

# 4 MittBayNot

Begründet 1864

Juli/August 2003

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,  
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen

Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,  
Notar in Passau

## Schriftleiter:

Dr. Markus Krebs,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

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



„Wir lesen die  
deutsche Schrift“  
von J. Bengel

## Abhandlungen

*Hagenbucher*, Die Eintragung der Eigentums-  
vormerkung für den Grundstückskäufer:  
ein unvermeidbares Risiko für den Verkäufer? 249

*Struck*, Der Verbraucher-/Unternehmer-  
begriff im BGB 259

*Kristic*, Die Fremdenverkehrsdienstbarkeit  
in der notariellen Praxis 263

## Kurze Beiträge

*Wörner*, Sind bei der Übergabe zurück-  
behaltene Wohnungsrechte Einnahmen im  
Sinne des § 16 SGB IV? 268

*v. Heynitz*, Belehrungen bei Vollmachten –  
auch für Bevollmächtigte? 269

## Tagungsbericht

*Bengel*, 64. Deutscher Juristentag Berlin 2002,  
Abt. A: Zivilrecht 270

## Rechtsprechung

Keine Geltung der Verkaufsvollmacht für  
Finanzierungsgrundschuld (LG Oldenburg,  
Beschluss vom 15.10.2002, 17 T 995/02) 291  
mit Anmerkung *Peter/Roemer* 292

Gleitende Hypothekenzinsen ohne Höchst-  
zinssatz (OLG Schleswig-Holstein,  
Beschluss vom 12.12.2002, 2 W 147/02) 295  
mit Anmerkung *Wolfsteiner* 295

Haftungsprivileg bei Vorkaufsrechtsanfrage  
(BGH, Urteil vom 9.1.2003, III ZR 46/02) 306  
mit Anmerkung *Reithmann* 309

## Inhaltsübersicht

	Seite
<b>Abhandlungen</b>	
<i>Hagenbucher</i> , Die Eintragung der Eigentumsvormerkung für den Grundstückskäufer: ein unvermeidbares Risiko für den Verkäufer?	249
<i>Struck</i> , Der Verbraucher-/Unternehmerbegriff im BGB	259
<i>Kristic</i> , Die Fremdenverkehrsdienstbarkeit in der notariellen Praxis	263
<b>Kurze Beiträge</b>	
<i>Wörner</i> , Sind bei der Übergabe zurückbehaltene Wohnungsrechte Einnahmen im Sinne des § 16 SGB IV?	268
<i>v. Heynitz</i> , Belehrungen bei Vollmachten – auch für Bevollmächtigte?	269
<b>Tagungsbericht</b>	
<i>Bengel</i> , 64. Deutscher Juristentag 2002 in Berlin, Abt. A: Zivilrecht	270
<b>Buchbesprechungen</b>	
<i>Arndt/Lerch/Sandkühler</i> : Bundesnotarordnung ( <i>Böhringer</i> )	278
<i>Heidel</i> (Hrsg.): Aktienrecht ( <i>Forst</i> )	278
<i>Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz</i> : Handbuch Pflichtteilsrecht ( <i>Bengel</i> )	279
<i>Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein</i> (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts – Familienrecht ( <i>Bandel</i> )	280
<i>Schuch</i> : Der Einfluss der Forderungsverjährung auf dingliche Sicherungsrechte ( <i>Volmer</i> )	281
<i>Priester/Mayer</i> (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung ( <i>Habel</i> )	282
<i>Eisele</i> : Vertragliches Einvernehmen über die Auslegung unklarer letztwilliger Verfügungen ( <i>Selbherr</i> )	283
<i>Wagner/Rux</i> : Die GmbH & Co. KG ( <i>Limmer</i> )	284
<i>Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle</i> : Naturschutzrecht in Bayern, 20. Ergänzungslieferung ( <i>Grziwotz</i> )	285
<b>Rechtsprechung</b>	
<b>Bürgerliches Recht</b>	
<i>Allgemeines</i>	
1. Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Grundstücksveräußerung an Kind und dessen Ehegatten (BGH, Urteil vom 8.11.2002, V ZR 398/01)	286
2. WEG-Verwalter als Makler (BGH, Urteil vom 6.2.2003, III ZR 287/02)	287

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
3. Maklerentgelt für WEG-Verwalter (BGH, Urteil vom 13.3.2003, III ZR 299/02)	288
4. Wegfall der Bereicherung bei Geschäftsunfähigen (BGH, Urteil vom 17.1.2003, V ZR 235/02)	290
5. Keine Geltung der Verkaufsvollmacht für Finanzierungsgrundschuld (LG Oldenburg, Beschluss vom 15.10.2002, 17 T 995/02) mit Anmerkung <i>Peter/Roemer</i>	291 292
6. Beurkundungspflicht für Annahme des Angebots einer Ausbietungsgarantie (Hans. OLG Hamburg, Urteil vom 12.7.2002, 11 U 227/01)	293
 <i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
7. Gleitende Hypothekenzinsen ohne Höchstzinssatz (OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12.12.2002, 2 W 147/02) mit Anmerkung <i>Wolfsteiner</i>	295 295
8. Änderung des Kostenverteilungsschlüssels (OLG Hamm, Beschluss vom 9.9.2002, 15 W 235/00)	296
9. Vollmacht zur Löschungsbewilligung bei Auflassungsvormerkung (Thür. OLG, Beschluss vom 17.4.2002, 6 W 166/02)	298
 <i>Familienrecht</i>	
10. Ausgleich von Anrechten aus Renten-Lebensversicherungsvertrag mit Kapitalwahlrecht bei Scheidung (BGH, Beschluss vom 5.2.2003, XII ZB 53/98)	299
11. Sittliche Rechtfertigung einer Volljährigenadoption (OLG Hamm, Beschluss vom 7.1.2003, 15 W 406/02)	301
 <b>Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>	
12. Heilung einer formunwirksamen Anmeldung des Notars durch formgerechte Eigen- Anmeldung (Thür. OLG, Beschluss vom 21.10.2002, 6 W 534/02)	303
13. Zuständigkeit der Hauptversammlung für Delisting-Beschluss ( <i>nur Leitsatz</i> ) (BGH, Urteil vom 25.11.2002, II ZR 133/01)	305
 <b>Internationales Privatrecht</b>	
14. Konkludente Wahl deutschen Erbrechts (LG Stuttgart, Beschluss vom 11.9.2002, 19 T 313/02)	305
 <b>Beurkundungs- und Notarrecht</b>	
15. Haftungsprivileg bei Vorkaufsrechtsanfrage (BGH, Urteil vom 9.1.2003, III ZR 46/02) mit Anmerkung <i>Reithmann</i>	306 309

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
16. Fehlende Belehrung über die Unwirksamkeit eines Vorkaufsrechts (BGH, Urteil vom 9.1.2003, IX ZR 422/99) mit Anmerkung <i>Reithmann</i>	310 313
 <b>Kostenrecht</b>	
17. Kein Eigenentwurf trotz Hinzufügung wesentlicher Bestimmungen (OLG Stuttgart, Beschluss vom 10.6.2002, 8 W 558/00) mit Anmerkung der Prüfungsabteilung der Notarkasse	315 316
18. Anteiliger Abzug von Verbindlichkeiten bei Kostenprivileg (BayObLG, Beschluss vom 4.9.2002, 3Z BR 131/02)	316
 <b>Steuerrecht</b>	
19. Baulandausweisung als Gegenleistung bei der Grunderwerbsteuer (FG München, Urteil vom 22.8.2001, 4 K 3206/01) mit Anmerkung <i>Gottwald</i>	318 318
20. Schenkungsteuer auf Gleichstellungsgeld als Forderungsschenkung (BFH, Urteil vom 23.10.2002, II R 71/00)	320
21. Steuerliche Absetzbarkeit von Notargebühren (BFH, Urteil vom 1.10.2002, IX R 72/99)	321
22. Grunderwerbsteuerbarkeit einer Anteilsübertragung zwischen personenidentischen Gesellschaften (BFH, Urteil vom 15.1.2003, II R 50/00)	322
 <b>Hinweise für die Praxis</b>	
1. Zweifelsfragen zum Eigenheimzulagengesetz; Kinderzulage Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 18.2.2003, Gz. IV C 3 – EZ 1230 – 3/03	324
2. Gewerblicher Grundstückshandel Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 19.2.2003, Gz. IV A 3 – S 2240 – 15/03	324
 <b>Standesnachrichten</b>	 326
 <b>Sonstiges</b>	 III
 <b>Veranstaltungen</b>	 III
 <b>Neuerscheinungen</b>	 IV

# 4 | Begründet 1864 MittBayNot

Juli/August 2003 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

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

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

## ABHANDLUNGEN

### Die Eintragung der Eigentumsvormerkung für den Grundstückskäufer: ein unvermeidbares Risiko für den Verkäufer?

Von Notarassessor *Florian Hagenbucher*, München

#### A. Das Problem

Regelmäßig erbringt der Verkäufer im Rahmen der Durchführung von Grundstückskaufverträgen eine Vorleistung,<sup>1</sup> indem er die Eintragung einer Eigentumsvormerkung<sup>2</sup> für den Käufer zu einem Zeitpunkt ermöglicht, zu dem der Käufer noch nichts geleistet hat außer seiner Unterschrift. Eine Sicherung des Verkäufers bei dieser Vorleistung findet in der notariellen Urkunde meist nicht statt. Der Verkäufer erlangt allenfalls außerhalb der Urkunde eine gewisse Sicherung, wenn er sich eine Finanzierungsbestätigung vorlegen lässt.

#### B. Das Risiko

Dieses Verfahren birgt ein Risiko für den Verkäufer. Das Risiko verwirklicht sich, wenn der Kauf aus Gründen scheitert, die der Käufer zu vertreten hat. Zahlt der Käufer den fälligen Kaufpreis nicht oder nicht vollständig, kann der Verkäufer unter den Voraussetzungen des § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten. Der Rücktritt wandelt das Vertragsverhältnis

in ein Rückgewährschuldverhältnis um (§ 346 Abs. 1 BGB). Materiellrechtlich erlischt die streng akzessorische Vormerkung mit dem gesicherten Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers. Gleichwohl bleibt sie im Grundbuch als Buchposition des Käufers bestehen. Das Maß des Risikos für den Verkäufer bestimmt sich danach, welche Nachteile diese Buchposition des Käufers für ihn hat und wie schwierig und teuer es für ihn ist, die Löschung dieser Buchposition zu erreichen.

#### I. Nachteile

Solange die Vormerkung eingetragen ist, ist das Grundstück für den Verkäufer wirtschaftlich nicht verwertbar. Der Verkäufer hat kaum eine Chance, einen anderen Käufer zu finden, der bereit ist, die eingetragene Vormerkung zu übernehmen. Falls ein anderer Käufer gefunden ist, wird die Löschung der Vormerkung Fälligkeitsvoraussetzung sein. Zwar ist der Käufer regelmäßig auch für solche Schäden ersatzpflichtig (§ 325 BGB), die durch eine Verzögerung verursacht werden. Bei Insolvenz des Käufers ist dieser Anspruch aber wertlos.

Zudem nimmt das Finanzamt den Verkäufer möglicherweise wegen der Grunderwerbsteuer in Anspruch und setzt diesen Anspruch gegebenenfalls zwangsweise durch. Auch der Verkäufer ist Schuldner der Grunderwerbsteuer (§ 13 Nr. 1 GrEStG). Diese Steuer wird zwar nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn die Vertragsbedingungen nicht erfüllt werden und der Erwerbsvorgang deshalb aufgrund eines Rechtsanspruchs rückgängig gemacht wird (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG). Jedoch ist der Tatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG nach der Rechtsprechung nur erfüllt, wenn neben die rechtliche Aufhebung des tatbestandserfüllenden Rechtsgeschäfts auch die tatsächliche Rückgängigmachung tritt.<sup>3</sup> Zu dieser tatsächlichen Rückgängigmachung

<sup>1</sup> *Kersten/Bühling/Basty*, 21. Aufl., § 36 Rdnr. 52; *Möller*, MittRh-NotK 1990, 34; *Schöner/Stöber*, 12. Aufl., Rdnr. 1552. Ob es sich um eine „Vorleistung“ im streng juristischen Sinn handelt, kann zwar bezweifelt werden. Nach BGH, DNotZ 1994, 485 = NJW 1993, 2745 ist „die Bewilligung und Eintragung der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung (...) keine – einer Rechtsbelehrung gem. § 17 BeurkG unterliegende – ungesicherte Vorleistung (...), weil die Vormerkung als solche nicht verkehrsfähig, sondern an den zu sichernden Anspruch gebunden ist und dem Verkäufer trotz Eintragung der Vormerkung die Verfügungsmacht über sein Grundstück verbleibt“. Wirtschaftlich handelt es sich dennoch um eine Vorleistung, da der Verkäufer „den ersten Schritt tut“ und dadurch ein Risiko auf sich nimmt.

<sup>2</sup> Auch „Auflassungsvormerkung“ oder „Eigentumsverschaffungsvormerkung“. Zur Terminologie vgl. *Staudinger/Gursky* (2002), § 883 BGB Rdnr. 90; *Amann* in Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl., A I Rdnr. 155.

<sup>3</sup> *Boruttau/Sack*, GrEStG, 15. Aufl., § 16 Rdnr. 61.

zählt auch die Wiederherstellung des ursprünglichen Grundbuchstandes, nach dem BFH insbesondere die Löschung einer zugunsten des Erwerbers bereits eingetragenen Eigentumsvormerkung bzw. zumindest die Zustimmung zu deren Löschung.<sup>4</sup>

## II. Löschung der Eigentumsvormerkung

Grundbuchverfahrensrechtlich bedarf es zur Löschung der Eigentumsvormerkung grundsätzlich einer Löschungsbevollmächtigung des Käufers. Diese ist nicht erforderlich, wenn sie durch ein Gerichtsurteil ersetzt wird oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist.

### 1. Löschungsbevollmächtigung des Käufers

a) Die Löschung der Eigentumsvormerkung ist regelmäßig unproblematisch, wenn der Käufer zur Mitwirkung bereit ist, indem er eine Löschungsbevollmächtigung (§ 19 GBO) in grundbuchtauglicher Form (§ 29 GBO) abgibt. Dabei ist es praktisch zunächst nicht relevant, ob es sich bei der vom Käufer abgegebenen Erklärung um eine reine Berichtigungsbewilligung handelt (weil die Vormerkung bereits wegen des Rücktritts materiellrechtlich erloschen ist) oder ob eine etwaige rechtsgeschäftliche Aufgabeerklärung bezüglich der Vormerkung mitenthalten ist.<sup>5</sup> Selbst wenn Letzteres nicht der Fall sein sollte und das Grundbuch durch die Eintragung der Löschung unrichtig würde, wäre dies – jedenfalls für die Frage der Löschung der Vormerkung im Grundbuch – unschädlich, da diesbezügliche Prüfungspflichten für das Grundbuchamt nicht bestehen.<sup>6</sup> Die Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlicher Aufgabeerklärung und verfahrensrechtlicher Löschungsbevollmächtigung kann aber durchaus von Bedeutung sein, wie zu zeigen sein wird.<sup>7</sup>

Selbst wenn der Käufer grundsätzlich mit einer Löschung der Vormerkung einverstanden ist, sind die dafür anfallenden Kosten<sup>8</sup> ein möglicher Streitpunkt zwischen den Beteiligten.

Womöglich wird der Käufer dazu bereit sein, die Löschungsbevollmächtigung zu unterzeichnen, nicht aber dazu, den Löschungsantrag beim Grundbuchamt zu stellen (§ 2 Nr. 1 KostO).

b) Handelte für den Käufer allerdings ein Vertreter ohne genügenden Nachweis seiner Vertretungsmacht, so ist die Löschung der Eigentumsvormerkung nicht gesichert, auch wenn der Vertreter zur Mitwirkung bereit ist. Eine durch einen Vertreter im Namen des Käufers abgegebene Löschungsbevollmächtigung genügt nämlich nur, wenn auch die Vertretungsbefugnis in grundbuchtauglicher Form nachgewiesen ist.<sup>9</sup> Wenn als Käufer keine natürliche Person aufgetreten ist, ist dies nur möglich, wenn außerdem auch die Identität und die Rechtsfähigkeit des Vertretenen in gleicher Form nachgewiesen sind.<sup>10</sup>

Hier zeigt sich eine Eigenart des Grundbuchverfahrensrechts, die ihren Grund in den unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Voraussetzungen der Eintragung einer Vormerkung einerseits und der Löschung einer Vormerkung andererseits hat:

Bei der Eintragung prüft das Grundbuchamt,<sup>11</sup> ob

- ein nahezu formfreier<sup>12</sup> (§ 30 GBO) Antrag des Eigentümers oder des Vormerkungsberechtigten (§ 13 GBO) und
- eine Bewilligung des Eigentümers (§ 19 GBO) in der Form des § 29 GBO vorliegt sowie
- ob der Betroffene voreingetragen ist (§ 39 GBO).

Daneben muss das Grundbuchamt prüfen, ob ein nach materiellem Recht vormerkungsfähiger Anspruch besteht. Bei der Prüfung des Anspruchs ist es darauf beschränkt, ob der Anspruch seiner Art und seinem Inhalt nach vormerkungsfähig ist (also den Anforderungen des § 883 Abs. 1 BGB entspricht). Das Grundbuchamt prüft nicht, ob der Anspruch tatsächlich besteht,<sup>13</sup> insbesondere nicht, ob der Käufer ordnungsgemäß vertreten wurde. Selbst bei formbedürftigen Verträgen soll nach h. M. nicht einmal die Vorlage der den Anspruch begründenden notariellen Urkunde erforderlich sein, wenn die Bewilligung Datum, Name und URNr. des beurkundenden Notars enthält.<sup>14</sup> Lediglich wenn das Grundbuchamt weiß, dass der Anspruch nicht besteht, und nach seiner Überzeugung das Grundbuch durch die Eintragung dauernd unrichtig würde, muss es die Eintragung ablehnen.<sup>15</sup> Der Begünstigte ist in der Bewilligung gemäß § 15 GBV zu bezeichnen. Das Grundbuchamt ist nicht dazu verpflichtet, über die Existenz einer ihm als Beteiligter genannten Person Nachforschungen anzustellen.<sup>16</sup>

<sup>4</sup> *Boruttau/Sack*, § 16 Rdnr. 61 a mit Verweis auf BFH-Beschluss vom 10.7.1996, BFH/NV 1997, 61. Allerdings betont *Sack*, dass dies nicht zwingend erscheine, jedoch der bestehen bleibenden Eigentumsvormerkung in der Zusammenschau mit anderen Umständen die Bedeutung zukommen könne, dass der ursprüngliche Erwerber seine Rechtsstellung weitgehend behalten hat und deswegen ein Anspruch nach § 16 Abs. 1 GrEStG nicht bestehe. Dem Erlass des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 6.12.2002 (MittBayNot 2003, 173) ist nicht zu entnehmen, ob eine Löschung der eingetragenen Vormerkung in Bezug auf § 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG erforderlich ist.

<sup>5</sup> Die materiellrechtliche Aufgabeerklärung analog § 875 BGB ist von ihrem verfahrensrechtlichen Gegenstück, der Löschungsbevollmächtigung gemäß § 19 GBO, zu unterscheiden, vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 1537; insbesondere zur analogen Anwendbarkeit von § 875 BGB vgl. *Staudinger/Gursky* (2002), § 886 Rdnr. 26; BGHZ 60, 46 (50). Praktisch wird aber in einer Erklärung, die formellrechtlich eine Löschungsbevollmächtigung darstellt, in der Regel zugleich eine materiellrechtliche Aufhebungserklärung liegen; ob die Regel zutrifft, ist Auslegungsfrage; BGH, a. a. O., S. 52.

<sup>6</sup> *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 18.

<sup>7</sup> Siehe hierzu unten C. II. 1. c. dd. (2).

<sup>8</sup> Zu den Löschungskosten vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Aufl., Rdnr. 1130 ff. *Notarkosten*: Für den Entwurf von Löschungsbevollmächtigung und -antrag (auch bei Fertigung in mehreren Stücken) fällt eine <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr gemäß §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO an. Geschäftswert ist Wert des gesicherten Anspruchs, unabhängig davon, ob der Anspruch durch Erfüllung oder aus sonstigen Gründen (Rücktritt!) entfallen ist. Bei einem Kaufpreis von 300.000 € sind dies 294,06 € inkl. MwSt. – Beim Grundbuchamt fällt für die Eintragung der Löschung eine Viertelgebühr an (§§ 68, 66 Abs. 1 KostO), beim Beispielsgeschäftswert also 126,75 €.

<sup>9</sup> *Bauer/v. Oefele/Knothe*, § 29 Rdnr. 20.

<sup>10</sup> *Bauer/v. Oefele/Knothe*, § 29 Rdnr. 39.

<sup>11</sup> Behandelt wird hier nur die Eintragung der Vormerkung aufgrund materiellrechtlicher Bewilligung, nicht aufgrund einstweiliger Verfügung. Zu letzterer vgl. *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1548 ff.

<sup>12</sup> Liegt die Bewilligung des Eigentümers formgerecht vor, genügt es, dass der Antrag in einem Schriftstück enthalten ist und sich aus den Umständen ergibt, wer Antragsteller ist; vgl. *Bauer/v. Oefele/Schaub*, § 30 Rdnr. 10.

<sup>13</sup> *Staudinger/Gursky* (2002), § 885 Rdnr. 63; BayObLG, DNotZ 1997, 727 (728).

<sup>14</sup> KG, DNotZ 1972, 173; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1514; *Bauer/v. Oefele/Kohler*, AT III Rdnr. 63; a. A. für Fälle des § 313 (§ 311 b) BGB: KEHE/Erber-Faller, Grundbuchrecht, 5. Aufl., Einl. G 34; *Staudinger/Gursky* (2002), § 885 Rdnr. 63.

<sup>15</sup> *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, § 19 Rdnr. 14. Weitergehend wohl BayObLG, DNotZ 1997, 727 (728). Zum Streitstand, ob die Eintragung (stets) zu einem richtigen Grundbuch führen muss, vgl. *Staudinger/Gursky* (2000), § 873 Rdnr. 235 ff.

<sup>16</sup> *Demharther*, GBO, § 19 Rdnr. 96.

