberger/ Dr. Wirner)

Roman Weichenberger, Wolfratshausen (Notarstellen Dr. Adler / Huber)

Zum Oberinspektor i. N. / zur Oberinspektorin i. N. (VerGr. IV b BAT):

Brigitte Deistler, München (Notarstellen Dr. Reinl/ Zöllner)

Carola Feldmeier, Neumarkt i. d. Opf. (Notarstellen Dr. Ulbrich / Leitenstorfer)

Norbert Feneis, Erlangen (Notarstelle Dr. Odersky)

Michaela Gold, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Dr. Spinar/ Schüßler)

Petra Helchenberg, Ottobeuren (Notarstelle Preißinger)

Christian Knoll, Schwabmünchen (Notarstellen Thumerer/ Thallinger)

Sandra Kohlmann, Miltenberg (Notarstellen Gemke/Spoerer)

Daniela Löffler, Augsburg (Notarstellen Röder / Dr. Koch)

Loibl Maria, München (Notarstelle Dr. Kreuzer)

Susanne Moltke, Bad Reichenhall (Notarstelle Massinger)

Elke Scheitzach, Erding (Notarstelle Olk)

Fritz Weber, Kempten (Notarstellen Büttel / Dr. Huber)

Roland Werner, Bad Kissingen (Notarstelle Makowka)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Walter Herget, Ebersberg (Notarstellen Dr. Wich/Zetzl), ab 1.2.2001 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Werner Leng, Schwabach (Notarstellen Hagg/ Liebing), ab 1.2.2001 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Alfred Unte, Rottenburg a. d. Laaber (Notarstelle Burghard), ab 1. 2. 2001 im Ruhestand

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M., Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 90,- DM zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 20,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.

Sonstiges

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

München, Notarstelle Dr. Michael Bohrer, Brienner Str. 25/III, 80333 München, Telefon-Nr.: 089/545409-0, Fax-Nr.: 089/54540909, E-Mail: mail@notarbohrer.de

München, Notarstelle Dr. Hans Wolfsteiner, Brienner Str. 25/II, 80333 München, Telefon-Nr.: 0700/96537834-0, Fax-Nr.: 0700/9653783475, E-Mail: kanzlei@notar-wolfsteiner.de

Roth, Notarstellen Dr. Weidlich / Sieghörtner, ab 1. 4. 2001, Gartenstraße 19, 9114 Roth

Veranstaltungen des DAI 1/2001

1. Grunderwerb und Umwandlung
1. März 2001 in Berlin
2. März 2001 in München
2. Aktienrecht in der notariellen Praxis
2. – 3. März 2001 in Köln
3. Vollstreckungsfeste Vertragsgestaltung
16. – 17. März 2001
4. Neue Rechtsprechung zum Bauträgervertrag
24. März 2001 in München
5. Euro in der notariellen Praxis
23. März 2001 in Hamburg
24. März 2001 in Frankfurt
6. Kostenrecht für Notare
23. – 24. März in Frankfurt
7. Direkte Kaufpreiszahlungen oder Kaufpreisabwicklung über Aderkonto
5. April 2001 in Essen
6. April 2001 in München
8. Steuerrecht für Notare II
27. – 28. April 2001 in Frankfurt
9. Deutsch-englischer Rechtsverkehr
28. April 2001 in Hamburg
10. Probleme bei der Umsetzung des Umwandlungs- und Umwandlungssteuerrechts in der notariellen Praxis
4. Mai 2001 in Berlin
5. Mai 2001 in Würzburg
11. Aktienrecht in der notariellen Praxis
11. – 12. Mai 2001 in München
12. Ausgewählte Fragen des Erbrechts
11. Mai 2001 in Braunschweig
12. Mai 2001 in Frankfurt
13. Gestaltung und Sicherung der typischen Übernehmerpflichten beim Überlassungsvertrag
18. Mai 2001 in Düsseldorf
19. Mai 2001 in Hamburg

Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare –, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Tel. 02 34/9 70 64 18, Fax 02 34/70 35 07, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. kündigt an:

Erstes Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht

Thema:

Unternehmensnachfolge im Mittelstand am Freitag, 22. Juni 2001

Ort: **Gartenpavillon des Juliusspitals**,
97070 Würzburg, Klinikstraße 1, Tel. 0931/3931400

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. als Träger des Instituts für Notarrecht möchte damit zu einem fruchtbaren Austausch zwischen Wissenschaft und kautelarjuristischer Praxis beitragen.