Es ist also möglich, dass eine Eigentumsvormerkung zugunsten einer nicht existenten (juristischen) Person eingetragen wird, ohne dass das Grundbuchamt fehlerhaft gehandelt hätte. In diesem Fall ist die Löschung der Vormerkung durch Abgabe einer Löschungsbewilligung ausgeschlossen, auch wenn sie der Vertreter abgibt, der bei Vertragsschluss für den Käufer gehandelt hat.<sup>17</sup>

c) Die Abgabe der Löschungsbewilligung durch die auf Käuferseite aufgetretenen Personen ist ferner wirkungslos, wenn diese nicht mehr zur Abgabe der Bewilligung berechtigt sind.<sup>18</sup> Das ist insbesondere der Fall, wenn der gesicherte Anspruch abgetreten oder verpfändet wurde oder bei einer auf Käuferseite aufgetretenen BGB-Gesellschaft ein Gesellschaftswechsel stattfand.

## 2. Ersetzung der Löschungsbewilligung durch Urteil

Tritt der Verkäufer wirksam vom Vertrag zurück, hat er einen Anspruch gegen den Käufer auf Abgabe der Löschungsbewilligung bezüglich der Vormerkung (§§ 346, 894 BGB).<sup>19</sup> Diesen Anspruch kann er im Wege der Klage durchsetzen. Das rechtskräftige Urteil ersetzt die Löschungsbewilligung des Käufers (§ 894 Abs. 1 ZPO) und kann dem Grundbuchamt als öffentliche Urkunde gemäß § 29 GBO vorgelegt werden.<sup>20</sup> Die Prozesskosten<sup>21</sup> für den Kläger betragen – ein obsiegendes Versäumnisurteil unterstellt – bei einem Kaufpreis von 300.000 € etwa 4.200 €.

Allerdings bestehen auch im Fall der Klage besondere Schwierigkeiten für den Verkäufer, wenn er nicht weiß, wie er den Käufer erreichen kann, ob der Käufer überhaupt existiert oder wer ihn vertreten kann. Wenn der Aufenthaltsort des Käufers unbekannt ist, kann unter den Voraussetzungen des § 185 ZPO öffentlich zugestellt werden. Wenn eine Person beteiligt ist, deren Wohnsitz im Ausland ist, muss im Ausland zugestellt werden. Ist die Zustellung im Ausland nicht möglich oder verspricht sie keinen Erfolg, kann nach § 185 Nr. 2 ZPO öffentlich zugestellt werden. Ist allerdings eine Auslandszustellung eingeleitet, muss mindestens sechs Monate auf Erledigung gewartet werden.<sup>22</sup>

Ist der Aufenthalt des abwesenden Käufers unbekannt, kommt auch die Bestellung eines Abwesenheitspflegers in Betracht (§ 1911 BGB); insbesondere bei Beteiligung einer juristischen Person oder Personengesellschaft auf Käuferseite ist auch eine Pflegschaft für unbekannte Beteiligte möglich (§ 1913 BGB).<sup>23</sup>

Selbst wenn die Rechtslage eindeutig ist, kostet es also möglicherweise viel Zeit, ein obsiegendes Urteil zu erlangen. Zudem trägt der Kläger trotz anderweitigen Kostenauspruchs die Prozesskosten, wenn sie der Beklagte nicht zahlt.

<sup>17</sup> Im vom BGH a. a. O. (Fn. 1) entschiedenen Fall trat für die Käuferin, eine englische Ltd., ein Vertreter auf, ohne dass der Notar dessen Vertretungsmacht geprüft hatte.

<sup>18</sup> Zu den Begriffen „Bewilligungsberechtigung“, „Bewilligungsmacht“ und „Bewilligungsbefugnis“ eingehend *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, § 19 Rdnr. 135 ff.

<sup>19</sup> *Staudinger/Kaiser* (2001), § 346 BGB Rdnr. 28.

<sup>20</sup> *Bauer/v. Oefele/Knothe*, § 29 Rdnr. 35.

<sup>21</sup> Berechnung:

a) Gerichtskosten: Streitwert: max.  $\frac{1}{3}$ – $\frac{1}{4}$  des Grundstückswerts, also 75.000 € (*Thomas/Putzo*, ZPO, 24. Aufl., § 3 Rdnr. 167); § 11 GKG: 3 Gebühren à 656 € = 1.968 €

b) Rechtsanwaltsgebühren: §§ 31, 33 BRAGO: 1,5 Gebühren à 1.200 € = 1.800 € + Nebengebühren, MWSt.

<sup>22</sup> *Thomas/Putzo*, § 185 n. F. Rdnr. 10.

<sup>23</sup> Zu diesem Problembereich für den Fall des „unerreichbaren GmbH-Gesellschafters“ *Papmehl*, MittBayNot 2003, 28 ff.

## 3. Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs

Die Löschung der Eigentumsvormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) wird für den Verkäufer nur selten in Betracht kommen. Sie ist nur möglich, wenn der Antragsteller (=Verkäufer) in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO nachweist, dass das Bestehen oder Entstehen des zu sichernden Anspruchs ausgeschlossen ist.<sup>24</sup> Ein Nachweis des Nichtbestehens des gesicherten Eigentumsverschaffungsanspruchs in dieser Form ist praktisch nur durch Vorlage eines wenigstens öffentlich beglaubigten Aufhebungsvertrages<sup>25</sup> möglich; ist der Käufer zur vertraglichen Aufhebung bereit, wird er kaum die Abgabe der Löschungsbewilligung verweigern. Der Nachweis der wirksamen Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts wird kaum gelingen, zumal neben den Nachweis des Zugangs der empfangsbedürftigen Willenserklärung „Rücktritt“ der Nachweis der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen treten muss, insbesondere die Nichtleistung gemäß § 323 Abs. 1 BGB. Der Nachweis negativer Tatsachen in der Form des § 29 GBO ist jedoch grundsätzlich<sup>26</sup> nicht möglich.

## C. Pflichten des Notars

Fraglich ist, ob aus dem beschriebenen Risiko für den Notar besondere Pflichten entstehen (§ 14 Abs. 1 BNotO, § 17 BeurkG). Denkbar ist, dass den Notar die Pflicht trifft, den Verkäufer auf das beschriebene Risiko hinzuweisen. Darüber hinaus könnte der Notar dazu verpflichtet sein, eine Vertragsgestaltung vorzuschlagen, die das Risiko ausschließt oder wenigstens verringert. Eine „Vorschlagspflicht“ kann nur zu bejahen sein, wenn es geeignete Gestaltungen zur Verringerung des Risikos gibt, eine „Hinweispflicht“, wenn das Risiko über das allgemeine Vertragsrisiko hinausgeht.

### I. Pflicht zur ausgewogenen Vertragsgestaltung

Allgemein gilt: Der Notar hat unter anderem die Pflicht, auf eine ausgewogene Vertragsgestaltung hinzuwirken.<sup>27</sup> Dabei ist es nicht Aufgabe des Notars, sich mit wirtschaftlichen Fragen zu befassen, etwa die kaufmännische Abgewogenheit von Leistung und Gegenleistung zu überprüfen. Der Notar hat seine genannte Pflicht bereits dann erfüllt, wenn er durch seine Vertragsgestaltung Risiken nach Möglichkeit ausschließt, oder – soweit ein Ausschluss nicht möglich oder nicht gewünscht ist – angemessen verteilt und flankierend auf diese Risiken hinweist. *Reithmann*<sup>28</sup> unterscheidet Risiken im Vertragsgegenstand und Risiken in der Vertragsdurchführung. Ein Risiko im Vertragsgegenstand ist etwa ein Sachmangel<sup>29</sup>. Das beschriebene Risiko der Eigentumsvormerkung ist eines in der Vertragsdurchführung.

<sup>24</sup> BayObLG, Rpfleger 97, 151 f.

<sup>25</sup> Zur Formbedürftigkeit der Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages vgl. *Heckschen* in: Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 196.

<sup>26</sup> In Betracht kommt zwar die Erhebung einer Klage gegen den Käufer auf Feststellung des Nichtbestehens des Eigentumsverschaffungsanspruchs (§ 256 ZPO). Ein entsprechendes Urteil würde den Anforderungen des § 29 GBO genügen. Da der Verkäufer aber auch Leistungsklage auf Abgabe der Löschungsbewilligung erheben kann, erscheint das Feststellungsinteresse problematisch; vgl. zum Feststellungsinteresse *Reichold* in *Thomas/Putzo*, § 256 Rdnr. 18.

<sup>27</sup> *Reithmann*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl., Rdnr. 20.

<sup>28</sup> *Reithmann*, a. a. O., Rdnr. 21 ff.

<sup>29</sup> Vgl. etwa zu „Sachmängeln beim Kauf“ *Feller*, MittBayNot 2003, 81 ff.

Dabei ist zu beachten, dass ein Grundstückskaufvertrag, der weder für den Käufer noch für den Verkäufer Risiken birgt, praktisch nicht vorkommt.<sup>30</sup>

Zwar können die „Kardinalrisiken“ nahezu ausgeschlossen werden. Die Vorschriften des BGB über den gutgläubigen Erwerb gekoppelt mit den üblichen Sicherungsvorkehrungen im notariellen Kaufvertrag (Fälligkeit des Kaufpreises erst nach rangrichtiger Eintragung einer Vormerkung,<sup>31</sup> Sicherung der Lastenfreistellung und Erteilung erforderlicher Genehmigungen) leisten grundsätzlich Gewähr, dass der Käufer sein Geld nicht verliert, ohne das Grundstück zu erhalten. Gleiches gilt umgekehrt für den Verkäufer: Die übliche Verhinderung der Eigentumsumschreibung bis zur Kaufpreiszahlung<sup>32</sup> sichert, dass der Verkäufer das Eigentum am Grundstück nicht verliert, ohne den Kaufpreis erhalten zu haben.

Doch bei genauerer Betrachtungsweise wird deutlich, dass es kaum ausschließbare „Nebenrisiken“ gibt. Dies gilt sogar bei dem zweiten genannten „Kardinalrisiko“: Ist der Vertragsgegenstand mit Grundpfandrechten belastet, kann der Notar nicht prüfen, ob die Auflagen der Gläubiger, an die Verwendung der Lastenfreistellungserklärungen geknüpft sind, berechtigt sind. Möglicherweise erhält also der Verkäufer (vorerst) nicht den ganzen Kaufpreis, der ihm zusteht. Weiter ist naturgemäß nicht sicher, dass der Käufer überhaupt zahlt. Die Empfehlung an den Verkäufer, sich im Vorfeld des Vertragsschlusses eine Finanzierungsbestätigung vorlegen zu lassen, und die Aufnahme einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung bezüglich des Kaufpreises in die Urkunde helfen, dieses Risiko zu verringern; eine Sicherheit geben sie aber nicht. Die Liste der kaum ausschließbaren (und in der Praxis auch selten ausgeschlossenen) Nebenrisiken lässt sich weiter fortsetzen: Der Verkäufer riskiert auch bei der üblichen abweichenden Regelung im Innenverhältnis, für Notar-<sup>33</sup> und Grundbuchkosten aufkommen zu müssen (§ 2 Nr. 1 KostO) und – wie schon erwähnt – vom Finanzamt bezüglich der Grunderwerbsteuer in Anspruch genommen zu werden (§ 13 Nr. 1 GrEStG). Weiter riskiert er bei Aufnahme einer üblichen Belastungsvollmacht<sup>34</sup> nicht nur die Kostenhaftung für die Grundschuldbestellung und -eintragung. Vollstreckt der Finanzierungsgläubiger des Käufers aus der Grundschuld, und kann der Verkäufer den erhaltenen Kaufpreis nicht an diesen zurückbezahlen (etwa weil der Verkäufer die Beträge bereits anderweitig gebunden hat), erscheint er als Vollstreckungsschuldner in der örtlichen Presse, was jedenfalls seinem Ruf schaden kann.

<sup>30</sup> Kersten/Bühling/Basty, § 36 Rdnr. 52, der darauf hinweist, dass das gesamte wirtschaftliche Risiko allenfalls ausgeschlossen ist, wenn sich Käufer und Verkäufer vor Beurkundung wechselseitig Bürgschaften stellen.

<sup>31</sup> Zu den Sicherungswirkungen der Eigentumsvormerkung vgl. Amann in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 157.

<sup>32</sup> Zu den Möglichkeiten der diesbezüglichen Vertragsgestaltung vgl. Brambring in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 178 ff., Amann, MittBayNot 2001, 150 ff.; speziell zur Vorlagesperre Keim, MittBayNot 2003, 21 ff.

<sup>33</sup> Nach BayObLG, DNotZ 1992, 591 (593) stellt es keine Amtspflichtverletzung des Notars gegenüber dem Verkäufer dar, wenn er vom Käufer keinen Kostenvorschuss (§ 8 KostO) einfordert und den Verkäufer als Gesamtschuldner für seine Kosten in Anspruch nimmt. Der Notar kann aber nach seinem Ermessen Kostenvorschüsse einfordern (Korintenberg/Bengel/Lappe, KostO, 15. Aufl., § 8 Rdnr. 36), insbesondere wenn der Verkäufer das Risiko der Kostenhaftung vermeiden will. So kann möglicherweise ein Vertragsschluss mit (betrügerischen) Käufern vermieden werden, die von vornherein beabsichtigen, gar nichts zu zahlen.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu allgemein Amann in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 119.

Auch der Käufer geht Nebenrisiken ein: Leistet der Verkäufer nicht (etwa weil die Lastenfreistellung scheitert), hat der Käufer die Notar- und Grundbuchkosten vergeblich aufgewendet, wenn ein Rückgriff beim Verkäufer scheitert.

## II. Gestaltungsmöglichkeiten

Die genannten Nebenrisiken zeigen, dass der Abschluss eines Kaufvertrages über ein Grundstück stets mit gewissen Risiken behaftet ist, deren Ausschluss entweder nicht möglich ist oder einen im Vergleich zum Maß des Risikos unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Auch für die hier zu behandelnde Frage ist entscheidend, ob der Notar überhaupt eine Vertragsgestaltung vorschlagen kann, die das eingangs dargestellte Risiko der Eigentumsvormerkung ausschließt oder verringert.

Hierzu werden in der Literatur<sup>35</sup> Gestaltungsvorschläge unterbreitet, die an zwei verschiedenen Punkten ansetzen. Die Varianten „löschbare Vormerkung“ und „bedingte Vormerkung“ sollen den Verkäufer bezüglich seiner Vorleistung dadurch sichern, dass sie eine Löschung der Eigentumsvormerkung ermöglichen, ohne dass es einer weiteren Mitwirkung des Käufers bedarf. Die „Anderkontolösungen“ zielen darauf, ganz oder teilweise zu verhindern, dass der Verkäufer vorleistet, indem sie die Eintragung der Vormerkung von der vorherigen (teilweisen) Einzahlung des Kaufpreises auf Notaranderkonto abhängig machen. Ebenfalls möglich sind Gestaltungen, die die Eintragung der Vormerkung von anderen Voraussetzungen abhängig machen, etwa dem Vorliegen bestimmter Unterlagen beim Notar oder einer Anzahlung des Käufers.

### 1. Löschbare Vormerkung<sup>36</sup>

Die Gestaltung<sup>37</sup> der „löschbaren Vormerkung“ besteht aus zwei Elementen. Im Außenverhältnis nimmt der Käufer seine grundsätzlich zur Löschung der Vormerkung erforderliche Mitwirkungshandlung<sup>38</sup> vorweg, indem er bei Vertragsschluss dem Notar alleine oder gemeinsam mit dem Verkäufer oder einem Dritten die Rechtsmacht einräumt, die Löschung seiner Eigentumsvormerkung zu veranlassen. Im Innenverhältnis ist der Notar treuhänderisch gebunden, von der Rechtsmacht nur unter bestimmten Voraussetzungen Gebrauch zu machen.

#### a) Außenverhältnis

Die eingeräumte Rechtsmacht kann in der Abgabe einer unbedingten Löschungsbewilligung zu gesonderter Urkunde zur Verwahrung beim Notar (sog. Schubladenlöschungsbewilligung) oder als (zunächst nicht mitaufzufertigender) Teil der Vertragsurkunde bestehen. Möglich ist auch, dem Verkäufer, dem Notar selbst oder Angestellten des Notars Vollmacht<sup>39</sup> zu erteilen, die Bewilligung im Namen des Käufers abzugeben.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Amann, a. a. O., Rdnr. 172 ff.; Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 496 ff.; Kersten/Bühling/Basty, § 36 Rdnr. 57 ff.; Möller, MittRhNotK 1990, 33 ff.; Schöner/Stöber, Rdnr. 1552.

<sup>36</sup> Eingehend hierzu Reithmann, a. a. O., Rdnr. 317 ff.

<sup>37</sup> Formulierungsvorschläge unterbreiten Brambring in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 247; Kersten/Bühling/Basty, § 36 Rdnr. 71 M; Möller, MittRhNotK 1990, S. 36.

<sup>38</sup> Vgl. oben B. II. 1.

<sup>39</sup> Zu den (geringen) Anforderungen, die an die Formulierung der Vollmacht gestellt werden, vgl. den Beschluss des Thüringer Oberlandesgerichts, MittBayNot 2003, 298 (in diesem Heft).

<sup>40</sup> Die Varianten „Vollmacht zur Löschung“ und „treuhänderisch dem Notar übergebene Löschungsbewilligung“ nennt der BGH a. a. O. (Fn. 1) ausdrücklich als Möglichkeiten, mit denen der Notar dem Risiko des Verkäufers vorbeugen können soll.



Wird nicht der Notar selbst bevollmächtigt, muss die Ausübung erteilter Vollmachten an die Notarstelle gebunden sein, damit der Notar die Ausübung der Vollmacht überwachen kann.

### b) Innenverhältnis

Die Gestaltung des Innenverhältnisses ist das Herzstück jeder löschbaren Vormerkung. Die Abrede hierüber ist Bestandteil des Kaufvertrages und nach § 311 b Abs. 1 BGB beurkundungsbedürftig.<sup>41</sup> In ihr ist zu regeln, unter welchen Voraussetzungen der Notar die Löschung der Vormerkung zu veranlassen hat bzw. den bevollmächtigten Dritten von seiner Vollmacht Gebrauch machen lassen darf. Besteht eine solche Abrede im Innenverhältnis nicht, wie etwa in dem Sachverhalt, der dem Beschluss des Thüringer Oberlandesgerichts<sup>42</sup> zugrunde lag, darf der Notar die Löschung der Eigentumsvormerkung nur auf Weisung des Käufers veranlassen.

### c) Würdigung

aa) Klar ist, dass die Gestaltung der „löschbaren Vormerkung“ nur in den Fällen dazu geeignet sein kann, das Risiko des Verkäufers bezüglich der Eigentumsvormerkung auszu-schließen oder zu verringern, in denen auch die freiwillige Abgabe der Löschungsbewilligung durch den bei Vertragsschluss für den Käufer Handelnden zur Löschung der Vormerkung führen würde. In Fällen mangelnder Vertretungsmacht oder Existenz<sup>43</sup> sowie in den Fällen, in denen die Bewilligungsberechtigung gewechselt hat,<sup>44</sup> nützt also auch eine „Schubladenlöschung“ nichts.<sup>45</sup> Allerdings kann ein Wechsel der Bewilligungsberechtigung infolge einer Abtretung oder Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs durch die Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses (§ 399 BGB) verhindert werden.

bb) Problematisch ist aber die Gestaltung des Innenverhältnisses. Es ist fraglich, ob es hierbei überhaupt möglich ist, zum einen die denkbaren Fälle, in denen der Verkäufer eine Löschung der Vormerkung wünscht, zu erfassen, und zum anderen die Interessen des Käufers genügend zu berücksichtigen. Gleichzeitig muss der Notar seine Rolle als unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten (§ 14 BNotO) wahren können.<sup>46</sup>

Es sind Vereinbarungen für den Fall zu treffen, dass sich – jedenfalls nach Angabe des Verkäufers – die Vorzeichen des Kaufvertrages umgekehrt haben, der Vertrag also nicht mehr auf Vollzug, sondern auf Rückabwicklung gerichtet ist. Zwar bestehen notarielle Verträge regelmäßig aus einer ganzen Reihe von „Fangnetzen“, die die Fallhöhe der Beteiligten für den Fall von Störungen bei der Vertragsdurchführung min-

dern sollen. Im Falle des Scheiterns des Vertrages sind aber zur Entscheidung über einen Streit zwischen den Beteiligten grundsätzlich die Gerichte zuständig. Abreden bereits im Vertrag darüber, in welcher Weise der Notar im Fall des Scheiterns des Vertrages tätig werden soll, sind ungewöhnlich.<sup>47</sup> Dabei ist besonders zu beachten, dass die dem Notar zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen im Wesentlichen die Behauptungen der Beteiligten und möglicherweise Bescheinigungen von Banken sind. Zu einer Beweisaufnahme ist der Notar nicht in der Lage und auch nicht befugt. Die Gestaltung des Innenverhältnisses darf also nicht dazu führen, dass der Notar im Ernstfall in die Rolle eines Richters gedrängt wird. Vielmehr muss dem Notar die Prüfung der Voraussetzungen, unter denen eine Löschung der Vormerkung ermöglicht wird, aus seinen Akten möglich sein.

Insbesondere folgende Punkte müssen in die Überlegungen mit einbezogen werden:

- Kommt es zur Löschung der Vormerkung im Grundbuch, entfällt für den Käufer das zentrale Element seiner Sicherung. Das Risiko für den Verkäufer wegen der eingetragenen Vormerkung wird also um den Preis ausgeschlossen, dass das „Kardinalrisiko“ des Käufers, den Kaufpreis zu bezahlen, ohne das Grundstück zu erhalten, möglicherweise wieder auflebt.

- Hat der Käufer bereits Kaufpreisteile bezahlt, steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB bezüglich der Abgabe der Löschungsbewilligung zu, auch wenn er nur eine Buchposition innehat.<sup>48</sup> Wird ihm durch die Gestaltung des Kaufvertrages dieses Recht faktisch entzogen, kann dies einen Verstoß gegen § 309 Nr. 2 b) BGB darstellen.

- Ein Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 1 BGB besteht nur, wenn der Kaufpreis fällig ist. Sieht der notarielle Kaufvertrag vor, dass der Eintritt der Fälligkeit konstitutiv<sup>49</sup> an den Zugang der Fälligkeitsmitteilung geknüpft ist, kann der Notar aus seinen Akten nur ersehen, dass der Kaufpreis fällig ist, wenn die Fälligkeitsmitteilung per Einschreiben versandt wurde und dabei der Zugang nicht gescheitert ist, z. B. durch Wegzug des Käufers.

Die Fälle, in denen der Verkäufer behauptet, der Käufer habe nicht gezahlt, und mit dem Wunsch nach Löschung der Eigentumsvormerkung an den Notar herantritt, lassen sich in zwei Gruppen einteilen:

- (1) Zum einen ist denkbar, dass sich der Käufer passiv verhält. Dieses „passive Verhalten“ kann darin liegen, dass Briefe an ihn unzustellbar sind; es kann aber auch darin liegen, dass er auf Ankündigungen der Löschung seiner Vormerkung nicht reagiert.

- (2) Zum anderen ist denkbar, dass sich der Käufer aktiv verhält, also einer Löschung der Vormerkung widerspricht.

Das Verhalten des Käufers in diesen Fallgruppen ist für den Notar feststellbar, ohne dass er hierbei wie ein Richter tätig wird. In der ersten genannten Fallgruppe kann es sachgerecht

<sup>41</sup> Amann in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 173; Kersten/Bühling/Basty, § 36 Rdnr. 62.

<sup>42</sup> MittBayNot 2003, 298 (in diesem Heft).

<sup>43</sup> Vgl. oben B. II. 1. b).

<sup>44</sup> Vgl. hierzu oben B. II. 1. c).

<sup>45</sup> Dies übersieht der BGH a. a. O. (Fn. 1), worauf in allen Äußerungen zu dieser Entscheidung zu Recht hingewiesen wird.

<sup>46</sup> Im Rahmen eines Vergleichs zwischen „Anderkontolösungen“ und der „löschbaren Vormerkung“ hierzu zweifelnd BNotK Rundschreiben 1/96, III. 1. b: „Alle Alternativen zur Hinterlegung führen allerdings dazu, dass der Notar die Verantwortung dafür trägt, ob er z. B. von der ihm treuhänderisch übergebenen Löschungsbewilligung des Käufers aufgrund der Behauptung des Verkäufers, der Kaufpreis sei nicht gezahlt worden, Gebrauch macht oder nicht. Eine solche Verantwortung zu übernehmen, ist unter dem Gesichtspunkt der Neutralität des Notars (§§ 1, 14 Abs. 1 BNotO) bedenklich.“

<sup>47</sup> Zur ähnlichen Frage, ob in der Verwahrungsvereinbarung bei der Abwicklung eines Kaufvertrages über Notaranderkonto vorsorglich die Voraussetzungen der Rückzahlung der verwahrten Beträge für den Fall des Scheiterns des Kaufvertrages geregelt werden sollten, grundsätzlich verneinend Brambring, DNotZ 1990, 615 (631); Tömmies in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 375.

<sup>48</sup> BGH, DNotZ 1989, 760; NJW 2000, 278.

<sup>49</sup> Zur Unterscheidung zwischen konstitutiver und deklaratorischer Fälligkeitsmitteilung vgl. Amann in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 106.

sein, eine Löschung der Vormerkung auf Veranlassung des Verkäufers zu ermöglichen, wenn dem Käufer die Möglichkeit verbleibt, die Löschung in angemessener Zeit durch schlichten Widerspruch zu verhindern, und er über die Tragweite der Regelung eingehend belehrt wurde. Insbesondere für den Fall, dass der Käufer spurlos verschwunden ist, kann nämlich die prozessuale Durchsetzung der Löschung der Eigentumsvormerkung den Verkäufer viel Zeit kosten.<sup>50</sup> Dagegen erscheint die Last, die der Käufer zur Wahrung seiner Rechte auf sich nehmen muss, zumutbar zu sein. Er muss lediglich erreichbar sein und gegebenenfalls auf einen Brief reagieren.

Dagegen erscheint es problematisch, die Löschung der Vormerkung auch gegen einen Widerspruch des Käufers zu ermöglichen. In diesen Fällen kommt der Notar nämlich schnell in die Lage, sich mit dem Inhalt der Behauptungen der Beteiligten auseinandersetzen zu müssen, deren Wahrheitsgehalt er nicht überprüfen kann. Insbesondere Behauptungen zu geleisteten Zahlungen, seien es solche des Käufers oder Rückzahlungen des Verkäufers infolge des Rücktritts, sind vom Notar kaum überprüfbar. Bankbestätigte Überweisungsträger helfen beispielsweise nur, wenn der Notar die Bankverbindung des Gläubigers kennt, etwa weil sie sich aus dem Kaufvertrag ergibt. Selbst dies schließt aber nicht aus, dass der Käufer in anderer Weise schuldbeckend geleistet hat. Die Gefahr, dass der Notar mit Behauptungen der Beteiligten konfrontiert wird, die er bei seinem Gestaltungsvorschlag der „löschbaren Vormerkung“ nicht bedacht hat, ist sehr groß. In der Folge wird der Notar möglicherweise in die Rolle eines Quasi-Richters gedrängt, die ihm nicht zusteht. Es steigt aber vor allem das Risiko des Käufers, unberechtigt sein entscheidendes Sicherungsmittel zu verlieren. Dagegen ist das Risiko für den Verkäufer, bei der prozessualen Durchsetzung seiner Rechte gegen einen „aktiven“ Käufer auf Zustellungsprobleme zu stoßen, nicht so hoch.

Aus diesen Gründen ist die „löschbare Vormerkung“ nur für Fälle empfehlenswert, in denen der Käufer passiv ist. Eine Löscharbeit auch gegen aktiven Widerstand des Käufers stößt auf Bedenken.<sup>51</sup>

cc) Die angesprochenen vielfältigen Probleme zeigen, dass ein Notar, der in seine Urkunde eine „löschbare Vormerkung“ aufgenommen hat, im Ernstfall durchaus darüber in Zweifel geraten kann, ob er die Löschung der Vormerkung betreiben darf oder nicht. Grundsätzlich soll er zwar versuchen, durch seine Formulierung das Entstehen solcher Zweifel zu verhindern. Sonst kann er dem Vorwurf des Verkäufers ausgesetzt sein, ihm keinen Schutz, sondern ein Placebo gegeben zu haben. Zweifel können aber vor allem dann entstehen, wenn eine Löschmöglichkeit auch gegen den Widerstand des Käufers bestehen soll, insbesondere wenn dieser behauptet, gezahlt zu haben. In diesem Fall hat der Notar die Möglichkeit, sein beabsichtigtes Vorgehen (Betreiben der Löschung oder Unterlassen) in einem beschwerdefähigen Vorbescheid<sup>52</sup> anzukündigen. Unterlässt es der jeweilige Beteiligte, die Beschwerde zu erheben, ist er später mit Amtshaftungsansprüchen gegen den Notar ausgeschlossen (§ 19 Abs. 1 Satz 2

BNotO, § 839 BGB). Wird Beschwerde erhoben und verhält sich der Notar entsprechend einer Anweisung des Beschwerdegerichts, haftet er ebenfalls nicht.<sup>53</sup>

dd) Im Rahmen der Gestaltung des Außenverhältnisses der löschbaren Vormerkung ist zu entscheiden, in welcher Weise der Käufer die Rechtsmacht zur Löschung einräumt<sup>54</sup> und welchen Umfang die Rechtsmacht haben soll.

(1) Angestellte des Notars zur Löschung der Eigentumsvormerkung des Käufers zu bevollmächtigen, erscheint nicht als empfehlenswert. Zum einen hat der Verkäufer keinen direkten Anspruch gegen den Bevollmächtigten, von der Vollmacht Gebrauch zu machen. Zum anderen ist aus beurkundungs- und haftungsrechtlichen Gründen allgemein von einer Bevollmächtigung von Notarangestellten abzuraten,<sup>55</sup> zumal wenn ein besseres Ergebnis durch eine dem Notar erteilte Vollmacht erreicht werden kann. Zudem fallen bei allen Gestaltungen, in denen die Löschungsbewilligung zu einer gesonderten Urkunde durch zu beglaubigende Erklärung des Käufers, Verkäufers oder eines Dritten abgegeben wird, zusätzliche Notarkosten an.<sup>56</sup> Dies gilt nicht, wenn die Löschungserklärung zugleich in die Urkunde mit aufgenommen wird, aber auch dann nicht, wenn der Notar bevollmächtigt wird, die Löschungsbewilligung in Form einer Eigenurkunde namens des Käufers abzugeben. Letzteres ist zulässig und genügt der Form des § 29 GBO.<sup>57</sup> Für die Eigenurkunde fällt keine Entwurfsgebühr nach §§ 145, 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO an, sondern eine Gebühr für die Treuhandtätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO.<sup>58</sup> Die letztgenannte Gestaltungsmöglichkeit ist daher empfehlenswert, da sie in der bürotechnischen Abwicklung einfach und für die Beteiligten kostengünstig ist.

(2) Die dem Notar erteilte Vollmacht kann darauf beschränkt sein, im Namen des Käufers verfahrensrechtliche Erklärungen abzugeben. Sie kann aber auch die Abgabe materiellrechtlicher Erklärungen umfassen.<sup>59</sup> Es ist also zu klären, ob es zweckmäßig ist, die Vollmacht ausdrücklich auf die Abgabe der verfahrensrechtlichen Löschungsbewilligung gemäß § 19 GBO zu beschränken, oder ob der Notar auch die materiellrechtliche Aufgabeerklärung bezüglich der Vormerkung nach § 875 BGB analog mit abgeben können soll.

Besteht der gesicherte Anspruch noch (etwa weil die Voraussetzungen für einen Rücktritt des Verkäufers nicht vorliegen) und wird die Vormerkung allein aufgrund der verfahrensrechtlichen Bewilligung gemäß § 19 GBO gelöscht, ohne dass in der Bewilligung zugleich die materiellrechtliche Aufgabeerklärung des Käufers nach § 875 BGB analog liegt, erlischt die Vormerkung nicht, sondern besteht außerhalb des

<sup>53</sup> Schippel/Reithmann, § 15 Rdnr. 90; Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl., § 54 Rdnr. 12.

<sup>54</sup> Zu den Möglichkeiten vgl. oben B. II. 1. a).

<sup>55</sup> Vgl. jeweils für den Fall der Auflassung Reithmann, a.a.O., Rdnr. 503; Brambring in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 179.

<sup>56</sup> Nämlich neben der Gebühr für die Treuhandtätigkeit die Gebühr für den Entwurf der Löschungsbewilligung; vgl. hierzu oben Fn. 8.

<sup>57</sup> Zur Zulässigkeit notarieller Eigenurkunden vgl. Reithmann, a.a.O., Rdnr. 353; KEHE/Ertl, § 19 Rdnr. 196. Auch das Thüringer Oberlandesgericht, MittBayNot 2003, 303 (in diesem Heft) geht selbstverständlich von der Zulässigkeit der notariellen Eigenurkunde in diesem Fall aus.

<sup>58</sup> So für den parallelen Fall der Bewilligung der Eigentumsumschreibung im Rahmen der sog. „Bewilligungslösung“ Korinthenberg/Bengel/Tiedtke, § 147 Rdnr. 91. Nach Reithmann, a.a.O., Rdnr. 321 soll der Geschäftswert der <sup>5/10</sup>-Gebühr aus § 147 Abs. 2 KostO dem vollen Kaufpreis entsprechen.

<sup>59</sup> Reithmann, a.a.O., Rdnr. 355.

<sup>50</sup> Vgl. oben B. II. 2.

<sup>51</sup> Ähnlich auch Kersten/Bühling/Basty, § 36 Rdnr. 70; kritisch insbesondere Amann in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 173; Schöner/Stöber, Rdnr. 1552.

<sup>52</sup> Vgl. zur Zulässigkeit eines Vorbescheides Schippel/Reithmann, BNotO, 7. Aufl., § 15 Rdnr. 79; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 228. Wird der Beschwerde stattgegeben, ist das Verfahren gebührenfrei; insoweit werden auch Auslagen nicht erhoben (§ 131 KostO).

Grundbuchs weiter. Dem Käufer bleibt dann die Möglichkeit, gemäß § 899 BGB aufgrund einer einstweiligen Verfügung einen Widerspruch gegen die Löschung der Vormerkung im Grundbuch eintragen zu lassen.<sup>60</sup> Seine ursprüngliche Sicherheit lebt so wieder auf, allerdings erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung des Widerspruchs. Voraussetzung für den Erfolg einer solchen einstweiligen Verfügung ist, dass der Käufer glaubhaft macht (§§ 936, 920 Abs. 2 ZPO), dass das Grundbuch durch die Löschung der Vormerkung unrichtig wurde. Allerdings kann der Käufer unter nahezu den gleichen Voraussetzungen gemäß § 885 Abs. 1 BGB aufgrund einer einstweiligen Verfügung die Eintragung einer neuen Vormerkung erreichen, unabhängig davon, ob seine gelöschte Vormerkung auch materiellrechtlich erloschen ist. Diese neue Vormerkung entfaltet ab dem Zeitpunkt ihrer Eintragung grundsätzlich die gleichen Sicherungswirkungen wie der Widerspruch. Scheinbar besteht also kein Unterschied zwischen beiden Möglichkeiten. Gegen Zwischeneintragungen im Zeitraum zwischen Löschung der Vormerkung und Eintragung eines Widerspruchs bzw. der neuen Vormerkung ist der Käufer jeweils nicht geschützt. Allerdings bleibt die Sicherungswirkung einer einmal eingetragenen Vormerkung bestehen, wenn diese im Grundbuch gelöscht wurde, außerhalb des Grundbuchs aber weiter besteht<sup>61</sup> (weil der gesicherte Anspruch noch besteht). In diesem Fall bleibt der Käufer insoweit gegen Zwischeneintragungen geschützt, als diese im Zeitraum zwischen erstmaliger Eintragung der Vormerkung und deren Löschung im Grundbuch erfolgt sind. Dagegen verliert eine Vormerkung im Fall der rechtsgeschäftlichen Aufhebung ihre Wirkung nicht nur für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit.<sup>62</sup> Verfügungen, die während der Dauer des Bestehens der Vormerkung erfolgt sind, werden in diesem Fall von Anfang an wirksam. Allein deshalb empfiehlt es sich, die Vollmacht ausdrücklich auf die Abgabe der verfahrensrechtlichen Löschungsbewilligung zu beschränken.

#### d) Formulierungsvorschlag

Der Käufer bevollmächtigt den Notar unwiderruflich, in seinem Namen die Löschung der Eigentumsvormerkung gemäß Abschnitt ... nach § 19 GBO zu bewilligen und zu beantragen. Die Vollmacht umfasst nicht die Erklärung der Aufgabe der Vormerkung nach materiellem Recht.

Der Notar darf von dieser Vollmacht nur unter folgenden Voraussetzungen, deren Vorliegen dem Grundbuchamt nicht nachzuweisen ist, Gebrauch machen:

a) Die Fälligkeitmitteilung des Notars gemäß Abschnitt ... wurde zweimal als unzustellbar an den Notar zurückgeleitet

oder

b) Der Verkäufer hat dem Notar schriftlich mitgeteilt, dass er vom Vertrag zurückgetreten ist, der Notar hat eine Kopie dieser Mitteilung per Einwurfeinschreiben an die eingangs genannte Anschrift des Käufers gesandt und dabei den Käufer darauf hingewiesen, dass eine Löschung seiner Vormerkung drohe, wenn er nicht binnen sechs Wochen gegenüber dem Notar widerspreche, und

der Käufer hat gegenüber dem Notar einer Löschung der Vormerkung nicht binnen sechs Wochen ab Zugang des Schreibens des Notars widersprochen oder das Schreiben

des Notars wurde zweimal als unzustellbar an den Notar zurückgeleitet.

Der Notar ist dazu verpflichtet, von der Vollmacht Gebrauch zu machen, wenn er nach den genannten Voraussetzungen von der Vollmacht Gebrauch machen darf und der Verkäufer ihn schriftlich dazu anweist.

Bei Unzustellbarkeit von Sendungen an den Käufer an die eingangs genannte Anschrift ist der Notar nicht zu Nachforschungen verpflichtet, auch nicht zur Einholung einer Auskunft bei der Meldebehörde.

Der Käufer kann seinen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums am Vertragsgegenstand nicht ohne Zustimmung des Verkäufers abtreten oder verpfänden.

Der Notar hat den Käufer insbesondere darüber unterrichtet,

– dass seine Sicherung entfallen kann, wenn Briefe an seine eingangs genannte Anschrift unzustellbar sind, und er daher jeden Wechsel der Anschrift unverzüglich dem Notar mitteilen sollte;

– dass selbst nach vollständiger Kaufpreiszahlung eine Löschung seiner Eigentumsvormerkung und damit ein Entfallen seiner Sicherung möglich ist, wenn er auf Schreiben des Notars nicht reagiert;

– dass es somit in beiden Fällen möglich ist, dass er den Kaufpreis zahlt, ohne das Grundstück zu erhalten.

## 2. Bedingte Vormerkung

a) Die Eigentumsvormerkung kann ohne Mitwirkung des Käufers auch dann gelöscht werden, wenn sie auflösend bedingt ist und der Eintritt der Bedingung dem Grundbuchamt nachgewiesen wird (§ 22 GBO). Es ist möglich, dass der Verkäufer lediglich die Eintragung einer bedingten Vormerkung bewilligt, selbst wenn der gesicherte Anspruch unbedingt ist.<sup>63</sup> Die Vormerkung erlischt, wenn die entsprechende aufschiebende Bedingung ausfällt oder auflösende Bedingung eintritt. *Basty*<sup>64</sup> schlägt die bedingte Vormerkung für Fälle vor, in denen der Käufer vollmachtlos oder ohne hinreichenden Vertretungsnachweis vertreten wird.<sup>65</sup> Die (auflösende) Bedingung soll eingetreten sein, wenn nicht „bis zu einem bestimmten Termin die Nachgenehmigung des Käufers oder der Vertretungsnachweis bei dem den Vertrag beurkundenden Notar eingegangen ist“.

b) Diese Gestaltung stellt praktisch die „Umkehrung“ des (üblichen) Vorgehens<sup>66</sup> dar, die Eintragung der Eigentumsvormerkung erst dann zu ermöglichen, wenn dem Notar der formgerechte Vertretungsnachweis des Käufers vorliegt. Gegenüber diesem Vorgehen hat die „bedingte Vormerkung“ folgende Vorteile: Der Vormerkungsschutz entsteht bereits mit Eintragung der auflösend bedingten Vormerkung. Zudem kann die Kaufpreisfälligkeit nahezu zeitgleich mit dem endgültigen Ausfall der auflösenden Bedingung (nicht bereits mit Eintragung der Vormerkung!) eintreten. Bei Grundbuchämtern mit langen Bearbeitungszeiten kann dies viel Zeit sparen.

c) Bei der Formulierung der „bedingten Vormerkung“ ist insbesondere Folgendes zu beachten:

Bei einer *aufschiebend* bedingten Vormerkung entsteht – anders als bei einer unbedingten Vormerkung für einen auf-

<sup>60</sup> Palandt/Bassenge, BGB, 62. Aufl., § 899 Rdnr. 3; Staudinger/Gursky (2002), § 899 Rdnr. 30.

<sup>61</sup> BGHZ 60, 46 (53) = NJW 1973, 323.

<sup>62</sup> Staudinger/Gursky (2002), § 886 Rdnr. 33.

<sup>63</sup> Staudinger/Gursky (2002), § 886 Rdnr. 23; Schöner/Stöber, Rdnr. 1544 a.

<sup>64</sup> Kersten/Bühling/Basty, § 36 Rdnr. 66.

<sup>65</sup> Das sind die oben in Abschnitt B. II. 1. b) genannten Problemfälle.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu unten Ziffer 3.

schiebend bedingten Anspruch – die Vormerkungswirkung erst mit Eintritt der Bedingung.<sup>67</sup> Schutz ab Eintragung bietet also nur eine Gestaltung mit einer *auflösend* bedingten Vormerkung.

Des Weiteren ist zu gewährleisten, dass der Bedingungseintritt dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden kann. *Basty*<sup>68</sup> schlägt vor, den Bedingungseintritt durch Eigenurkunde des Notars oder (zu beglaubigende) Erklärung eines Dritten nachzuweisen. Eine Eigenurkunde kann aber nur eine „bewirkende Urkunde“ sein, in der der Notar eine Erklärung niederlegt, nicht eine „Zeugnisurkunde“, in der der Notar eigene Wahrnehmungen bezeugt.<sup>69</sup> Der Notar kann demnach nicht durch Eigenurkunde nachweisen, dass die Genehmigung des Käufers oder der Vertretungsnachweis des Käufervertreters in grundbuchtauglicher Form bei ihm eingegangen sind. Auch ein „sonstiges einfaches Zeugnis“ gemäß § 39 BeurkG kommt wohl nicht in Betracht, da ein Vermerk in diesem Sinne keine Schlussfolgerungen tatsächlicher oder rechtlicher Art enthalten darf, insbesondere keinerlei Rechtsgutachten.<sup>70</sup> Eine Bescheinigung des Notars, die genannten Unterlagen seien in der gehörigen Form bei ihm eingegangen, erfüllt die Anforderungen des § 29 GBO nicht. Eine gesetzliche Ermächtigung zur Erteilung einer solchen Bescheinigung, wie sie etwa § 21 BNotO für Registerbescheinigungen vorsieht, besteht nämlich nicht. Daher kommt einer solchen Bescheinigung eine Beweiskraft gemäß §§ 415, 418 ZPO nicht zu.<sup>71</sup> Es ist also eine Formulierung zu wählen, nach der im Außenverhältnis zum Grundbuchamt der Bedingungseintritt an das Einreichen einer zulässigen Eigenurkunde des Notars geknüpft wird und der Notar im Innenverhältnis zu den Beteiligten gehalten ist, die Eigenurkunde nur unter bestimmten Voraussetzungen zu errichten und einzureichen.

Des Weiteren muss bei dieser Gestaltung selbstverständlich zusätzliche Voraussetzung für die Fälligkeitsermittlung des Notars sein, dass der Notar im Innenverhältnis den Bedingungseintritt nicht mehr herbeiführen darf.

#### d) Formulierungsvorschlag:

Zur Sicherung des Käufers bewilligt der Verkäufer die Eintragung einer auflösend bedingten Eigentumsvormerkung an dem in Abschnitt ... genannten Grundbesitz. Die Bedingung ist eingetreten, wenn der Notar beim Grundbuchamt im Namen des Verkäufers unter Verweis auf diesen Urkundsabschnitt die Löschung der Vormerkung beantragt, wozu er hiermit unwiderruflich bevollmächtigt wird. Im Innenverhältnis wird der Notar angewiesen, den Bedingungseintritt nur herbeizuführen, wenn beim Notar nicht bis zum ... die erforderliche Genehmigung des Käufers in grundbuchtauglicher Form vorliegt (oder: die Vertretungsberechtigung von ... für ... in grundbuchtauglicher Form nachgewiesen ist).

e) Im Übrigen ist der Anwendungsbereich der „bedingten Vormerkung“ nicht auf die genannten Fälle beschränkt. In Fällen, in denen eine „löschbare Vormerkung“ an der mangelnden Existenz des Käufers oder Vertretungsberechtigung oder Bewilligungsmacht des für den Käufer Handelnden scheitert,<sup>72</sup> kann ein Bedürfnis danach bestehen, die beiden

Gestaltungen miteinander zu koppeln. Die bei der „löschbaren Vormerkung“ im Innenverhältnis zu treffende Vereinbarung kann auch bei der „bedingten Vormerkung“ getroffen werden. Der Notar kann etwa im Innenverhältnis zusätzlich zu den im Formulierungsvorschlag genannten Voraussetzungen angewiesen werden, den Eintritt der auflösenden Bedingung der Vormerkung auch dann herbeizuführen, wenn die im Formulierungsvorschlag<sup>73</sup> zur „löschbaren Vormerkung“ genannten Voraussetzungen vorliegen.