Programm

- | | |
|---------------|---|
| 10.15 – 10.30 | Begrüßung, Einführungsvortrag zum
Recht der Unternehmensnachfolge
Referent: Prof. Dr. Günter Christian
Schwarz , Universität Würzburg |
| 10.30 – 11.00 | Typische praktische Probleme der Unter-
nehmensnachfolge, dargestellt anhand
von Fallbeispielen
Referent: Notar Dr. Wolfgang Baumann ,
Wuppertal
Diskussion |
| 11.30 – 11.45 | <i>Kaffeepause</i> |
| 11.45 – 12.15 | Rechtsprobleme von Unterbeteiligungs-
und Treuhandvereinbarungen als Instru-
mente der Unternehmensnachfolge
Referent: Prof. Dr. Christian Armbrüster ,
Bucerius Law School, Hamburg
Diskussion |
| 12.45 – 14.15 | <i>gemeinsames Mittagessen mit der Möglich-
keit zum Gedankenaustausch</i> |
| 14.15 – 14.45 | Das Pflichtteilsrecht als Störfall bei der
Unternehmensnachfolge
Referent: Prof. Dr. Ulrich Haas , Halle/Saale
Diskussion |
| 15.15 – 15.45 | Erbschaft- und schenkungsteuerrechtliche
Probleme bei der Unternehmensnachfolge
Referent: Notar Dr. Stephan Schuck ,
Andernach
Diskussion |
| gegen 16.30 | Ende der Veranstaltung |
- Tagungsleitung:** **Prof. Dr. Günter Christian Schwarz**,
Prof. Dr. Klaus Tiedtke,
Universität Würzburg

Organisatorische Hinweise:

Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend tätigen Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Sämtliche Teilnehmer erhalten nach Abhaltung des Symposiums einen Tagungsband per Postversand.

Teilnahmegebühr (inclusive Verköstigung und Tagungsband):

200,00 DM für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., 300,00 DM für Nichtmitglieder.

Der Kostenbeitrag wird vor Beginn der Tagung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., mit Verwendungszweck: „Symposium Juni 2001“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ: 79020076, Konto-Nr. 6671594, überwiesen.

Anmeldungen:

Institut für Notarrecht, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Telefon 09 31/35 57 60, Fax: 09 31/35 57 62 25, email: dnotver@dnoti.de

Wegen Terminänderung erneute Ankündigung:

Liegenschaftsverkehr in Italien

Freitag, 11. Mai 2001

Claudiana, Herzog-Friedrich-Straße 3, 2. Stock
„Claudiasaal“ (Altstadt), Innsbruck

Tagungsprogramm

9.00 **Begrüßung**

Zivilrechtlicher Teil

9.15 **Kaufvertrag und Liegenschaftseigentum im italienischen Zivilrecht**

Univ.-Prof Dr. Bernhard Eccher, Innsbruck

10.00 **Wohnungseigentum und time sharing**

Univ.-Ass. RA Dr. Francesco A. Schurr, Innsbruck

10.30 **Workshop**

RA Dr. Helmuth Clementi, Bozen

11.00 **Pause**

11.15 **Neues Mietrecht**

Univ.-Ass. RA Mag. Kurt Aschbacher, Innsbruck

11.45 **Workshop**

Markus Pallua, Geschäftsführer des Verbandes der Südtiroler Gebäudeinhaber

Horst Gasser, Vertreter des Südtiroler Mieterschutzes

12.30 **Mittagspause**

Steuer- und öffentlich-rechtlicher Teil

14.15 **Liegenschaftserwerb und Liegenschaftsbesitz in Italien: direkte und indirekte Steuern**

Ao. Univ.-Prof. Dr. MMag. Peter Hilpold, Innsbruck
Dr. Walter Grossmann, Bozen

16.00 **Pause**

16.15 **Öffentlichrechtliche Aspekte zum Liegenschaftsrecht**

Univ.-Ass. Dr. Mag. Esther Happacher Brezinka, Innsbruck
Univ.-Ass. Mag. Margareth Helfer, Innsbruck

17.30 **Ende**

Anmeldung und Information:

Leopold-Franzens-Universität Innsbruck
Gemeinsame Einrichtung für Italienisches Recht
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
Tel +43-512-507-8141, Fax +43-512-507-2830
Ital-Recht@uibk.at