### 3. Eigentumsvormerkung erst nach Eingang Vertretungsnachweis Käufer

In Fällen, in denen bei Vertragsschluss auf Käuferseite ein Vertreter ohne genügenden (§ 29 GBO) Nachweis seiner Vertretungsmacht handelt, ist es verbreitete und empfehlenswerte Praxis,<sup>74</sup> die Eintragung der Eigentumsvormerkung für den Käufer erst zu ermöglichen, wenn der entsprechende Nachweis beim Notar vorliegt.

Der Notar erreicht dies regelmäßig durch folgende Gestaltung: In der Urkunde verpflichtet sich der Vertreter, den formgerechten Vertretungsnachweis nachzureichen. In der Ausfertigungsanweisung verzichten die Beteiligten auf die Erteilung von Ausfertigungen und beglaubigten Abschriften (§ 51 Abs. 2 BeurkG), solange der formgerechte Vertretungsnachweis beim Notar nicht vorliegt. Zudem weisen die Beteiligten den Notar an, die Urkunde erst nach Eingang des Vertretungsnachweises beim Grundbuchamt einzureichen (§ 53 BeurkG).

Der gleiche Effekt wird erzielt, wenn in die Urkunde statt der Eintragungsbewilligung des Verkäufers bezüglich der Eigentumsvormerkung eine Vollmacht für den Notar aufgenommen wird, im Namen des Verkäufers die Eintragung der Eigentumsvormerkung zu bewilligen, und der Gebrauch der Vollmacht durch den Notar im Innenverhältnis vom Vorliegen des Vertretungsnachweises abhängig gemacht wird. In diesem Fall können Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften sofort erteilt werden, ohne dass die Gefahr besteht, dass die Eigentumsvormerkung verfrüht eingetragen wird.

#### Formulierungsvorschlag:

Der Verkäufer bevollmächtigt den Notar unwiderruflich, in seinem Namen zur Sicherung des Käufers die Eintragung einer Eigentumsvormerkung an dem in Abschnitt ... genannten Grundbesitz zu bewilligen. Der Notar darf von dieser Vollmacht erst unter folgender Voraussetzung, deren Vorliegen dem Grundbuchamt nicht nachzuweisen ist, Gebrauch machen:

Beim Notar liegt die erforderliche Genehmigung des Käufers in grundbuchtauglicher Form vor (oder: Die Vertretungsberechtigung von ... für ... ist in grundbuchtauglicher Form nachgewiesen).

### 4. Anderkontrollösungen

Die Anderkontrollösungen sollen ganz oder teilweise verhindern, dass der Verkäufer vorleistet.

#### a) Anderkontrollösung I<sup>75</sup>

Bei dieser Gestaltung wird die Eigentumsvormerkung erst eingetragen, nachdem gesichert ist, dass der Käufer zahlt und der Vertrag nur aus Gründen scheitern kann, die der Sphäre

<sup>67</sup> *Staudinger/Gursky* (2002), § 883 Rdnr. 210.

<sup>68</sup> *Kersten/Bühling/Basty*, a. a. O.

<sup>69</sup> *Reithmann*, DNotZ 1983, 439.

<sup>70</sup> *Keidel/Winkler*, § 39 Rdnr. 17.

<sup>71</sup> *Schippel/Reithmann*, § 21 Rdnr. 9; *Bauer/v. Oefele/Knothe*, § 29 Rdnr. 94 f.

<sup>72</sup> Vgl. hierzu oben C. II. 1. c) aa).

<sup>73</sup> Oben C. II. 1. d).

<sup>74</sup> Anders aber im Fall BGH, DNotZ 1994, 485 (Fn. 1).

<sup>75</sup> Vgl. *Amann* in Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl. 1997, A I Rdnr. 174; *Brambring*, DNotZ 1999, 381 (389).

des Verkäufers zuzuordnen sind. Diese Sicherung ist gegeben, sobald der ganze Kaufpreis auf Notaranderkonto eingezahlt ist und etwaige vom Finanzierungsinstitut des Käufers mit der Einzahlung auf das Notaranderkonto verbundene Treuhandaufgaben insoweit erledigt sind, als es dazu einer Mitwirkung des Käufers bedarf. Letzteres ist wichtig, da nach dem BGH<sup>76</sup> der Finanzierungsgläubiger berechtigt ist, bis zur Erledigung der Treuhandaufgabe diese jederzeit zu widerrufen und damit – unabhängig von der Löschung der Eigentumsvormerkung – die Rückzahlung der eingezahlten Beträge an sich zu verlangen. Nicht nur aus diesem Grund sollte in jeden Vertrag, der eine Abwicklung über Notaranderkonto vorsieht, aufgenommen werden, welchen Inhalt die Treuhandaufgaben des Finanzierungsinstituts des Käufers haben dürfen.<sup>77</sup> Ist die Treuhandaufgabe nicht vertragsgemäß, muss der Notar das Geld zurücküberweisen.

Diese Gestaltung stellt die einzige Möglichkeit dar, das Risiko der Eigentumsvormerkung für den Verkäufer weitgehend auszuschließen. Nicht der Verkäufer, sondern der Käufer leistet in vollem Umfang (gesichert) vor. Die Vormerkung wird erst zu einem Zeitpunkt eingetragen, zu dem ein Scheitern des Vertrages aufgrund Nichtleistung des Käufers praktisch ausgeschlossen ist.<sup>78</sup> Für den Käufer ist diese Gestaltung aber wegen dieses späten Zeitpunkts der Eintragung seiner Eigentumsvormerkung (erst müssen die Treuhandaufgaben seines Finanzierungsinstituts teilweise erledigt sein) nachteilig. Aufgrund der langen Zeitspanne erhöht sich die Gefahr von Zwischeneinträgen. Dieser Nachteil könnte allerdings durch eine Koppelung mit der Gestaltung „bedingte Vormerkung“<sup>79</sup> vermieden werden.

#### b) Anderkontolösung II<sup>80</sup>

Bei dieser Gestaltung darf der Notar die Eintragung der Eigentumsvormerkung erst veranlassen, wenn ein Teil des Kaufpreises auf Notaranderkonto hinterlegt ist. Diese Lösung sichert also nicht die Vertragsdurchführung, sondern verringert lediglich das Maß der Vorleistung des Verkäufers. Die Auszahlungsvoraussetzungen für den Teilbetrag auf dem Anderkonto sind identisch mit den Voraussetzungen, nach denen der Notar die Fälligkeitsmitteilung bezüglich des direkt zu zahlenden Restbetrages absenden soll. Zweckmäßig ist, zu vereinbaren, dass die Einzahlung des Teilbetrages auf das Notaranderkonto auflagenfrei zu erfolgen hat, da dann eine schnellere Eintragung der Vormerkung ermöglicht wird.

<sup>76</sup> DNotI-Report 1997, 146.

<sup>77</sup> Vgl. hierzu die Musterformulierung des Rundschreibens der Bundesnotarkammer Nr. 5/99, abgedruckt in DNotZ 1999, 369, 370, und Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl., Anhang 17 (S. 1357 ff.).

<sup>78</sup> Ein Scheitern ist allerdings möglich, wenn die Treuhandaufgabe des Finanzierungsgläubigers des Käufers befristet war und die Frist abgelaufen ist.

<sup>79</sup> Vgl. dazu oben C. II. 2., besonders zu Koppelungsmöglichkeiten C. II. 2. e). Auch im Rahmen der „Anderkontolösung I“ (und allen anderen Gestaltungen, die das Maß der Vorleistung „Eigentumsvormerkung“ des Verkäufers verringern) könnte vereinbart werden, eine auflösend bedingte Vormerkung sofort einzutragen. Der Formulierungsvorschlag (vgl. unten C. II. 4. d)) wäre etwa dahin zu modifizieren, dass der Notar im Innenverhältnis angewiesen wird, auf Verlangen des Verkäufers den Eintritt der auflösenden Bedingung herbeizuführen, wenn die Einzahlung auf das Anderkonto und die Erledigung der Treuhandaufträge nicht binnen einer bestimmten Frist erfolgt. Nachteilig an dieser Lösung ist jedoch, dass die Eintragungs- und Löschungskosten der Vormerkung auch dann anfallen, wenn die Einzahlung auf das Anderkonto nicht erfolgt.

<sup>80</sup> Vgl. Amann in Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2000, A I Rdnr. 174.

Kommt es zu Störungen in der Vertragsabwicklung *nach* Auszahlungsreife (der Käufer zahlt den direkt zu zahlenden Kaufpreis nicht), kann der Verkäufer gemäß § 323 BGB zurücktreten. Der Verkäufer ist zur Rückzahlung des bereits erhaltenen Kaufpreisteils (den der Notar vom Anderkonto an ihn ausgezahlt hat) nur Zug um Zug gegen Abgabe der Löschungsbewilligung bezüglich der Eigentumsvormerkung verpflichtet (§ 348 BGB).

Tritt die Auszahlungsreife nicht ein (etwa wegen Scheiterns der Lastenfreistellung), ist fraglich, unter welchen Voraussetzungen das Geld auf dem Anderkonto an den Käufer zurückzuzahlen ist. Soweit der Vertrag keine Regelung hierzu vorsieht, bedarf die Rückzahlung einer neuen Vereinbarung von Verkäufer und Käufer (§ 54 c Abs. 2 BeurkG), notfalls einer gerichtlichen Entscheidung.<sup>81</sup> So ist auch ohne ausdrückliche Vereinbarung gesichert, dass der Kaufpreis nicht an den Käufer zurückfließt, ohne dass eine Löschungsbewilligung bezüglich der Vormerkung abgegeben wird. Eine Vereinbarung über die Rückzahlungsvoraussetzungen bereits im Kaufvertrag ist grundsätzlich nicht geboten.<sup>82</sup>

#### c) Würdigung

Bei allen Gestaltungen, die eine Abwicklung über Notaranderkonto vorsehen, ist hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse erforderlich (§§ 54 a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG). Nach der herrschenden Ansicht ist darunter ein objektives Sicherungsinteresse zu verstehen, das nur oder doch besser über die Verwahrung abgesichert werden kann.<sup>83</sup> Das „Standardmuster“ eines Grundstückskaufvertrages hat Direktzahlung vorzusehen.<sup>84</sup> Das beschriebene Risiko der Vormerkung für den Verkäufer führt also bei einem gewöhnlichen Fall ohne Besonderheiten in der Person des Käufers nicht dazu, dass ein objektives Sicherungsinteresse bejaht werden kann, auch wenn der Verkäufer misstrauisch ist. In besonderen Fällen, etwa wenn objektive Umstände für Finanzierungsschwierigkeiten des Käufers sprechen, kann das berechtigte Sicherungsinteresse aber durchaus zu bejahen sein.<sup>85</sup> Auch nach dem Rundschreiben der Bundesnotarkammer<sup>86</sup> liegt eine Abwicklung über Notaranderkonto nahe, wenn der Verkäufer das Risiko der Eigentumsvormerkung bei abredewidriger Nichtzahlung durch den Käufer nicht einzugehen bereit ist, da die Alternativlösung „löschbare Vormerkung“ unter dem Gesichtspunkt der Neutralität des Notars bedenklich ist.

#### d) Formulierungsvorschlag<sup>87</sup> für Anderkontolösung I:

Der Käufer zahlt den gesamten Kaufpreis innerhalb von zwei Wochen ab heute auf das Anderkonto des Notars Kto.-Nr. ... bei der ..., und zwar unabhängig von Vormerkung, Lastenfreistellung und behördlichen Genehmigungen.

Soweit ein Finanzierungsinstitut des Käufers den Kaufpreis überweist, darf dieses als zusätzliche Treuhandaufgabe nur verlangen, dass

<sup>81</sup> Brambring, DNotZ 1990, 615 (631).

<sup>82</sup> Brambring, DNotZ 1990, 615 (631); Tönnies in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 375.

<sup>83</sup> Brambring, DNotZ 1999, 381 (386 ff.); Keidel/Winkler, § 54 a Rdnr. 10 ff.

<sup>84</sup> Brambring, DNotZ 1999, 381 (383).

<sup>85</sup> Brambring, DNotZ 1999, 381 (389); Keidel/Winkler, § 54 a Rdnr. 19.

<sup>86</sup> Rundschreiben Nr. 1/96, Abschnitt III. 1. b), vgl. oben Fn. 46.

<sup>87</sup> Diese Formulierung ist angelehnt an den Vorschlag von Hertel in Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, Teil II, Muster M 16, S. 289 ff., sowie die Musterformulierung für Treuhandaufträge nach dem Rundschreiben der Bundesnotarkammer (oben Fn. 77).

a) die ranggerechte Eintragung seines Finanzierungsgrundpfandrechts sichergestellt ist (d. h. Eintragungsantrag auch im Namen des Finanzierungsinstituts; Vorliegen aller zur Rangbeschaffung erforderlicher Unterlagen in grundbuchtauglicher Form; keine aus den Grundakten oder der Markentabelle eines elektronisch geführten Grundbuches erkennbaren Eintragungshindernisse) und

b) der gesamte Kaufpreis auf das Anderkonto einbezahlt ist.

Des Weiteren kann das Finanzierungsinstitut verlangen, dass die kaufvertraglichen Auszahlungsvoraussetzungen eingehalten und nicht ohne seine Mitwirkung abgeändert werden.

An seine diesbezüglichen Treuhandaufgaben muss sich das Finanzierungsinstitut für eine Frist von mindestens drei Monaten gebunden halten.

Der Notar soll die Eintragung der Eigentumsvormerkung im Namen des Verkäufers erst bewilligen, wenn der gesamte Kaufpreis auf dem Anderkonto gutgeschrieben ist sowie – außer dem Vorliegen aller zur Rangbeschaffung erforderlicher Unterlagen in grundbuchtauglicher Form – etwaige Treuhandaufgaben des Finanzierungsinstituts des Käufers gemäß lit. a) und b) erledigt sind.

Bis dahin darf der Notar von der Vollmacht, die Eintragung der Eigentumsvormerkung zu bewilligen, nicht Gebrauch machen.

Statt der Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung durch den Verkäufer ist zusätzlich eine Vollmacht aufzunehmen:

Der Verkäufer bevollmächtigt den Notar unwiderruflich, in seinem Namen zur Sicherung des Käufers die Eintragung einer Eigentumsvormerkung an dem in Abschnitt ... genannten Grundbesitz zu bewilligen.

#### e) Formulierungsvorschlag für Anderkontolösung II:

Der Käufer zahlt einen Kaufpreisteil von ... € innerhalb von zwei Wochen ab heute auf das Anderkonto des Notars Kto.-Nr. ... bei der ..., und zwar unabhängig von Vormerkung, Lastenfreistellung und behördlichen Genehmigungen. Dieser Betrag muss auflagenfrei eingezahlt werden, auch wenn ein Finanzierungsinstitut des Käufers den Betrag überweist. Der Notar soll die Eintragung der Eigentumsvormerkung im Namen des Verkäufers erst bewilligen, wenn der genannte Betrag auflagenfrei auf dem Anderkonto gutgeschrieben ist.

Zusätzlich ist eine Vollmacht zur Bewilligung der Eigentumsvormerkung wie im vorigen Formulierungsvorschlag erforderlich. Des Weiteren ist zu regeln, dass der Restbetrag nach Vorliegen der üblichen Fälligkeitsvoraussetzungen direkt an den Verkäufer zu zahlen ist und zeitgleich die Auszahlungsreife bezüglich Teilbetrages auf dem Anderkonto eintritt.

### 5. Anzahlung des Käufers

Als weitere Möglichkeit, das Maß der Vorleistung des Verkäufers zu verringern, kommt in Betracht, die Eintragung der Vormerkung schlicht von einer Anzahlung des Käufers an den Verkäufer abhängig zu machen. Dagegen lässt sich natürlich anführen, dass hier eine ungesicherte wirtschaftliche Vorleistung des Verkäufers durch eine echte ungesicherte Vorleistung des Käufers ersetzt wird. Wird diese Gestaltung gewünscht, sollte der Notar den Käufer deutlich auf das mit dieser Anzahlung verbundene Risiko hinweisen. Auch sollte die Höhe

der Anzahlung keinesfalls das – natürlich schwer zu beziffernde – wirtschaftliche Risiko übersteigen, das der Verkäufer durch die Eintragung der Eigentumsvormerkung auf sich nimmt. Die Gestaltung ist zudem nur praktikabel, wenn der Käufer den anzuzahlenden Betrag ohne Finanzierung aufbringen kann und der Betrag auf Seiten des Verkäufers nicht zur Lastenfreistellung benötigt wird. Dies sollte der Notar durch Nachfrage klären.

#### Formulierungsbeispiel:

Der Verkäufer bevollmächtigt den Notar unwiderruflich, in seinem Namen zur Sicherung des Käufers die Eintragung einer Eigentumsvormerkung am in Abschnitt ... genannten Grundbesitz zu bewilligen. Der Notar darf von dieser Vollmacht erst unter folgender Voraussetzung, deren Vorliegen dem Grundbuchamt nicht nachzuweisen ist, Gebrauch machen:

Der Verkäufer hat bestätigt oder der Käufer hat nachgewiesen, dass die in Abschnitt ... vereinbarte Anzahlung erfolgt ist.

### III. Ergebnis

#### 1. Kein genereller Handlungsbedarf

Es hat sich gezeigt, dass das Risiko, das der Verkäufer durch die Eintragung der Eigentumsvormerkung für den Käufer eingeht, in gewissem Maße unvermeidbar ist. Die Vormerkung ist ein wesentliches Sicherungsmittel für den Käufer, deren Eintragung den „Regeln der Praxis“<sup>88</sup> entspricht und daher dem Notar nicht zum Vorwurf gemacht werden kann. Eine generell empfehlenswerte Gestaltungsmöglichkeit, die das diesbezügliche Risiko des Verkäufers *ausschließt*, ist nicht ersichtlich. Die einzige Gestaltung, die zu einem weitgehenden Ausschluss des Risikos führt, ist die „Anderkontolösung I“.<sup>89</sup> Diese ist aber aufgrund der erheblichen Verzögerung der Eintragung der Vormerkung für den Käufer nachteilig (Gefahr von Zwischeneintragungen), teuer und aufgrund des erforderlichen objektiven Sicherungsinteresses ohnehin nicht generell zulässig. Aber auch sämtliche Gestaltungsmöglichkeiten, die das behandelte Risiko des Verkäufers *verringern*, sind nicht generell empfehlenswert. Die „löschbare Vormerkung“ birgt stets ein Restrisiko des Totalverlustes des Kaufpreises für den Käufer. Die „Anderkontolösung II“<sup>90</sup> verzögert die Eintragung der Vormerkung, ist regelmäßig teurer<sup>91</sup> als das reine Direktzahlungsmodell und erfordert – wenn auch möglicherweise mit weniger strengen Voraussetzungen – ein objektives Sicherungsinteresse. Die schlichte Anzahlung<sup>92</sup> vor Eintragung der Vormerkung mutet etwas an wie eine Rückkehr in die Steinzeit, da sie für den Käufer keine Sicherheit bietet und ebenfalls die Eintragung der Vormerkung verzögert.

Auch eine generelle Pflicht des Notars, den Verkäufer über das Risiko der Eigentumsvormerkung zu belehren, ist zu verneinen.<sup>93</sup> Die Wahrscheinlichkeit, dass sich das Risiko ver-

<sup>88</sup> Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte, S. 36.

<sup>89</sup> Vgl. hierzu oben C. II. 4. a).

<sup>90</sup> Vgl. hierzu oben C. II. 4. b).

<sup>91</sup> Scheitert der Vertrag, weil es erst gar nicht zur Einzahlung auf das Anderkonto kommt, so hat die Gestaltung allerdings Kostenvorteile: Weder Eintragungs- noch Löschungskosten für eine Vormerkung fallen an.

<sup>92</sup> Vgl. hierzu oben C. II. 5.

<sup>93</sup> BGH, a. a. O. (Fn. 1); LG Lüneburg, DNotZ 1986, 247; Keidel/Winkler, § 17 Rdnr. 103; Schöner/Stöber, Rdnr. 1552; a. A. wohl Tönnies in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 353.

wirklicht und der maximale Schaden eintritt, nämlich der Käufer nicht zahlt und sich weigert, die Löschungsbewilligung abzugeben, ist gering. Zudem kann es nicht Aufgabe des Notars sein, die Beteiligten über jedes denkbare, noch so fernliegende Risiko zu belehren, vor allem, wenn er keine perfekten Gestaltungen zur Vermeidung des Risikos vorschlagen kann.

## 2. Vorschlagspflicht im Einzelfall

Dagegen besteht durchaus Handlungsbedarf, wenn sich aus besonderen objektiven Umständen ergibt, dass das Risiko der Eigentumsvormerkung für den Verkäufer besonders hoch ist. In Fällen, in denen für den Käufer ein Vertreter ohne formgerechten Vertretungsnachweis auftritt, sollte der Notar stets eine Gestaltung vorschlagen, nach der gesichert ist, dass für den Fall des Scheiterns des Vertretungsnachweises die Eigentumsvormerkung erst gar nicht zur Eintragung kommt<sup>94</sup> oder wieder gelöscht werden kann („bedingte Vormerkung“)<sup>95</sup>. Dies gilt, wenn auf Käuferseite eine natürliche Person steht, erst recht aber bei Personengesellschaften und juristischen Personen, vor allem wenn sie ihren Sitz im Ausland haben. Ob es weitere Fälle gibt, in denen eine Vorschlagspflicht aufgrund objektiver Umstände (etwa einer ausländischen Postanschrift des Käufers) bejaht werden kann, ist zweifelhaft. Der Vorschlag des Notars, eine besondere Sicherung in den Vertrag aufzunehmen, stellt womöglich ein einseitiges Misstrau-

ensvotum gegen den Käufer dar, das mit der Neutralität des Notars schwer vereinbar ist.

## 3. Besondere Belehrung im Einzelfall

Eine besondere Belehrung des Verkäufers kann jedoch im Einzelfall geboten sein,<sup>96</sup> sowohl aufgrund objektiver Umstände als auch aufgrund einer subjektiven Empfindung des Notars. Im Übrigen bleibt es dem Notar stets unbenommen, den Verkäufer über das Risiko der Vormerkung zu belehren, ohne dazu verpflichtet zu sein. Je nach Reaktion der Beteiligten auf die Belehrung können Gestaltungsvorschläge folgen.

Eine Systematisierung, wann solche besonderen Umstände vorliegen, ist wohl nicht möglich. Der Notar wird sich letztlich auch bei dieser Entscheidung auf etwas verlassen müssen, was auch sonst für seine Berufsausübung wichtig ist: seinen gesunden Menschenverstand.

<sup>96</sup> So z. B. wenn „der Notar nach den besonderen Umständen des Einzelfalls Anlass zu der Vermutung haben muss, einem Beteiligten drohe ein Schaden vor allem deswegen, weil er sich infolge mangelnder Kenntnis der Rechtslage der Gefahr nicht bewusst war“ (BGH, a. a. O., Fn. 1), wenn „Anlass zur Vermutung besteht, dass der Käufer seinen Pflichten nicht nachkommt“ (*Kersten/Bühling/Basty*, § 36 Rdnr. 57), „Käufer eine ausländische Gesellschaft mit unklarer Vertretungsberechtigung ist, ein Angebot des Verkäufers bereits durch Vormerkung gesichert werden soll oder sonst das Scheitern des Vertrages wahrscheinlich ist“ (*Reithmann/Albrecht*, a. a. O., Rdnr. 499) oder „besondere Umstände das Scheitern des beurkundeten Kaufvertrages nahe legen“ (*Schöner/Stöber*, Rdnr. 1552).

<sup>94</sup> Vgl. oben C. II. 3.

<sup>95</sup> Vgl. oben C. II. 2.

# Der Verbraucher-/Unternehmerbegriff im BGB

Von Notarassessorin *Nicola Struck*, München

Im Laufe der Entwicklung der Gesetzgebung wurde der Verbraucherschutz immer mehr zum Anlass für neue Regelungen. War er zunächst nur in Teilen und stellenweise nur über Generalklauseln berücksichtigt worden, so hat der fortschreitende Einfluss der Europäischen Union den Verbraucherschutz zu einem Kernbereich des Privatrechts gemacht. Die Richtlinien der Europäischen Union zur Verwirklichung des Verbraucherschutzes<sup>1</sup> waren zunächst Grundlage für zahlreiche Einzelgesetze, wie z. B. AGBG, HaustürWG, TzWrG, FernAbsG. Anlässlich der Schuldrechtsreform wurden diese dann größtenteils in das BGB integriert. Im Vorfeld dieser weitreichenden Reform wurden u. a. die §§ 13 und 14 BGB geschaffen, die zum ersten Mal Legaldefinitionen der Begriffe „Verbraucher“ und „Unternehmer“ im BGB enthielten und damit aufgrund der Öffnung des BGB für das Verbraucherrecht deutlich machten, dass dieses kein Sonderprivatrecht, sondern Teil des allgemeinen Privatrechts ist.

## 1. Allgemeine Grundsätze

Interessant für die Auslegung von §§ 13 und 14 BGB ist, unter Berücksichtigung der Normgeschichte, die Interpretation von § 24 a AGBG a.F. Diese Vorschrift wurde 1996 in das AGBG integriert, wozu sich der Gesetzgeber aufgrund der Richtlinie

93/13/EWG veranlasst sah.<sup>2</sup> Mit Einführung der §§ 13 und 14 BGB entfiel die Definition für Verbraucher und Unternehmer im AGBG und wurde praktisch identisch in den Allgemeinen Teil des BGB aufgenommen. Die zu § 24 a AGBG a.F. entwickelten Grundsätze können somit ohne weiteres auf die neuen § 13 und 14 BGB übertragen werden.

Grundlegend für die Auslegung von §§ 13 und 14 BGB ist, dass diese Regelungen auf europarechtliche Vorgaben, v. a. in Form von Richtlinien, zurückgehen. Nach Art. 249 Abs. 3 EG (vormals Art. 189 Abs. 3 EGV) ist die Richtlinie für die Mitgliedstaaten, an die sie gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt es aber diesen, die Form und die Mittel auszuwählen, die sie für die Erreichung des Zieles als geeignet ansehen.<sup>3</sup> Eine Richtlinie richtet sich somit

<sup>1</sup> Vgl. insbesondere:

- RL 93/13/EWG, sog. Klauselrichtlinie, ABl 1993 L 95, S. 29 ff.
- RL 85/577/EWG, sog. Haustürgeschäfte richtlinie, ABl 1985 L 372, S. 31 ff.
- RL 87/102/EWG, ABl 1987 L 42, S. 48 ff., jeweils geändert durch RL 90/88/EWG, ABl 1990 L 61, S. 14 ff., und RL 98/7/EG, ABl 1998 L 101, S. 17 ff., sog. Verbraucherkreditrichtlinie
- RL 94/47/EG, sog. Time-Sharing-Richtlinie, ABl 1994 L 80, S. 83 ff.
- RL 99/44/EG, sog. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, ABl 1999 L 171, S. 12 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Annuß*, NJW 2002, 2844.

<sup>3</sup> *Streinz*, Europarecht, 4. Aufl., Rdnr. 384.

an den einzelnen Mitgliedstaat, der sie, bevor sie regelmäßig auf den Einzelnen anwendbar ist, in nationales Recht umsetzen muss. Auch wenn nur die nationale Vorschrift unmittelbare Geltung entfaltet, ist bei der Auslegung dieser Vorschrift immer die Richtlinie und damit das Europarecht zu beachten. Dies geht sogar so weit, dass bei Auslegungsproblemen das Auslegungsmonopol des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), das sich aus Art. 220 EG (vormals Art. 164 EGV) ergibt,<sup>4</sup> zu beachten ist. Bei der nachfolgenden Auslegung muss somit ohne Einschränkung die Rechtsprechung des EuGH zu den Richtlinien, welche Grundlage für die §§ 13 und 14 BGB sind, berücksichtigt werden. Ein Spielraum des nationalen Gesetzgebers verbleibt nur insoweit, als die europarechtlichen Vorgaben Minimalschutzcharakter haben und eine Vertiefung bzw. Verbreiterung des Verbraucherschutzes durch die nationale Gesetzgebung erfolgen kann.

## 2. § 13 BGB

Nach § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Diese Definition geht auf Art. 2 lit. b der Richtlinie 93/13/EWG vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen<sup>5</sup> zurück, wonach Verbraucher eine „natürliche Person“ ist, „die bei Verträgen, die unter die Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Der deutsche Gesetzgeber hat die europarechtliche Definition praktisch wortgleich übernommen, so dass bei der Auslegung von § 13 BGB die Rechtsprechung des EuGH vollständig berücksichtigt werden kann.

Der genaue Inhalt des Verbraucherbegriffs soll nachfolgend anhand des persönlichen, des funktionalen und des sachlichen Anwendungsbereichs dargestellt werden. Bei letzterem, dem sachlichen Anwendungsbereich, sind die Voraussetzungen mit denen des § 14 BGB identisch, so dass insofern eine gemeinsame Betrachtung erfolgt.

### a) Persönlicher Anwendungsbereich

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 13 BGB muss ein Verbraucher eine „natürliche Person“ sein. Damit bleibt für eine Einbeziehung von juristischen Personen, wie z. B. Idealvereinen und Stiftungen, auch wenn sie keinen gewerblichen Zweck verfolgen, kein Platz. An dieser Ansicht hält der EuGH bislang in ständiger Rechtsprechung<sup>6</sup> fest und verwendet darin den Begriff „natürliche Person“ inhaltsgleich wie im deutschen Recht.<sup>7</sup> Da der deutsche Gesetzgeber bei der Formulierung des § 13 BGB die europarechtliche Vorgabe wörtlich übernommen und von seiner Möglichkeit der Ausweitung des Verbraucherschutzes keinen Gebrauch gemacht hat, bleibt für eine erweiternde Auslegung kein Platz, da deren Grenze der Wortlaut des Gesetzes ist.<sup>8</sup>

Weniger eindeutig ist die Einordnung von Personengemeinschaften und -gesellschaften, die nicht voll rechtsfähig sind und damit nicht den Status einer juristischen Person haben. Dabei ist vor allem an Gesellschaften bürgerlichen Rechts, Wohnungseigentümergeinschaften und sonstige Gesamthands- oder Bruchteilsgemeinschaften sowie OHG und KG zu denken.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht fallen diese Personengemeinschaften unter den Verbraucherbegriff.<sup>9</sup> Begründet wird dies damit, dass diese als private Endverbraucher außerhalb ihrer gewerblichen und selbstständigen beruflichen Tätigkeit auftreten können und dann aufgrund ihrer Schutzbedürftigkeit unter den Verbraucherschutz fallen. Diese Auffassung widerspricht jedoch der Rechtsprechung des EuGH, der in seinem Urteil *Cape Snc/Idealservice Srl*<sup>10</sup> festgestellt hat, dass „eine andere als eine natürliche Person, die einen Vertrag mit einem Gewerbetreibenden schließt, nicht als Verbraucher im Sinne dieser Vorschrift [nämlich Art. 2 der RL 93/13/EWG] angesehen werden kann“<sup>11</sup>. Begründet wird dies im Urteil und in den Schlussanträgen<sup>12</sup> des Generalanwalts damit, dass die Richtlinie diejenigen schütze, die sich in einer schwächeren Position befänden. Dies seien vor allem die nicht im Rahmen einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelnden natürlichen Personen, wohingegen juristische Personen und Gesellschaften im Allgemeinen nicht in derselben schwächeren Position seien. Es bestehe außerdem kein Grund, ihnen einen Schutz zu gewähren, der als Ausnahme von der Vertragsfreiheit im Übrigen eng aufzufassen ist. Nach der aktuellen Rechtsprechung des EuGH fallen Personengemeinschaften somit nicht unter den Verbraucherbegriff.

### b) Funktionaler Anwendungsbereich

Verbraucher ist, wer einen Zweck verfolgt, der nicht gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Tätigkeit zurechenbar ist. In § 13 BGB ist dieser Zweck negativ formuliert. Eine identische Formulierung („in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit“) findet sich in § 14 BGB bei der Legaldefinition des Unternehmerbegriffs. Bei den Begriffen „Verbraucher“ und „Unternehmer“ handelt es sich somit um Gegenbegriffe. Bei der Auslegung des einen können jeweils die Auslegungsgrundsätze des anderen Begriffs herangezogen werden, da sich beide ausschließen.<sup>13</sup>

Eine nicht gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit liegt immer dann vor, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die nicht dem persönlichen, privaten oder familiären Bereich zurechenbar sind. Dabei kommt es auf objektive Gesichtspunkte wie z. B. die tatsächliche Nutzung oder Verwendung an. Eine subjektive Beurteilung nach dem Willen des Beteiligten kommt nicht in Betracht, da ansonsten der Verbraucher es in der Hand hätte, ob er den Schutz des Gesetzes in Anspruch nehmen will oder nicht. Dies widerspräche dem zwingenden Charakter des Verbraucherrechts. Genauso wenig ist entscheidend, ob der Verbraucher tatsächlich schutzbedürftig ist, da § 13 BGB von einem funktionalen Verbraucherbegriff ausgeht,<sup>14</sup> der lediglich nach dem Zweck des Rechtsgeschäftes differenziert.

Bei der Beurteilung, ob jemand als Verbraucher handelt, ist auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts abzustellen. Würde man einen späteren Zeitpunkt bei der abschließenden Beurteilung heranziehen, wäre es dem Vertragspartner unmöglich, zu beurteilen, ob ein Verbrauchervertrag vorliegt oder nicht. Zudem kann man den Formulierungen in den verschiedenen Verbraucherschutzrichtlinien, in denen

<sup>4</sup> *Streinz* (Fn. 3), Rdnr. 330.

<sup>5</sup> ABl 1993 L 95, S. 29.

<sup>6</sup> Vgl. etwa *Cape Snc/Idealservice Srl*, Rs. C-541/99 und Rs. C-542/99, Urt. v. 22.11.2001, Slg. 2001, I-9049.

<sup>7</sup> Vgl. *MünchKomm/Basedow*, BGB, 4. Aufl., § 24 a AGBG Rdnr. 28.

<sup>8</sup> *Palandt/Heinrichs*, BGB, 62. Aufl., Einl. Rdnr. 35.

<sup>9</sup> Vgl. *MünchKomm/Micklitz*, BGB, 4. Aufl., § 13 Rdnr. 15.

<sup>10</sup> Fn. 6.

<sup>11</sup> Rdnr. 16 des Urteils (Fn. 6).

<sup>12</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Mischo vom 14. Juni 2001, *Cape Snc/Idealservice Srl* (C-541/99) et *Idealservice MN RE Sas/OMAI Srl* (C-542/99), Slg. 2001, I-9040 ff., Rdnr. 14 ff.

<sup>13</sup> Vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 14 Rdnr. 1.

<sup>14</sup> *Brambring*, ZNotP 2003, 42 ff.



darauf abgestellt wird, dass eine natürliche Person „bei Verträgen (...) zu einem (...) Zweck handelt“, entnehmen, dass es auf den Zeitpunkt des Handelns, also des Vertragsabschlusses ankommt.

Aus § 13 BGB lässt sich nicht entnehmen, inwieweit sog. Existenzgründer unter den Verbraucherbegriff fallen. Vor Einführung der §§ 13 und 14 BGB war die Rechtslage bei der Anwendung der auf europäischen Richtlinien beruhenden Spezialgesetzen zum Verbraucherschutz uneinheitlich. So standen Existenzgründer nach § 1 Abs. 1 Satz 2 VerbrKrG („Als Verbraucher gelten auch alle anderen natürlichen Personen, es sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist.“) ausdrücklich unter dem Schutz dieses Gesetzes. Untermuert wurde dies von der Bestimmung in § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG, der Existenzgründerdarlehen nur dann aus dem Verbraucherkreditgesetz herausnahm, wenn ein Nettokreditbetrag von 50.000 € überschritten war.

Was die Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes auf Existenzgründer betraf, so hat der BGH sich ausdrücklich dagegen entschieden.<sup>15</sup> Er hat dabei ausgeführt, dass dieses Gesetz den Kunden vor überraschenden Angeboten schützen wolle und derjenige, der für Zwecke seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit handle, nicht schutzwürdig sei. Dabei fielen auch solche Geschäfte nicht in den Anwendungsbereich des HaustürWG, die der Vorbereitung für die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit dienen. Es sei lediglich abstrakt eine Abgrenzung zwischen privatem und geschäftlichem Bereich vorzunehmen, ohne die Besonderheiten des Einzelfalls, insbesondere die konkrete Schutzbedürftigkeit, zu berücksichtigen. Der Begründung des BGH ist zu entnehmen, dass er seiner Auslegung einen funktionalen Verbraucherbegriff zugrunde gelegt hat. Dieser ist – wie vorstehend aufgeführt – auch in § 13 BGB enthalten, so dass die Argumentation des BGH auf den Verbraucherbegriff des § 13 BGB übertragen werden kann.

Für die Auslegung, dass Existenzgründer nicht unter den Verbraucherbegriff fallen, spricht auch die Vorschrift des § 507 BGB, nach dem die §§ 491–506 BGB ausdrücklich auf Existenzgründer anzuwenden sind. Wären Existenzgründer jedoch grundsätzlich Verbraucher, so bräuchte man diese Vorschrift nicht, da dann die §§ 491 ff. BGB bereits nach allgemeinen Grundsätzen anwendbar wären.

### 3. § 14 BGB

Nach § 14 BGB ist Unternehmer „eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“.

Wie bereits erwähnt, handelt es sich beim Unternehmer um den Gegenbegriff zum Verbraucher.<sup>16</sup> Beide Begriffe schließen sich gegenseitig aus; eine Person kann bei ein und demselben Rechtsgeschäft nicht gleichzeitig Verbraucher und Unternehmer sein. Die Verbraucherdefinition des § 13 BGB ist jedoch – anders als der Unternehmerbegriff in § 14 BGB – auf natürliche Personen beschränkt. Aus diesem Grund gibt es die dritte Kategorie, die weder Verbraucher noch Unternehmer ist, nämlich die juristischen Personen und Personengesellschaften, die weder zu eigenen gewerblichen noch zu selbstständigen beruflichen Zwecken handeln. Darunter fallen vor allem Gemeinden, Stiftungen oder Vereine außerhalb ihrer gewerblichen Tätigkeit.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> BGH, NJW 1994, 2759.

<sup>16</sup> Palandt/Heinrichs, § 14 Rdnr. 1.

<sup>17</sup> Vgl. Rieger, MittBayNot 2002, 325, 327.

Auch bei § 14 BGB lässt sich der Anwendungsbereich in persönliche, funktionale und sachliche Kriterien einteilen:

#### a) Persönlicher Anwendungsbereich

Nach seinem eindeutigen Wortlaut erfasst § 14 BGB zum einen natürliche Personen. Damit wird eindeutig festgestellt, dass der Unternehmerbegriff alle natürlichen Personen einschließt und damit weiter ist als der Kaufmannsbegriff im HGB. Letzterer stellt nach § 1 Abs. 1 HGB auf den Betrieb eines „Handelsgewerbes“ ab, während in § 14 BGB eindeutig auch die freien Berufe einbezogen werden. § 14 BGB erfasst somit alle Formen von Dienstleistungen, ohne dass irgendwelche Bereichsausnahmen bestünden.

Anders als in § 13 BGB werden beim Unternehmerbegriff ausdrücklich juristische Personen einbezogen. Das Gemeinschaftsrecht kennt keine Definition der „juristischen Person“, sondern geht offensichtlich davon aus, dass es sich um einen im Recht der Mitgliedstaaten bereits geklärten Begriff handelt. Bei der Auslegung von § 14 BGB kommt es jedoch nicht auf eine Abgrenzung zwischen juristischen Personen und anderen, nicht rechtsfähigen Personengesellschaften und -gemeinschaften an, da der Unternehmerbegriff unabhängig von der Rechtsform ist, in der agiert wird. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob z. B. die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – als teilrechtsfähige Personengesellschaft über § 14 Abs. 2 BGB oder als Zusammenschluss natürlicher Personen unter den Unternehmerbegriff fällt. Gleiches gilt für die vorstehend bei § 13 BGB erwähnten weiteren Personengemeinschaften.

Im Gemeinschaftsrecht unbekannt ist die Differenzierung zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts und solchen des Privatrechts. Solange keine gegenteilige Entscheidung des EuGH vorliegt, ist davon auszugehen, dass auch juristische Personen des öffentlichen Rechts dann unter den Unternehmerbegriff fallen, wenn sie eine gewerbliche Tätigkeit ausführen.<sup>18</sup> Dies ist insofern sachgerecht, als es für die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers keinen Unterschied macht, ob ihm als Vertragspartner eine juristische Person des öffentlichen Rechts in Form der Gemeinde oder eine solche des Privatrechts in Form des städtischen, in der Rechtsform einer GmbH organisierten Bauträgers gegenübersteht. Eine andere Auffassung birgt die Gefahr der „Flucht in das öffentliche Recht“ durch die staatlichen Rechtsträger.

#### b) Funktionaler Anwendungsbereich

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 14 BGB ist eine gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit. Eine Definition, was unter „Gewerbe“ zu verstehen ist, gibt das BGB nicht. Der Begriff „Gewerbe“ findet sich in den unterschiedlichsten Einzelgesetzen, z. B. in § 1 GewO, § 15 EStG, § 2 GewStG sowie in UWG, ZPO und StGB. Eine Definition des Begriffs „Handelsgewerbe“ gibt § 1 Abs. 2 HGB. Inwieweit ein Rückgriff auf diese Begriffe zur Auslegung von § 14 BGB möglich ist, richtet sich danach, welche Zielsetzung die jeweiligen Gesetze verfolgen.

Im Steuerrecht, wo Voraussetzung für das Vorliegen gewerblicher Einkünfte das Vorliegen von Gewinnerzielungsabsicht ist, geht es um die fiskalische Erfassung von Einkünften und um deren Besteuerung. Die Gewerbeordnung hingegen regelt die organisatorische Erfassung und Genehmigungsbedürftigkeit bestimmter Tätigkeiten im Rahmen des öffentlichen Rechts zum Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs. Das Handelsrecht als Sonderprivatrecht für Kaufleute wiederum

<sup>18</sup> So auch BGH, MittBayNot 2003, 161 mit Anm. Grziwotz.

hat als Zielsetzung die Ergänzung der Vorschriften des BGB zur Vereinfachung und Beschleunigung des Handelsverkehrs. Vergleicht man die vorstehenden Zielrichtungen der einzelnen Gesetze, so erscheint im Rahmen von § 14 BGB, dessen Hintergrund der Verbraucherschutz im Bereich des Privatrechts ist, allenfalls ein Rückgriff auf das HGB denkbar. Bei beidem handelt es sich um Privatrecht. Regelt das HGB Sondervorschriften für Kaufleute, so erscheint es sachgerecht, denjenigen, die diese Sonderregeln in Anspruch nehmen, im Gegenzug dazu die strengeren Kriterien des Verbraucherschutzrechts aufzuerlegen.

Nach ständiger Rechtsprechung und Lehre liegt ein Handelsgewerbe i. S. d. § 1 Abs. 2 HGB vor bei einer (1) erkennbar auf Dauer angelegten, (2) selbstständigen, (3) auf Gewinnerzielung ausgerichteten oder jedenfalls wirtschaftlichen Tätigkeit am Markt (4) unter Ausschluss freiberuflicher, wissenschaftlicher und künstlerischer Tätigkeit.<sup>19</sup> Nachdem § 14 BGB auch die selbstständige berufliche Tätigkeit mit einschließt, ist die Anwendbarkeit des letzten Kriteriums auf den Unternehmerbegriff des BGB ausgeschlossen.