NEUERSCHEINUNGEN

1. Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 92 Seiten, DM 48,-.
2. Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge, 6. Auflage, 2001, Erich Schmidt Verlag, Berlin, ca. 850 Seiten, DM 198,- (Subskriptionspreis bis 31.3.2001)
3. Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Auflage, 2001, Verlag C.H. Beck, München, 1795 Seiten, DM 298,-.
4. Grziwotz, Erfolgreiche Verhandlungsführung und Konfliktmanagement durch Notare, Centrale für Mediation, Köln, 359 Seiten, DM 98,-.
5. Hausmann, Die Vererbung von Landgütern nach dem BGB, 2000, (Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft Band 168) Hartung-Gorre Verlag, Konstanz, 314 Seiten, DM 98,-.
6. Hettrich/Pöhlmann, Genossenschaftsgesetz, 2. Auflage, 2001, Verlag C.H. Beck, München, 576 Seiten, ca. DM 94,-.
7. Jaeger, Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers, 4. Auflage, 2001, Verlag C.H. Beck (Beck'sche Musterverträge Band 2), München, 228 Seiten (mit Diskette), DM 42,-.
8. Kirchhof, EStG-Kompaktcommentar, 2001, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, ca. 1700 Seiten, DM 188,- (Subskriptionspreis bis 31.3.2001)
9. Palandt, BGB, 60. Auflage, 2001, Verlag C. H. Beck, München, 2765 Seiten, DM 198,-.
10. Stöber, Handbuch zum Vereinsrecht, 8. Auflage, 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 789 Seiten, DM 128,-.
11. Tiedtke, Notarkosten im Grundstücksrecht, 2000, ZAP-Verlag, Recklinghausen, 433 Seiten, DM 128,-.
12. Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 9 Auflage, 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1878 Seiten, DM 298,-.
13. Wachter, Stiftungen - Zivil- und Steuerrecht in der Praxis, 2001, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 392 Seiten, DM 168,-.
14. Zöller, Zivilprozessordnung, 22. Auflage, 2001, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2834 Seiten, DM 288,-.

Hinweis der Schriftleitung

Die Einbanddecken für den Jahrgang 2000 sind ab April 2001 beziehbar.
Jede Einbanddecke kostet DM 16,- zuzüglich Versandkosten und MwSt.

Bestellungen sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

Mediengruppe UNIVERSAL
Grafische Betriebe Manz und Mühlthaler GmbH
Kirschstraße 16, 80999 München

1. BGH: Haftungsgrenze der Unterhaltspflicht des Erben

(BGB § 1586 b Abs. 1 Satz 3)

In die Berechnung der Haftungsgrenze des § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB sind (fiktive) Pflichtteilergänzungsansprüche des Unterhaltsberechtigten gegen den Erben einzubeziehen.

(Urteil vom 29.11.2000 – XII ZR 165/98 –)

2. BayObLG: Bestimmtheit des Zinsbeginns bei Hypothek

(BGB §§ 158 Abs. 1, 1113, 1115)

Wird eine Buchhypothek für eine Darlehensforderung bestellt, deren Verzinsung vom Zugang der Kündigung abhängig gemacht ist, kann der frühestmögliche Zeitpunkt der Kündigung als Anfangszeitpunkt für die Verzinsung im Grundbuch eingetragen werden.

(Beschluss vom 14.12.2000 – 2Z BR 19/00 –)

3. BayObLG: Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum

(BGB §§ 873, 877; WEG §§ 5 Abs. 4 10 Abs. 1 und 2)

Die Umwandlung eines Teileigentums in ein Wohnungseigentum oder umgekehrt bedarf der Mitwirkung aller Wohnungs- und Teileigentümer und der

Eintragung in das Grundbuch; die Mitwirkung von Sondernachfolgern ist nur dann entbehrlich, wenn sie in der in das Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung ausgeschlossen ist.

(Beschluss vom 6.12.2000 – 2 Z BR 98/00 –)

4. BayObLG: Nachweis der Genehmigungsfreiheit bei Veräußerung landwirtschaftlich nutzbarer Grundstücke

(BayAGGrdStVLPG (i.d.F. v. 28..3.2000) Art. 2 Abs. 2)

Das Grundbuchamt darf den Vollzug der Auflassung eines Landwirtschaftgrundstückes mit einer geringeren Fläche als zwei Hektar nur dann von der Vorlage eines Negativattestes abhängig machen, wenn für eine Genehmigungspflicht konkrete Anhaltspunkte bestehen.

(Beschluss vom 6.12.2000 – 2 Z BR 118/00 –)

5. OLG Frankfurt/M.: Zulässigkeit der Eigenurkunde zur Bewilligung einer Eigentumsumschreibung

(GBO § 29 Abs. 1)

Die von einem Notar auf Grund entsprechender Bevollmächtigung als Eigenurkunde unterschriebene und gesiegelte Bewilligungserklärung zu einer bereits beurkundeten Auflassung stellt eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO dar.

(Beschluss vom 11.1.2001 – 20 W 255/2000 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F