#### – „erkennbar auf Dauer angelegt“

Eine auf Dauer angelegte Tätigkeit setzt ein planvolles, mit organisatorischem Mindestaufwand betriebenes Tätigwerden voraus. Unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des § 14 BGB, wo das Vorliegen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichts notwendig ist, sind an dieses Merkmal geringere Anforderungen zu stellen. Es reicht bereits eine partielle gewerbliche Tätigkeit mit gewissem zeitlichem und organisatorischem Aufwand. Bei der Verwaltung eigenen Vermögens, welche auch in der Vermietung oder im Weiterverkauf von Grundbesitz Ausdruck finden kann, ist dies nur dann der Fall, wenn ein bestimmtes Maß überschritten ist. Ein Rückgriff auf die Voraussetzungen für das Vorliegen gewerblichen Grundstückshandels im Rahmen des § 15 EStG (Verkauf von mehr als drei Objekten innerhalb von fünf Jahren, wobei zwischen Kauf bzw. Errichtung und Verkauf des jeweiligen Objekts nicht mehr als fünf Jahre liegen dürfen; sog. „Drei-Objekt-Grenze“) erscheint angesichts der unterschiedlichen Zielsetzung von Steuerrecht und Verbraucherschutzrecht zu weitgehend. So dürfte der erforderliche Zeitaufwand für den Verkauf von drei Objekten innerhalb von fünf Jahren nicht grundsätzlich erheblich sein, insbesondere wenn – was ebenfalls für das Vorliegen gewerblichen Grundstückshandels reicht – dem Verkauf von drei Eigentumswohnungen die Aufteilung eines Objekts in Wohnungseigentum vorangeht. Somit kann aus der Tatsache, dass nach steuerrechtlichen Gesichtspunkten gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, nicht ohne weiteres auf die Unternehmereigenschaft nach § 14 BGB geschlossen werden. Dies kann allenfalls ein Anhaltspunkt sein, der weiterer Prüfung bedarf.

Nicht abschließend geklärt ist, ob die Unternehmereigenschaft „berufsbezogen“ zu sehen ist, d. h. ob nur derjenige als Unternehmer anzusehen ist, der auch in seinem Berufsfeld tätig ist. Der Wortlaut der Vorschrift („ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit“) spricht bereits dafür, dass nur berufsspezifische Tätigkeiten die Unternehmereigenschaft begründen. Zudem ist auch hier – ebenso wie bei der Definition des Verbraucherbegriffs – auf die sog. strukturelle Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer abzustellen. Diese setzt jedoch voraus, dass der Unternehmer aufgrund seiner Erfahrung dem Verbraucher überlegen ist, was nur der Fall ist, wenn der Unternehmer in einem ihm bekannten Tätigkeitsfeld handelt. Ein Unterneh-

mer, der außerhalb seines Berufsfeldes handelt, ist somit nicht als Unternehmer nach § 14 BGB zu behandeln.<sup>20</sup>

#### – „selbstständig“

Voraussetzung für das Vorliegen der Unternehmereigenschaft ist die autonome Tätigkeit. Wer unselbstständig handelt, kann nach dem handelsrechtlichen Begriff kein Handelsgewerbe betreiben. Diese Voraussetzung ist auch auf den zivilrechtlichen Unternehmerbegriff aufgrund dessen eindeutigen Wortlauts („selbstständige berufliche Tätigkeit“) übertragbar. Diese Begriffe sind nur deswegen in § 14 BGB enthalten, um die freien Berufe, die historisch bedingt nicht unter den Gewerbebegriff fallen, einzubeziehen. Daraus lässt sich entnehmen, dass auch die gewerbliche Tätigkeit Selbstständigkeit erfordert. Eine Einbeziehung der unselbstständig Tätigen in den Unternehmerbegriff wird auch von der Zielsetzung des Verbraucherschutzrechts nicht gefordert, da Verträge, in denen ein Arbeitnehmer als Unternehmer einem Verbraucher gegenüber tritt, kaum denkbar sind.

#### – „mit Gewinnerzielungsabsicht oder wirtschaftliche Tätigkeit am Markt“

Im Handelsrecht ist eine Tendenz zu erkennen, nach der vom Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht als Erfordernis für ein Handelsgewerbe entgegen der ständigen Rechtsprechung des BGH<sup>21</sup> abgerückt wird. Grund dafür ist, dass damit vor allem öffentliche Unternehmen und sog. Abschreibungsgesellschaften ohne nachvollziehbaren Grund aus dem Gewerbebegriff herausfielen. So reicht allein die wirtschaftliche Tätigkeit am Markt, die in der Regel bei Entgeltlichkeit vorliegt. Dies genügt auch dem Schutzzweck des Verbraucherschutzes, denn nur wer für eine Leistung finanziellen Aufwand zu erbringen hat, benötigt zusätzlichen Schutz durch das Gesetz.

Ungeklärt ist nach wie vor, wann beim – in der notariellen Tätigkeit häufigen – Handeln von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere bei Gemeinden, gewerbliche Tätigkeit vorliegt. Wie vorstehend aufgezeigt, fallen juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich in den persönlichen Anwendungsbereich des § 14 BGB. Nach den allgemeinen Grundsätzen sind juristische Personen des öffentlichen Rechts immer dann Unternehmer, wenn planmäßiges Handeln am Markt<sup>22</sup> vorliegt. Gemeinden fallen somit unter den Unternehmerbegriff, wenn sie eine Tätigkeit ausüben, die nicht rein öffentlich-rechtlich motiviert ist, sondern auch von anderen Rechtssubjekten so durchgeführt werden könnte.<sup>23</sup>

Auch beim Unternehmerbegriff kommt es auf den Zeitpunkt des Auftretens selbst an. Dies ergibt sich vor allem aus der Formulierung „in Ausübung“. Spätere Entwicklungen sind unerheblich, da es zum Schutz des Vertragspartners nicht auf Tatsachen ankommen kann, die nach Abschluss des Rechtsgeschäfts entstehen.

## 4. Sachlicher Anwendungsbereich von §§ 13 und 14 BGB

§ 13 BGB wurde, ebenso wie § 14 BGB, im Bürgerlichen Gesetzbuch in das erste Buch „Allgemeiner Teil“ und darin in den ersten Abschnitt „Personen“ integriert. Innerhalb dieses Ab-

<sup>20</sup> Etwa der Notar, der seinen im Betriebsvermögen befindlichen Pkw verkauft.

<sup>21</sup> Nachw. bei *Baumbach/Hopt*, § 1 Rdnr. 15.

<sup>22</sup> Vgl. *Pützhofer*, NotBZ 2002, 273, 276.

<sup>23</sup> So fällt wohl der reine Straßengrunderwerb nicht darunter, hingegen der Baulandverkauf schon; vgl. Gutachten des DNotI Nr. 11246 vom 23.1.2002.

<sup>19</sup> *Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Aufl., § 1 Rdnr. 12.

schnitts stehen die Vorschriften im ersten Titel „Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer“. Aus der Tatsache, dass sich die Vorschriften im Allgemeinen Teil des BGB befinden, kann geschlossen werden, dass an der Anwendung auf im BGB geregelte Rechtsgeschäfte kein Zweifel besteht. Dies gilt vor allem für die im Rahmen der Schuldrechtsreform in das BGB eingegliederten Sondergesetze zum Verbraucherschutz. Dabei gelten die §§ 13 und 14 BGB vor allem für die im zweiten Buch „Recht der Schuldverhältnisse“ geregelten zweiseitigen Rechtsverhältnisse, aber auch für alle einseitigen und mehrseitigen Rechtsgeschäfte. Ein Rückgriff auf § 13 BGB ist immer dann möglich, wenn in anderen Vorschriften des BGB von „Verbraucher“ bzw. „Unternehmer“ die Rede ist.

Eine Übertragung der vorgenannten Grundsätze auf andere verbraucherschützende Regelungen, in denen der Begriff „Verbraucher“ nicht erwähnt wird, wie z. B. im Reisevertragsrecht, kommt nicht ohne weiteres in Betracht. Im Wege der teleologischen Auslegung, bei der der Verbraucherschutz eine entscheidende Rolle spielt, wird man jedoch in der Regel zum selben Ergebnis kommen.

Was im Gegenzug Regelungen außerhalb des BGB betrifft, die die Terminologie „Verbraucher“ verwenden, so kann auch in diesem Fall eine Anwendbarkeit der Kriterien des § 13 BGB – ebenso wie bei § 14 BGB – nur im Wege der Auslegung erfolgen. Eine Anwendbarkeit wird immer dann anzunehmen sein, wenn Zwecke des Verbraucherschutzes verfolgt werden und somit Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften eine situative Schutzbedürftigkeit einer Vertragspartei ist.

Dieses Problem wird nachfolgend genauer hinsichtlich der Anwendbarkeit auf § 17 Abs. 2 a BeurkG erörtert.<sup>24</sup> Nach dem Wortlaut ist diese Vorschrift auf sog. „Verbraucherverträge“ anwendbar. Eine Legaldefinition dieses Begriffs findet

sich in § 310 Abs. 3 BGB, nach der ein Verbrauchervertrag ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher ist. Auf die konkrete Rolle des Einzelnen im Vertragsverhältnis kommt es ausdrücklich nicht an. So ist es z. B. nicht notwendig, dass der Verbraucher – wie im Regelfall – Käufer ist und der Unternehmer Verkäufer. Vielmehr ist auch ein Kaufvertrag, bei dem der Bauträger als Unternehmer ein Grundstück von einem Privatmann, dem Verbraucher, kauft, ein Verbrauchervertrag.

Ob die vorstehenden Auslegungskriterien ohne weiteres auf § 17 Abs. 2 a BeurkG übertragen werden können, richtet sich nach dem Zweck dieser Vorschrift. Nach der Gesetzesbegründung<sup>25</sup> soll § 17 Abs. 2 a BeurkG die Aufklärung des Verbrauchers insbesondere bei Grundstücksgeschäften sicherstellen und ihn damit u. a. vor einem übereilten Vertragsabschluss schützen. Daraus ergeben sich Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber von einer strukturellen Unterlegenheit des Verbrauchers vor allem dann ausgeht, wenn auf der anderen Seite ein erfahrener Unternehmer steht. Das Ziel des § 17 Abs. 2 a BeurkG ist somit der Schutz des Verbrauchers, so dass die Begriffe des Verbrauchers sowie des Unternehmers in §§ 13 und 14 BGB, die gleichfalls dem Verbraucherschutz entspringen, auch auf die Neuregelung im BeurkG anwendbar sind.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Auslegung der Begriffe Verbraucher und Unternehmer in §§ 13 und 14 BGB höchststrichterlich noch weitgehend ungeklärt ist. In Zukunft wird diesbezüglich wegen der europarechtlichen Grundlagen des Verbraucherschutzes vor allem die Rechtsprechung des EuGH zu beachten sein. Einer autonomen Auslegung durch die Gerichte der Mitgliedstaaten sind dadurch Grenzen gesetzt. Außerdem ist abzusehen, dass der Gesetzgeber, und zwar sowohl der europäische als auch der nationale, den Verbraucherschutz weiter ausweiten und damit voraussichtlich zu einer weiteren Klärung der Begriffe beitragen wird.

<sup>24</sup> Zur Neuregelung des § 17 Abs. 2 a BeurkG vgl. insbes. *Bohrer*, DNotZ 2002, 579; *Hertel*, ZNotP 2002, 286; *Rieger*, MittBayNot 2002, 325; *Solveen*, RNotZ 2002, 218; *Sorge*, DNotZ 2002, 593.

<sup>25</sup> BT-Drs. 14/9266, S. 50 ff.

## Die Fremdenverkehrsdienstbarkeit in der notariellen Praxis – zugleich ein kurzer Beitrag zur Dienstbarkeitsdogmatik –

Von Notarassessor *Thomas Kristic*, Garmisch-Partenkirchen

### I. Allgemeines

Dienstbarkeiten zugunsten von öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern spielen im Rechtsalltag eine große Rolle. Zwar können Unterlassungspflichten in den meisten Bundesländern auch durch Baulasten abgesichert werden.<sup>1</sup> Doch sichern Baulasten nur baurechtliche Verpflichtungen ab, die sich nicht schon aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben. So bleiben genügend Fälle, in denen keine Baulast zur Verfügung steht<sup>2</sup> oder die Dienstbarkeit vorzugswürdig erscheint, zumal die Baulast keine zivilrechtlichen Rechte und Pflichten begründet,<sup>3</sup> diese für viele öffentlich-rechtliche Rechtsträger aber gerade wegen ihrer besseren Durchsetzbarkeit interessant sind.

Die so genannte Fremdenverkehrsdienstbarkeit ist eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gem. § 1090 Abs. 1 BGB. Sie wird in vom Fremdenverkehr geprägten Gebieten bestellt, in denen der jeweilige Bauplanungsträger nach § 22 Abs. 1 BauGB durch Satzung die Aufteilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz von einer Genehmigung abhängig gemacht hat. § 22 BauGB soll das betroffene Gebiet für den Fremdenverkehr schützen, da die Begründung von Wohnungseigentum hier erfahrungsgemäß zu Zweitwohnungsnutzung mit den damit verbundenen negativen städtebaulichen Folgen führt („Rölladensiedlungen“).<sup>4</sup> Die Bestellung der Fremdenverkehrsdienstbarkeit wird daher regelmäßig zur Voraussetzung der Genehmigung oder des gemeindlichen Einvernehmens für die Teilung nach dem WEG gemacht. Bei der Fremdenverkehrsdienstbarkeit handelt es sich somit um eine Förderung öffentlich-rechtlicher (hier: bauplanungsrechtlicher) Zwecke durch privatrechtliche Mittel.

<sup>1</sup> Baulastverzeichnisse bestehen in allen Bundesländern mit Ausnahme von Bayern und Brandenburg; vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 3196.

<sup>2</sup> So für die Fremdenverkehrsdienstbarkeit ausdrücklich *Grziwotz*, MittBayNot 1994, 168.

<sup>3</sup> BGH, NJW 1984, 124; 1985, 1952.

<sup>4</sup> BVerwG, DVBl 1996, 56; kritisch dazu *Schmidt*, MittBayNot 1996, 179.

Der von der Rechtsprechung für zulässig erachtete Inhalt dieser Dienstbarkeit besteht üblicherweise in einer Nutzungsbeschränkung des Eigentums dahingehend, das Objekt nicht länger als einen bestimmten kurz bemessenen Zeitraum im Jahr selbst zu bewohnen oder durch ein und denselben Dritten bewohnen zu lassen und es nicht zu anderen beruflichen oder gewerblichen Zwecken als denen eines fremdenverkehrsgewerblichen Beherbergungsbetriebs mit ständig wechselnder Belegung zu nutzen.<sup>5</sup> In der Praxis wird von diesen Beschränkungen oft die Nutzung des betroffenen Objekts als Hauptwohnsitz ausgenommen, wenn es den Gemeinden nicht primär um die Förderung des Fremdenverkehrs geht, sondern um die Vermeidung einer Zweitwohnungsbildung. Fraglich ist, ob das Unterlassen einer anderen wohnlichen Nutzung als zum Zwecke eines Hauptwohnsitzes Inhalt einer Dienstbarkeit sein kann. Die Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht direkt dazu geäußert.<sup>6</sup> Flankierend werden oft noch Vertragsstrafen und Belegungsrechte vereinbart, die teilweise auch dinglich abgesichert werden.

Eine Fremdenverkehrsdienstbarkeit, bei der lediglich die Nutzung des Objekts zu Zwecken eines fremdenverkehrsgewerblichen Beherbergungsbetriebs und zur je kurzfristigen Eigen- oder Fremdnutzung erlaubt ist, könnte folgendermaßen lauten:<sup>7</sup>

Der Eigentümer des Grundstücks FlNr. ... der Gemarkung ... bewilligt und beantragt hiermit an seinem Grundstück zugunsten der Gemeinde ... folgende Nutzungsbeschränkung als beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur Eintragung in das Grundbuch:

1. Dem Eigentümer des Grundstücks ist es untersagt, das Grundstück und die auf ihm befindlichen Gebäude (nach erfolgter Aufteilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz die einzelnen Sondereigentumseinheiten) über einen längeren Zeitraum als ... Wochen im Jahr selbst zu bewohnen oder durch ein und denselben Dritten bewohnen zu lassen. Der unmittelbare Besitz an dem Grundstück (nach erfolgter Aufteilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz an den einzelnen Sondereigentumseinheiten) darf somit durch ein und dieselbe Person nicht länger als ... Wochen im Jahr ausgeübt werden. Nach Aufteilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz wird das Bewohnen von verschiedenen Sondereigentumseinheiten zusammengezählt und darf insgesamt die oben beschriebene Zeitspanne nicht überschreiten.<sup>8</sup>
2. Dem Eigentümer des Grundstücks ist es untersagt, das Grundstück und die auf ihm befindlichen Gebäude (nach erfolgter Aufteilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz die einzelnen Sondereigentumseinheiten) zu anderen beruflichen oder gewerblichen Zwecken als denen eines fremdenverkehrsgewerblichen Beherbergungsbetriebs mit ständig wechselnder Belegung zu nutzen.

Eine Fremdenverkehrsdienstbarkeit, bei der lediglich die Nutzung des Objekts zu Zwecken eines fremdenverkehrsgewerblichen Beherbergungsbetriebs und als Hauptwohnsitz erlaubt

ist, könnte in Abwandlung des obigen Beispiels in Punkt 1 folgendermaßen lauten:<sup>9</sup>

1. Dem Eigentümer des Grundstücks ist es untersagt, das Grundstück und die auf ihm befindlichen Gebäude (nach erfolgter Aufteilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz die einzelnen Sondereigentumseinheiten) selbst anders als in der Form einer Hauptwohnung zu bewohnen oder durch einen Dritten bewohnen zu lassen.

## II. Sachenrechtliche Zulässigkeit der Fremdenverkehrsdienstbarkeit

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann nach § 1090 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1018 BGB wie eine Grunddienstbarkeit die aus dem Eigentum fließenden Befugnisse (§§ 903 ff. BGB) in dreifacher Weise beschränken: Zum einen kann die Befugnis eingeräumt werden, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen (§ 1018 1. Alt. BGB); weiter kann das Recht eingeräumt werden, zu verlangen, dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden (§ 1018 2. Alt. BGB), oder dass die Ausübung eines Rechtes, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück ergibt, gegenüber dem Berechtigten ausgeschlossen ist (§ 1018 3. Alt. BGB). Im Unterschied zur Grunddienstbarkeit kann Berechtigter nur eine bestimmte natürliche oder juristische Person sein.

Ein Vorteil für die Benutzung eines anderen Grundstücks muss nicht gegeben sein (§ 1019 BGB). Es genügt ein eigenes oder zu förderndes fremdes, schutzwürdiges, wirtschaftliches oder ideelles Interesse des Berechtigten.<sup>10</sup> Der Hauptinhalt einer persönlichen Dienstbarkeit kann, wie bei der Grunddienstbarkeit, nur ein Dulden oder Unterlassen des Eigentümers des belasteten Grundstücks sein, nicht aber eine Verpflichtung zu aktivem Handeln. Dabei ist dem Eigentümer im Falle der Unterlassungsdienstbarkeit die Benutzung des Grundstücks in bestimmten einzelnen Beziehungen verwehrt, wobei ihm wenigstens eine Verwertungsmöglichkeit verbleiben muss.<sup>11</sup>

Von den möglichen Alternativen kommt für die Fremdenverkehrsdienstbarkeit nur die Nichtvornahme gewisser Handlungen auf dem belasteten Grundstück in Betracht. Bei einer solchen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 1018 2. Alt. BGB ist zu beachten, dass diese eine Beschränkung der tatsächlichen Herrschaftsmacht des Eigentümers und nicht nur der rechtlichen Verfügungsmacht beinhalten muss.<sup>12</sup>

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob die Fremdenverkehrsdienstbarkeit mit dem oben unter I skizzierten Inhalt diesen Erfordernissen genügt.

### 1. Beschränkung der tatsächlichen Herrschaftsmacht

Wenn nach § 1018 2. Alt. BGB auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, so ist damit nach h. M. eine Beschränkung der tatsächlichen Herrschaftsmacht des Eigentümers gemeint. Handlungen in diesem Sinn sind Maßnahmen, die dem Grundstückseigentümer an sich erlaubt sind, soweit er nach § 903 BGB mit dem Grundstück, soweit Gesetz oder Rechte Dritter nicht entgegenstehen, beliebig verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschlie-

<sup>5</sup> Formulierung aus dem Beschluss des BayObLG, DNotZ 1986, 228 = MittBayNot 1985, 123 mit Anm. Ertl.

<sup>6</sup> Es wurde lediglich entschieden, dass das Gebot, ein Grundstück nicht zu Wohnzwecken zu nutzen, Inhalt einer Dienstbarkeit sein kann; vgl. OLG Stuttgart, MDR 1956, 679.

<sup>7</sup> Angelehnt an den Beschluss des BayObLG (Fn. 5) und Formulierungen von Ertl, MittBayNot 1985, 177 sowie Grziwotz, Baulanderschließung, S. 136.

<sup>8</sup> Dieser Satz soll die Probleme aus BayObLG, MittBayNot 1989, 273 vermeiden helfen.

<sup>9</sup> Es sei hiermit nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich die Rechtsprechung über die Zulässigkeit eines solchen Inhalts soweit ersichtlich noch nicht geäußert hat.

<sup>10</sup> BGHZ 41, 209; BayObLGZ 1965, 180.

<sup>11</sup> BayObLGZ 1980, 232; an diesem Kriterium zweifelnd BayObLG, NJW-RR 1988, 594 und NJW-RR 1990, 208.

<sup>12</sup> BayObLG, DNotZ 1990, 506.

Ben kann. Die vom Grundstückseigentümer übernommene Unterlassungspflicht darf daher nicht lediglich eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit enthalten, da nur das Eigentumsrecht am Grundstück, nicht aber die persönliche Freiheit des Eigentümers durch die Dienstbarkeit eingeschränkt werden soll.<sup>13</sup>

Somit muss sich das Verbot auf die Benutzung des Grundstücks in tatsächlicher Hinsicht auswirken, also eine Verschiedenheit der Benutzungsart zur Folge haben.<sup>14</sup> Der rechtliche Bezug zum Grundstück muss sich manifestieren, da sonst eine Entscheidung, wo das Eigentumsrecht und wo die persönliche Freiheit betroffen ist, nicht möglich wäre. Dies bedeutet zwar nicht, dass sich das Grundstück selbst in seinem sachlichen Bestand ändern muss; erforderlich ist aber, dass die Vornahme der zu unterlassenden Handlungen eine andere Benutzung darstellen würde als die zulässigen Handlungen. Eine unzulässige Einschränkung der Verfügungsfreiheit liegt grundsätzlich auch dann vor, wenn auf die Person des Benutzers abgestellt wird, da allein durch eine personenbezogene Differenzierung in aller Regel noch kein Unterschied in der tatsächlichen Nutzung entsteht.<sup>15</sup>

Im Grundsatz ist der h. M. zuzustimmen. Der Wortlaut des § 1018 BGB („auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen“) stellt einen klaren Bezug zum Grundstück her. Auch stellt sich eine dingliche Belastung schon wesensmäßig lediglich als Belastung des betroffenen Gegenstandes (hier des Grundstücks) dar und vermag nicht darüber hinausgehend quasi-obligatorische Rechtspositionen zu vermitteln.<sup>16</sup> Jedoch ist das ergänzende Kriterium, dass ein Unterschied in der tatsächlichen Nutzung vorliegen muss, für sich genommen zu konturlos und somit ergänzungsbedürftig. Zu konturlos deshalb, weil fast immer, wenn die Dienstbarkeit ein Unterlassen fordert, eine irgendwie geartete Änderung der tatsächlichen Nutzung eintreten wird, ohne dass damit ein wesentlicher Bezug zu den Eigentümerrechten bestehen muss.

Demgemäß wird von der Rechtsprechung gefordert, dass sich die Dienstbarkeit unmittelbar auf die tatsächliche Nutzung auswirken muss.<sup>17</sup> Jedoch hilft dieses Unmittelbarkeitserfordernis auch nicht weiter, da dadurch lediglich eine Kausalität beschrieben wird, die zur Abgrenzung ungeeignet ist: Die Dienstbarkeit ist für sich genommen nicht kausal, sondern bedarf der Umsetzung durch den Verpflichteten; diese Umsetzungsvorgänge sind aber i. d. R. vielschichtig.

Außerdem zwingt das Unmittelbarkeitserfordernis dazu, einen Vergleich zwischen der Nutzung vor und nach der Bestellung der Dienstbarkeit anzustellen.<sup>18</sup> Dies ist insoweit problematisch, als es keinen Idealtypus der Nutzung eines Grundstücks gibt, da niemand verpflichtet ist, sein Eigentum in einer bestimmten Art und Weise zu nutzen. Auch auf die konkrete Nutzung kann man nicht abstellen, da sich diese jederzeit ändern kann und weiter im Grundbuchverfahren Probleme auftreten würden: Man müsste die tatsächliche Benutzung ken-

nen, um festzustellen, ob eine Änderung eintritt. Würde man dies in letzter Konsequenz umsetzen, so müsste man die Eintragung einer Dienstbarkeit ablehnen, wenn durch diese etwas verboten wird, was in der tatsächlichen Ausübung ohnehin unterlassen wird.

Die Frage, ob eine Änderung der tatsächlichen Nutzung vorliegt, ist daher keine Frage nach der Kausalität, sondern nach der Qualität der Handlung. Da der Adressat einer Dienstbarkeit immer ein Mensch ist, greift eine rein empirische Betrachtungsweise zu kurz. Sie trägt der Qualität menschlicher Handlungsweisen nicht Rechnung. Die innere Einstellung des Handelnden zu seiner Handlung bleibt unberücksichtigt.

Ob eine andere tatsächliche Nutzung vorliegt, ist somit eine Wertungsfrage. Konkret ist zu fragen, ob den trotz Dienstbarkeit noch verbleibenden Handlungsmöglichkeiten positiv eine eigene Nutzungsqualität zukommt. Damit dieses Kriterium nicht selber der Vorwurf der Konturlosigkeit trifft, ist diese Wertung anhand einer typisierten objektivierten Verkehrsanschauung durchzuführen.<sup>19</sup> Dabei kann auf Fallgruppen zurückgegriffen werden, die in anderen Rechtsgebieten bereits gebildet wurden, etwa auf die Differenzierungen im Gewerbe-recht. Letztlich ist hier, soweit der Bezug zum Grundstück gewahrt bleibt, eine gewisse Großzügigkeit angebracht, wie sie de facto schon in der Rechtsprechung angewendet wird. Denn es geht nicht darum, sachenrechtliche Hürden aufzubauen, sondern die Verfügungsfreiheit des Eigentümers zu schützen.

Die zwei unter I vorgestellten Dienstbarkeiten<sup>20</sup> werden diesen Kriterien gerecht. So führt die Verpflichtung, das belastete Grundstück nicht länger als einen bestimmten kurz bemessenen Zeitraum selbst zu bewohnen oder durch einen Dritten bewohnen zu lassen, zu einer grundstücksbezogenen tatsächlichen Änderung der Nutzung. Dabei ist nicht auf empirisch schwer festzumachende Benutzungsfrequenzen und Belegdauern im Vergleich zu einem gedachten Maßstab abzustellen. (Welcher wäre das? Es gibt keine Verpflichtung, das Objekt in einer bestimmten Art und Weise zu nutzen.) Vielmehr ist zu fragen, ob dieser Art der Nutzung eine eigene typische Qualität zukommt. Dies ist der Fall, da es nach der Verkehrsanschauung durchaus einen Unterschied macht, ob das Objekt beliebig bewohnt werden darf oder ob auf das Jahr gerechnet das Objekt durch ein und dieselbe Person nur für einen begrenzten Zeitraum bewohnt werden darf.<sup>21</sup>

Genauso verhält es sich mit der Verpflichtung, die Nutzung zu bestimmten beruflichen oder gewerblichen Zwecken zu unterlassen. Hier ist mit der Verkehrsanschauung ohne weiteres zwischen den verschiedenen Gewerbearten zu unterscheiden, wie dies von der Rechtsprechung schon lange anerkannt ist.<sup>22</sup>

Die Verpflichtung, andere Nutzungen als den Gebrauch als Hauptwohnung zu unterlassen, stellt ebenfalls eine Änderung der tatsächlichen Nutzung dar: Als Handlungsmöglichkeit bleibt nur noch, die Wohnung als Hauptwohnung zu nutzen.

Dieser Nutzung als Hauptwohnung kann positiv eine eigene Nutzungsqualität zugeschrieben werden: Zum einen kommt dem Begriff der Hauptwohnung ein im allgemeinen Sprachgebrauch fest definierter Gehalt zu, der sich dadurch auszeichnet, dass der Bewohner dort seinen allgemeinen Lebensmittelpunkt hat, also in einem bestimmten innerlichen und äußerlichen Kontext zu dieser Lokalität steht. So werden dort

<sup>13</sup> BGHZ 29, 244; BGH, NJW 1981, 343; BayObLG, MittBayNot 1980, 14; BayObLG, MittBayNot 1985, 194.

<sup>14</sup> BGHZ 29, 244; BGH, NJW 1962, 486; BayObLG (Fn. 5).

<sup>15</sup> *Staudinger*, 12. Aufl., § 1018 Rdnr. 48. Es sind wohl auch Konstellationen denkbar, in denen die Nutzung eine andere Qualität bekommt.

<sup>16</sup> In diesem Zusammenhang sei an die klare Unterscheidung von causa und dinglichem Recht durch den BGH in seiner Rechtsprechung zu den Sicherungsdienstbarkeiten hingewiesen; vgl. nur BGH, NJW-RR, 1989, 519.

<sup>17</sup> Grundlegend BGHZ 29, 244, 251.

<sup>18</sup> Diesen Vergleich stellt BayObLG, MittBayNot 1989, 273, 275 an, wo als Vergleichsmaßstab eine dauernde Bewohnung genommen wird, ohne sich aber dazu zu äußern, warum zu vergleichen ist.

<sup>19</sup> Ein in Rechtsprechung, Lehre und Gesetzgebung gängiges Verfahren.

<sup>20</sup> Es handelt sich jeweils um eine einheitliche Dienstbarkeit; vgl. nur BGHZ 29, 244.

<sup>21</sup> Von BayObLG, NJW 1985, 2485 ohne Problematisierung anerkannt.

<sup>22</sup> BGHZ 35, 378; BGH, MittBayNot 1983, 224; BayObLG, MittBayNot 1986, 231.

typischerweise die größten familiären und sonstigen persönlichen Bindungen sein. In aller Regel wird man dort den Großteil seiner Zeit verbringen, seine persönlichen Gegenstände verwahren und mit seinem Hauptwohnsitz im melderechtlichen Sinne erfasst sein. Weiter ist der Begriff der Hauptwohnung, wenn auch inhaltlich nicht immer und notwendig deckungsgleich, ein auch in anderen Rechtsbereichen anzutreffender Begriff. So wird im Meldewesen, Steuerrecht und IPR an dieses Merkmal angeknüpft. Es ist nicht einzusehen, warum dieser Begriff nicht auch im Sachenrecht einen ausreichend typisierten Inhalt haben soll.

## 2. Hauptinhalt nur ein Unterlassen

Weiter darf mit einer Dienstbarkeit nicht ein Tun anstelle eines Unterlassens gefordert werden. Dieses Kriterium ergibt sich e contrario aus dem Wortlaut des § 1018 BGB. Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen ist dabei begrifflich nicht eindeutig vorzunehmen, da mit jeder Verpflichtung, etwas zu unterlassen, spiegelbildlich die Verpflichtung einhergeht, eben nicht dies, sondern etwas anderes oder gar nichts zu tun, der Handlungsspielraum des Betroffenen also eingeschränkt wird.

Grob betrachtet gibt es für die Abgrenzung zwei Modelle, die im Kern den gleichen Ansatz haben, nämlich die nach der Belastung durch die Dienstbarkeit verbleibenden Handlungsalternativen zu untersuchen. Das eine Modell stellt darauf ab, dass im Fall des Zusammentreffens von praktischen Notwendigkeiten und begrenzten rechtlichen Handlungsmöglichkeiten faktisch ein Zwang besteht, die verbleibende rechtliche Handlungsmöglichkeit auch praktisch durchzuführen.<sup>23</sup> Das andere Modell untersucht die dem Eigentümer insgesamt verbleibenden Handlungsmöglichkeiten und wertet, ob dem Eigentümer noch eine „sinnvolle“ Nutzung des belasteten Objekts möglich ist.<sup>24</sup>

M. E. ist das zweite Modell fruchtbarer, da das erste nicht dem Umstand Rechnung trägt, dass die Dienstbarkeit abstrakt und zu trennen ist, und zwar sowohl von tatsächlichen als auch von rechtlichen Gegebenheiten, die mittelbar und faktisch zu einem Tun zwingen. Weiter würden im Grundbuchverfahren unlösbare Probleme auftreten, da in einer Gesamtschau jeweils festzustellen wäre, ob nicht mittelbar faktisch eine Handlungspflicht besteht.<sup>25</sup>

Aus diesem Grunde ist aber der zweite Ansatz dahingehend zu modifizieren, dass auch rein theoretisch noch verbleibende Nutzungsmöglichkeiten ausreichen, um eine Pflicht zum Handeln zu verneinen. Grundgedanke dabei muss immer sein, dass nicht mehr verlangt werden kann, als dass die Dienstbarkeit selber keine unmittelbare Handlungspflicht aufzwingt. Dies ist jedoch erst dann der Fall, wenn klar ist, dass keine andere Handlungsmöglichkeit besteht.

So kommt es für die Abgrenzung im Ergebnis auch nicht entscheidend auf die Formulierung an. Im Rahmen der kautelarjuristischen Tätigkeit sollte man sich aber dennoch bemühen, das Gewollte in die entsprechende sprachliche Form zu gießen, also eine passive Formulierung wählen.

Für die unter I vorgestellten Dienstbarkeiten fällt auf diesem Gebiet die Antwort deutlich aus. Primär wird vom Eigentümer verlangt, bestimmte Handlungsweisen zu unterlassen, wobei daneben noch genügend andere Handlungsweisen übrig bleiben, die auch ins Gewicht fallen. Die Fremdenverkehrsdienstbarkeit lässt sich diesbezüglich gleichstellen mit

den von der Rechtsprechung für zulässig erachteten Dienstbarkeiten des Inhalts, dass auf dem belasteten Grundstück kein Gewerbebetrieb eingerichtet<sup>26</sup> oder eine bestimmte Art des Gewerbes nicht ausgeübt werden darf<sup>27</sup>.

## 3. Bestimmtheitsgrundsatz

Für jede Dienstbarkeit gilt der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz. Für inhaltlich nicht abschließend bestimmte Rechte wie die Dienstbarkeit folgt daraus, dass sie inhaltlich so bestimmt abgefasst sein muss, dass jeder Dritte zumindest aus der Eintragungsbewilligung (§ 874 BGB) den Umfang des Rechts bestimmen kann. Eine inhaltlich unbestimmte Dienstbarkeit ist unwirksam und kann nicht ins Grundbuch eingetragen werden. Konkret bedeutet dies, dass sich der Inhalt der Dienstbarkeit in einer dem Verkehrsschutz Rechnung tragenden Weise aus der Eintragungsbewilligung ergeben muss.

Auch der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz wird von den unter I skizzierten Dienstbarkeiten eingehalten, da zumindest negativ abgegrenzt ist, welche Handlungen zu unterlassen sind. Was unter einer „ständig wechselnden Belegung“ zu verstehen ist, ergibt sich im Zusammenspiel mit der konkreten Zeitangabe für die Nutzung durch ein und dieselbe Person. Was die Benutzung als Hauptwohnung angeht, ergibt sich die Begrenzung bereits aus dem Begriff selber. Sollten diesbezüglich Bedenken bestehen, können ergänzend auch hier noch konkrete Zeiten angegeben werden, in denen das Objekt z. B. nicht leer stehen darf.

## 4. Grundbuchrechtliches Rechtsschutzbedürfnis für die Eintragung der Fremdenverkehrsdienstbarkeit

Das Grundbuchverfahren ist ein FGG-Verfahren und setzt somit ein Rechtsschutzbedürfnis voraus. Dieses ist grundsätzlich gegeben und nur ausnahmsweise, bei Vorliegen besonderer Umstände, nicht.

Bei der Förderung öffentlich-rechtlicher Zwecke durch privatrechtliche Mittel ist anerkannt, dass allein die Verfolgung dieses besonderen Zwecks der Eintragung einer Dienstbarkeit nicht grundsätzlich entgegensteht.<sup>28</sup> Aus der besonderen Zweckrichtung solcher Dienstbarkeiten und der hoheitlichen Stellung des Berechtigten ergeben sich jedoch weitere Voraussetzungen, da dem Umstand Rechnung getragen werden muss, dass eventuell bereits öffentlich-rechtliche Normen das mit der Dienstbarkeit verfolgte regeln und der Berechtigte im Wege der Eingriffsverwaltung gegenüber dem Eigentümer möglicherweise auch Zwang ausüben kann. So wird verlangt, dass die Sicherungswirkung einer Dienstbarkeit über die nach öffentlichem Recht bereits bestehenden Verpflichtungen hinaus Wirkung entfalten muss.<sup>29</sup> Das soll aber bereits dann der Fall sein, wenn Zweifel über den Umfang oder die Anwendbarkeit der gesetzlichen Beschränkungen bestehen.<sup>30</sup> Weiter darf nicht die Möglichkeit bestehen, ohne weiteres eine hoheitliche Anordnung zu treffen.<sup>31</sup> Diese Voraussetzungen stehen der Fremdenverkehrsdienstbarkeit somit nicht entgegen, da die Dienstbarkeit über das hinausgeht, was öffentlich-rechtlich vorgeschrieben ist, und eine hoheitliche Anordnung nicht ohne weiteres möglich ist.

<sup>26</sup> BGHZ 29, 244; 74, 293; BGH, NJW 1962, 486; 1981, 343; 1983, 115; BayObLGZ 1983, 143.

<sup>27</sup> BGH, NJW 1984, 924 = DNotZ 1985, 34.

<sup>28</sup> BGHZ 41, 209; RGZ 111, 338.

<sup>29</sup> BGH, NJW 1984, 924; BayObLGZ 80, 232.

<sup>30</sup> BayObLGZ 1953, 246; RGZ 119, 211.

<sup>31</sup> BayObLGZ 1990, 89.

<sup>23</sup> BayObLG, MittBayNot 1976, 174; 1978, 213; 1982, 242 („Wärmebezugsdienstbarkeit“); a. A. BGH, MittBayNot 1984, 126.

<sup>24</sup> In diese Richtung MünchKomm, BGB, 3. Aufl., § 1018 Rdnr. 43.

<sup>25</sup> So BGH, MittBayNot 1984, 126, 128.

### III. Rechtsgrund der Fremdenverkehrsdienstbarkeit

Der Fremdenverkehrsdienstbarkeit liegt wie jeder anderen Dienstbarkeit eine schuldrechtliche causa zugrunde, deren Fehlen die Dienstbarkeit nicht unwirksam, aber kondizierbar macht.<sup>32</sup>

Grundsätzlich wird der Fremdenverkehrsdienstbarkeit die Abrede zugrunde liegen, dass das gemeindliche Einvernehmen zur Begründung von Wohnungseigentum erteilt wird, wenn der Eigentümer im Gegenzug besagte Dienstbarkeit bestellt. Hierbei stellt sich zunächst die Frage, ob es sich bei dieser Abrede um einen privatrechtlichen oder um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. Dies ist nicht nur von theoretischem Interesse, sondern bestimmt auch maßgeblich die anwendbaren Rechtsvorschriften und den Rechtsweg, auf dem diese Vereinbarung überprüft werden kann.

Maßgeblich für die Zuordnung eines Vertrages zum öffentlichen oder zum privaten Recht ist nach allgemeiner Meinung der Gegenstand des Vertrages, also dessen Vertragsinhalt.<sup>33</sup> Im Gegensatz zu den „Einheimischenmodellen“, in denen Gemeinden verbilligtes Bauland an ortsansässige Gewerbetreibende oder Einwohner verkaufen und in diesem Rahmen nach h. M. privatrechtlich tätig werden,<sup>34</sup> handelt die Gemeinde bei der Erteilung der erforderlichen Genehmigung oder des Einvernehmens nach § 22 BauGB nicht privatrechtlich, sondern innerhalb eines Verwaltungsverfahrens unter Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen. Gegenstand des Vertrages ist hoheitliches Handeln, nämlich die Erteilung des besagten Einvernehmens oder der Genehmigung. Es liegt somit ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor.<sup>35</sup>

Solche öffentlich-rechtlichen Verträge sind grundsätzlich möglich, wie sich aus § 54 Satz 1 VwVfG<sup>36</sup> und § 11 Abs. 1 BauGB ergibt (sog. städtebauliche Verträge). Hierbei handelt es sich wohl gem. § 56 VwVfG um Austauschverträge mit Vergleichselementen (§ 55 VwVfG). Austauschvertrag deshalb, weil regelmäßig die Gemeinde die Genehmigung bzw. das erforderliche Einvernehmen erteilt und der Eigentümer im Gegenzug die Fremdenverkehrsdienstbarkeit im Grundbuch eintragen lässt. Vergleichselemente deshalb, weil in aller Regel Unklarheit darüber besteht, ob in tatsächlicher Hinsicht die Voraussetzungen einer Genehmigung nach § 22 BauGB vorliegen.<sup>37</sup>

Für die Inhaltskontrolle solcher Verträge sind somit die folgenden Punkte zu beachten (§§ 55 ff. VwVfG und § 11 BauGB) wobei im Einzelnen offen bleiben kann, ob § 11 BauGB als *lex specialis* dem VwVfG vorrangig ist, da sich die Voraussetzungen, wenn überhaupt, nur begrifflich unterscheiden, inhaltlich aber identisch sind.<sup>38</sup>

Der Hoheitsträger darf sich eine Gegenleistung nur versprechen lassen, wenn diese für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgabe dient. Die Gegenleistung muss insge-

samt angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen. Es darf kein Machtmissbrauch vorliegen. Im Hinblick darauf, dass die Entscheidung über die Genehmigung nach § 22 BauGB ein gebundener Verwaltungsakt ist, dürfen weiter nach § 56 Abs. 2 VwVfG nur solche Gegenleistungen vereinbart werden, die Inhalt einer Nebenbestimmung gem. § 36 VwVfG sein können. Es können seitens des Bürgers also nur solche Leistungsverpflichtungen eingegangen werden, die gewährleisten, dass die gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen geschaffen und/oder erhalten werden. Im Ergebnis bedeutet dies, dass nur solche Vereinbarungen möglich sind, die sicherstellen, dass keine „Rolloadensiedlungen“ entstehen. Hierbei nur auf die Erhaltung der Fremdenverkehrsfunktion abzustellen, wäre zu kurz gegriffen, da sich die gesetzgeberische Zielsetzung nicht direkt auf die Förderung des Fremdenverkehrs bezog, sondern vielmehr auf die Vermeidung von negativen städtebaulichen Folgen, die eben von besagten „Rolloadensiedlungen“ hervorgerufen werden.

Die Fremdenverkehrsdienstbarkeit wird diesem Maßstab gerecht, da primäres Ziel die Verhinderung dieser negativen städtebaulichen Konsequenzen ist. Weiter ist die Fremdenverkehrsdienstbarkeit als relativ gesehen mildestes Mittel angemessen und steht auch im sachlichen Zusammenhang mit dem von der Gemeinde verfolgten Zweck.

### IV. Flankierende Maßnahmen und deren Zulässigkeit

Neben der Schaffung des Rechtsgrundes für die Dienstbarkeit sind auch weitere schuldrechtliche Vereinbarungen möglich. In der Praxis finden sich z. B. die Vereinbarung von Vertragsstrafen,<sup>39</sup> Belegungsrechte der Gemeinden,<sup>40</sup> Nachweispflichten des Eigentümers, Veräußerungsbeschränkungen, schuldrechtliche Weitergabeverpflichtungen sowie die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung. Diese weiteren Vereinbarungen sind auch als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren und demgemäß den unter oben III dargestellten Voraussetzungen unterworfen. So ist davon auszugehen, dass für sich alleine genommen jede dieser Regelungen möglich ist, da das Entstehen von Wochenendhäusern bekämpft wird. Zu beachten ist jedoch, dass eine Kumulation von Verpflichtungen auf Seiten des Eigentümers dazu führen kann, dass Angemessenheitsgebot, Kopplungsverbot und/oder das Verbot des Machtmissbrauchs verletzt sind. Ob dies der Fall ist, wird natürlich immer anhand des Einzelfalles zu entscheiden sein, wobei eine Abwägung zwischen den Vorteilen der Teilung und den abverlangten Beschränkungen durchzuführen sein wird. Dabei kann die Rechtsprechung zu den sog. Einheimischenmodellen Orientierungshilfe sein.<sup>41</sup>

### V. Fazit

Insgesamt erscheint ein liberalerer Umgang mit der Dienstbarkeit angezeigt, um die in der Praxis relevanten Grundstücksbelastungen handhabbar und in einer der Publizität des Grundbuchs Rechnung tragenden Weise umsetzen zu können. Man darf nämlich nicht vergessen, dass jeweils als Ausweichegestaltung die Möglichkeit besteht, auf dinglicher Ebene einen sehr weitgehenden Ausschluss zu vereinbaren und schuldrechtlich Ausnahmen hiervon zuzulassen. Ob dies die sinnvollere Vorgehensweise ist, mag der Leser selbst entscheiden.

<sup>32</sup> Palandt, BGB, 62. Aufl., § 1018 Rdnr. 33.

<sup>33</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl., § 54 Rdnr. 27 m. w. N.

<sup>34</sup> BVerwG, NJW 1993, 2695.

<sup>35</sup> Hilt/Gerold, BayVBl 1993, 423.

<sup>36</sup> Die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften sind weitgehend inhaltsgleich.

<sup>37</sup> Gem. § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB wäre der Vertrag nicht möglich, wenn ein Anspruch auf die Genehmigung besteht.

<sup>38</sup> In diese Richtung auch Rastätter, DNotZ 2000, 17 ff. zum Verhältnis der §§ 305 ff. BGB zu § 11 BauGB.

<sup>39</sup> Die grds. Zulässigkeit bejahend BVerwG, DVBl 1986, 945.

<sup>40</sup> Muster bei Hilt/Gerold, BayVBl 1993, 423 ff.

<sup>41</sup> Überblick hierzu bei Rastätter, DNotZ 2000, 17 ff.

## KURZE BEITRÄGE

## Sind bei der Übergabe zurückbehaltene Wohnungsrechte Einnahmen im Sinne des § 16 SGB IV?

Von Notar Dr. *Hans-Hermann Wörner*, Kemnath

Nach Auffassung des Bayerischen Landessozialgerichtes in einem Urteil vom 26.10.1995<sup>1</sup> ist die Gewährung eines Wohnungsrechtes, egal ob es sich der Übergeber zurückbehält oder der Übernehmer es in dem Übergabevertrag als „Gegenleistung“ gewährt, Einkommen im Sinne des SGB IV, das mit den Werten der Sachbezugsverordnung bei der Berechnung von einkommensabhängigen Sozialversicherungsleistungen herangezogen wird.

Dies kann dazu führen, dass einem Übergeber vor der Übergabe eine einkommensabhängige Sozialversicherungsleistung, z. B. Befreiung von der Zuzahlung zu Leistungen der Krankenversicherung, insbesondere Rezeptzuzahlungen (§ 61 SGB V), gewährt wird, weil er die Einkommensgrenzen nicht überschreitet, derselbe Übergeber aber nach der Übergabe keine Befreiung mehr erhält, da nun das zurückbehaltene Wohnungsrecht (im ursprünglich dem Übergeber gehörenden Wohnhaus) Einkommen darstellt und insoweit die Zuzahlungsgrenzen überschritten werden. Genau diese für mich inakzeptable und nicht nachvollziehbare Auffassung hat eine große bayerische Krankenkasse anlässlich einer von mir beurkundeten Überlassung, bei welcher der Übergeber sich ein lebenslanges unentgeltliches Wohnungsrecht ohne weitere Leistungen (Heizkosten waren vom Übergeber zu tragen) zurückbehalten hat, vertreten. Der Übergeber hat gegen die Versagung der vollständigen Befreiung von der Zuzahlungspflicht Widerspruch und, nachdem dieser abgewiesen worden war, Klage zum Sozialgericht eingelegt. Nachdem der Kläger in der mündlichen Verhandlung auf einem Urteil bestand, hat das Sozialgericht Regensburg im Urteil vom 18.10.2001<sup>2</sup> die Ansicht der beklagten Krankenkasse im Hinblick auf das oben genannte nicht veröffentlichte (aber allen Krankenkassen bekannte) Urteil des Bayerischen Landessozialgerichtes bestätigt.

Der Übergeber hat dies, da die Sozialgerichtsverfahren kostenfrei<sup>3</sup> sind, nicht akzeptiert und Berufung zum Landessozialgericht eingelegt. Dort kam dann überraschend die Wende. In der mündlichen Verhandlung vom 6.12.2002 vor dem 4. Senat des Bayer. Landessozialgerichtes<sup>4</sup> erklärte der Vorsit-

zende, dass das oben zitierte Urteil des Bayer. Landessozialgerichtes von 1995 noch zu einem Zeitpunkt ergangen sei, als die selbstgenutzte Wohnung Einkommen im Sinne des EStG war (§ 21 EStG a.F.). Heute stelle sich die Situation für den Kläger so dar, dass sich mit der Übergabe wirtschaftlich nichts geändert habe; lediglich die Grundsteuer sei nicht mehr von ihm, sondern vom Übernehmer zu zahlen. Ansonsten habe sich die Übergabe nur formalrechtlich durch Änderung im Grundbuch ausgewirkt. Die Reduzierung des Eigentums auf das dingliche Nutzungsrecht habe dem Kläger keine weiteren Einnahmen zum Lebensunterhalt verschafft.

Aufgrund dieses richterlichen Hinweises hob die beklagte Krankenkasse den Versagungsbescheid auf und verpflichtete sich, dem Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts einen neuen Bescheid zu erteilen. Der Übergeber bekam rückwirkend seine Zuzahlungen erstattet.

Nachdem (leider) kein zitierbares Urteil ergangen ist, soll dieser kurze Beitrag alle Vertreter von Übergebern (z. B. Bay. Bauernverband, VdK usw.) ermuntern, mit ihren Mandanten den zeitraubenden Weg<sup>5</sup> eines gerichtlichen Verfahrens zu gehen. Er ist nicht aussichtslos. Auch die Kolleginnen/Kollegen, bei denen die Vereinbarung eines Wohnungsrechtes nur im Hinblick auf die Versagung von einkommensabhängigen Leistungen der Krankenkasse scheitert, sollten ihren Mandanten empfehlen, die Auffassung der Krankenkasse nicht zu akzeptieren, sondern Rechtsmittel einzulegen.

Von der Berücksichtigung von Wohnungsrechten im Sozialversicherungsrecht muss jedoch die Berücksichtigung bei der Grundsicherung nach dem Grundsicherungsgesetz bzw. im Sozialhilferecht unterschieden werden. In beiden Fällen gilt § 1 der DÜVO zu § 76 BSHG, wonach es bei der Berechnung der Einkünfte nicht darauf ankommt, ob diese zu den Einkunftsarten des Einkommensteuergesetzes gehören oder nicht. Damit sind vorbehaltende Wohnungsrechte im Sozialhilferecht bzw. Grundsicherungsverfahren weiterhin als Einkommen zu berücksichtigen, während im Sozialversicherungsrecht gerade auf die Einkommensarten nach dem Einkommensteuerrecht<sup>6</sup> abgestellt wird und durch den Wegfall der Nutzungswertbesteuerung insoweit eine Änderung eingetreten ist.

<sup>1</sup> L 4 Kr 73/93, unveröffentlicht, aber beim Deutschen Notarinstitut erhältlich.

<sup>2</sup> S 2 KR 78/01, unveröffentlicht, aber beim Deutschen Notarinstitut erhältlich.

<sup>3</sup> § 183 SGG, vgl. aber § 192 Abs. 1 Nr. 2 SGG.

<sup>4</sup> L 4 KR 204/1.

<sup>5</sup> Vom ursprünglichen Versagungsbescheid bis zur mündlichen Berufungsverhandlung vergingen 26 Monate.

<sup>6</sup> § 16 SGB IV.



## Belehrungen bei Vollmachten – auch für Bevollmächtigte?

Von Notar *Jobst v. Heynitz*, München

Jeder Notar steht bei Beurkundung oder bei Unterschriftsbeglaubigung von Vollmachten immer wieder vor der Frage, wie weit er die Vollmachtgeber belehren soll. Diese Frage stellt sich insbesondere bei Generalvollmachten, auch bei den in den letzten Jahren sich immer mehr verbreitenden Vorsorgevollmachten, die in der Regel auch Generalvollmachten sind. Typischerweise versieht man solche Vollmachten, insbesondere bei der Beurkundung, mit Belehrungen für den Vollmachtgeber, in denen etwa Folgendes steht: 1. Vollmachten sollten nur vertrauenswürdigen Personen erteilt werden, weil sie auch missbraucht werden können. – 2. Besonders gefährlich in diesem Sinne sind umfassende Vollmachten, umfassende Ermächtigungen für den oder die Bevollmächtigten.

Es folgen die Belehrungen für die jeweils erteilte Vollmacht, z. B. bei einer Generalvollmacht die Belehrung: „Die mit dieser Urkunde erteilte Vollmacht ist eine so genannte Generalvollmacht, die einer Übertragung aller Rechte – wie mit einem Testament – recht nahe kommt, weil den Bevollmächtigten mit dieser Vollmacht – mit wenigen Ausnahmen – beinahe alle Handlungsbefugnisse übertragen werden, über die der Vollmachtgeber verfügt. Ausgenommen sind nur Handlungen und Rechtsgeschäfte, die nur höchstpersönlich wahrgenommen werden können, wie z. B. eine Heirat oder eine Testamentserrichtung.“

Bei der Beurkundung oder Unterschriftsbeglaubigung von Vollmachten fragen Vollmachtgeber immer wieder, was denn konkret geschehe, wenn Bevollmächtigte Vollmachten missbrauchen, und wie man sich dagegen schützen könne. Dann klärt der Notar über das Innen- und Außenverhältnis auf und empfiehlt den Vollmachtgebern, sie mögen mit dem Bevollmächtigten im Wege des Auftrages in einem gesonderten Papier oder Brief genau ausmachen, wofür die Vollmacht gebraucht werden darf und wofür nicht. Nimmt der Notar selbst auf Anregung des Vollmachtgebers einen solchen Auftrag oder eine Beschränkung für das Innenverhältnis in die Vollmachtsurkunde auf, so sollte das in einem gesonderten Abschnitt der Urkunde geschehen und mit dem Hinweis versehen werden:

Dieser Auftrag bzw. diese Einschränkung gilt nur im Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem, schränkt aber die in Abschnitt ... erteilte Vollmacht nicht ein.

Die notarielle Belehrung über das Innen- und Außenverhältnis und über einen gesondert zu formulierenden Auftrag ist bei jeder Vollmacht angebracht. Aber die Anregung, genaue Aufträge oder Vollmachtsbeschränkungen für das Innenverhältnis in oder außerhalb der Vollmachtsurkunde zu formulieren, sind nur sinnvoll bei Spezialvollmachten. Aber wie hilft der Notar einem Vollmachtgeber, der eine Generalvollmacht, z. B. als Vorsorgevollmacht, erteilt, bei der überhaupt noch nicht sicher ist, für welche Zwecke sie eingesetzt werden wird?

Generalvollmachten sollen ermöglichen, dass der Bevollmächtigte die Belange des Vollmachtgebers in jeder Lage und in einer für den Vollmachtgeber angebrachten und für ihn zweckmäßigen Weise in seinem Interesse vertreten kann; sie werden daher auch mit diesem unbegrenzten Auftrag erteilt. Gerade bei so weitreichenden Vollmachten, die durch enge

Aufträge nicht begrenzt werden können, haben Vollmachtgeber den Bedarf, sich gegen Missbrauch durch Bevollmächtigte zu schützen.

Vollmachten werden den Bevollmächtigten ausgehändigt. Sie können daraus erkennen, was sie tun können, aber in der Regel nicht, was sie damit tun dürfen, weil die Vollmacht nach außen funktionsfähig sein soll und deshalb die Auftragsregelungen in die Vollmacht aus guten Gründen nicht oder nur selten aufgenommen werden. Häufig versäumen aber Vollmachtgeber, ihren Bevollmächtigten genaue Aufträge zu erteilen. Einer der wesentlichsten Gründe dafür ist, z. B. bei Vorsorgevollmachten, dass die Vollmachtgeber froh sind, geeignete Bevollmächtigte gefunden zu haben, denen sie vertrauen und bei denen sie es nicht für erforderlich oder für nicht angemessen halten, genaue Aufträge für das Innenverhältnis zu erteilen, damit sie z. B. den Bevollmächtigten nicht zu enge Grenzen setzen oder weil sie das Vertrauen nicht gefährden wollen. Aus Vollmachten mit den oben bezeichneten Belehrungen können die Bevollmächtigten erkennen, dass sie die Vollmacht nicht missbrauchen dürfen. Aber sie wissen deshalb vielfach noch nicht, was sie nicht tun dürfen und was sie bei der Ausübung spezieller Vollmachten beachten müssen. Um ihnen das zu sagen, schreibe ich schon länger Belehrungen in Vollmachten, die sich an die Bevollmächtigten richten, z. B. bei Vorsorgevollmachten Hinweise auf die §§ 1904 und 1906 BGB und das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bei gefährlichen Operationen nach § 1904 BGB und freiheitsentziehenden Maßnahmen nach § 1906 BGB. Hilfreich dafür ist folgender Hinweis:

Jeder Bevollmächtigte benötigt die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts

- zur ärztlichen Tätigkeit, wenn die begründete Gefahr besteht, dass aufgrund der ärztlichen Maßnahme der Tod oder ein schwerer oder länger dauernder gesundheitlicher Schaden eintritt;
- zu einer freiheitsentziehenden Maßnahme.

Das gilt nicht, solange mit dem Aufschub einer Maßnahme Gefahr verbunden ist; im Falle der Freiheitsentziehung muss die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nachträglich eingeholt werden.

**Am wichtigsten ist für alle Vollmachtgeber** ein Hinweis, der den Bevollmächtigten die Grenzen beim Gebrauch der Vollmacht und die Gefahren beim Vollmachtsmissbrauch deutlich macht, insbesondere in General- und Vorsorgevollmachten, aber auch in anderen Vollmachten. Meine Belehrung dafür lautet, seit mich ein Vollmachtgeber um eine entsprechende Belehrung bat:

Bevollmächtigte dürfen nur vertrauensvoll mit der Vollmacht im Interesse des Vollmachtgebers tätig werden und nur im Rahmen des mit dem Vollmachtgeber festgelegten Auftrags oder sich sonst aus der Bevollmächtigung ergebenden Zwecks handeln und die Vollmacht nicht missbrauchen, vor allem nicht zum eigenen Vorteil. Sie können sonst wegen Untreue nach § 266 Strafgesetzbuch bestraft werden und sich schadensersatzpflichtig machen.

## TAGUNGSBERICHT

## 64. Deutscher Juristentag 2002 in Berlin

### Abt. A: Zivilrecht

Referat von Notar Prof. Dr. *Manfred Bengel*, Fürth

**Thema: Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten?**

Der Deutsche Juristentag wird – leider schon fast traditionell – von Notaren nur wenig besucht. An den Verhandlungen der zivilrechtlichen Abteilung nahmen außer dem Referenten nur drei hauptamtliche Notare teil. Angesichts des unseren Berufsstand unmittelbar treffenden Themenbereichs, der Bedeutung und der Außenwirkung des Juristentags ist dies sicherlich bedauerlich.

Die Diskussionen, vor allem im pflichtteilsrechtlichen Komplex, waren durchweg von hohem Niveau. Das Interesse der Rechtspolitiker an den Beschlüssen des Juristentags ist groß. Es bleibt natürlich abzuwarten, ob der Gesetzgeber in nächster Zeit eine Pflichtteilsreform in Angriff nimmt oder nicht. Von großer Bedeutung wird auch hier die für die nächsten Monate erwartete Entscheidung des BVerfG zur Pflichtteilsentziehung sein und auch die Antwort auf die Frage, ob das BVerfG direkt oder mittels eines obiter dictum zur Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteils in seiner derzeitigen Ausgestaltung Stellung nehmen wird.

Erfreulich war, dass zum Kreis der Referenten ein Kautelarjurist hinzugezogen wurde. Dieser betrachtet das geltende Unterhalts-, Pflichtteils- und Sozialrecht zumeist aus einem anderen Blickwinkel als der reine Rechtslehrer oder Rechtspolitiker. Seine täglichen Praxiserfahrungen sind wegen der unmittelbaren Problemlage von erheblicher Relevanz.<sup>1</sup>

Leider fehlten bislang rechtstatsächliche Untersuchungen zum Themenkomplex (vgl. aber die Untersuchung im Anhang).

Berichterstatter und Referent sind identisch. Deshalb wurde die Vortragsform beibehalten. Das Referat ist vollständig abgedruckt in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages, Berlin 2002, L 51 ff., Verlag C. H. Beck, 2002.

#### A. Unterhalt und Rechtsgeschäfte unter Lebenden

I. Das Pflegeversicherungsrecht hat in den letzten 30 Jahren zu erheblichen Konsequenzen für die Vertragsgestaltung bei Schenkungen und vorweggenommener Erbfolge geführt. Der Veräußerer begehrt heute Auskunft, ob bei der Übertragung und bei den gewünschten Gegenleistungen gewährte oder zu erwartende Sozialleistungen wegfallen oder gekürzt werden. Es soll eine Vertragsgestaltung gewählt werden, die dies weitgehend vermeidet. Der Übernehmer befürchtet, dass bei bereits bestehender oder künftiger Sozialleistungsbedürftigkeit des Veräußerers gewünschte Natural- oder Geldzuwendungen dem Rückgriff oder der Überleitung durch den

Sozialleistungsträger unterfallen, was ebenfalls vermieden werden soll. Und weichende Erben wünschen, von Belastungen, die aus der gesetzlichen Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem Übergeber resultieren, vom Übernehmer freigestellt zu werden. Der Wunsch, dass für das Wohlergehen der Eltern der Erwerber geradestehen müsse, verlagerte sich zum Auftrag, eine Regelung zu finden, die zumindest finanziell die Verantwortung für den Unterhalt der Eltern so weit wie möglich dem Staat auferlegt. Das Rangverhältnis zwischen bürgerlich-rechtlicher, verwandtschaftlicher Unterhaltsverpflichtung und öffentlicher Sozialleistung hat sich gedreht. Dies zeigt anschaulich die Auswertung des Fragebogens (s. u.).

II. Ausgangspunkt für eventuelle Reformüberlegungen ist § 528 BGB. Diese Bestimmung spielt in der Praxis bei Vermögensübertragungen zwischen Verwandten wegen der grundsätzlich nur nachrangigen Sozialleistungen des BSHG eine immer wichtigere Rolle, weil dieser Anspruch einzusetzendes Vermögen darstellt, auf dessen vorrangige Verwertung der Hilfeempfänger verwiesen werden kann.

Bis zum In-Kraft-Treten des BSHG (1961) stand der verarmte Schenker vor der Alternative, entweder an den Folgen seiner Großzügigkeit zu leiden oder den Anspruch aus § 528 BGB auf Rückforderung des Geschenkes geltend zu machen. Dieses „bipolare“ Verhältnis besteht heute jedoch nur, solange keine subsidiären staatlichen oder unterhaltssichernde Leistungen privater, jedoch nicht verpflichteter Dritter in Anspruch genommen werden. Denn nach §§ 90 f. BSHG kann der Sozialhilfeträger den Anspruch des Schenkers auf sich überleiten, auch noch nach dessen Tode. Damit dient nach Inanspruchnahme regressbehafteter Leistungen § 528 BGB nicht mehr der Entscheidungsfreiheit des Veräußerers, sondern den Regressinteressen des Vorleistenden. Nach neuerer BGH-Rechtsprechung liegt in der Inanspruchnahme der nachrangigen Leistungen Dritter bereits die Ausübung des Rückforderungsrechts, so dass kein weiterer Willensakt erforderlich ist. Im Übrigen überwindet § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG ohnehin nach Überleitung zivilrechtliche Abtretungs- und Pfändungsbeschränkungen.

Diese Dualität der Norm kommt zwar im Wortlaut des § 528 BGB nicht deutlich zum Ausdruck, hat sich aber in der Rechtswirklichkeit durchgesetzt. Es erscheint mithin nicht erforderlich, die Rechtsprechung zum tripolaren Verhältnis (zwischen Veräußerer, Erwerber und vorleistendem Staat) zu kodifizieren.

III. Ungeachtet der grundsätzlichen Praktikabilität des § 528 BGB, vor allem im Hinblick auf die Entwicklung durch die Rechtsprechung, wird angeregt, folgende Problembereiche neu zu durchdenken und ggf. neu zu ordnen:

1. Die Zehnjahresfrist des § 529 Abs. 1 BGB führt wegen des „Alles-oder-Nichts-Prinzips“ zum allgemeinen Problem der Bewertungsungerechtigkeit von Stichtagen. Hierbei ist

<sup>1</sup> An dieser Stelle bedankt sich der Referent bei den Kollegen, die unmittelbar an der Abfassung des Referats, sei es durch Anregung, Kritik bis hin zu Formulierungshilfen, mitgewirkt haben. Dies sind *S. Bleifuß, Th. Kornel, H. F. Kraus* und *J. Mayer*.

weniger von Bedeutung, wann genau der Fristbeginn erfolgt (bei § 529 Abs. 1 BGB, wenn der Schenker alles zum Vollzug Notwendige getan hat, bei § 2325 BGB, wenn das wirtschaftliche Eigentum übergegangen ist). Es ist dem Bürger jedenfalls schwer vermittelbar, dass letztlich ein Tag darüber entscheiden kann, ob der Herausgabeanspruch besteht oder nicht. Dem Gerechtigkeitsgefühl würde vielmehr entsprechen, wenn an die Stelle der starren Frist eine Regelung träte, die beispielsweise mit jedem abgelaufenen Zeitjahr seit Vollzug der Schenkung das Rückforderungsvolumen um ein Zehntel reduziert. Bei Grundstücksschenkungen müsste an die Stelle der Rückübertragungspflicht (wegen Unteilbarkeit der Leistung) eine Ersetzungsbefugnis (Leistung in Geld) treten. Dasselbe Problem stellt sich im Übrigen bei der Frist des § 2325 BGB.

2. Soweit Gegenstand der Schenkung eine Immobilie ist, führt § 528 BGB aufgrund der Unteilbarkeit der Grundstücksleistung und der Notwendigkeit, monatlich wiederkehrende Unterhaltungslücken zu decken, im tripolaren Verhältnis (Verhältnis zum Sozialhilfeträger) regelmäßig nicht zur Rückführung des Vermögens, sondern zu monatlichen Leistungen von Wertersatz in Geld (§ 818 Abs. 2 BGB). Hierbei handelt es sich um einen Geldanspruch, keinen Unterhaltsanspruch, so dass sich der Schenkungsempfänger nicht auf seine eigene Bedürftigkeit berufen kann, soweit nicht § 529 Abs. 2 BGB greift. Gerade bei langer Lebenserwartung des Schenkers würde es in der Regel als weniger belastend empfunden werden, anstelle der dann über viele Jahre reichenden Geldzahlungspflicht den Gegenstand der Schenkung als solchen zurückübertragen zu können und damit den früheren Zustand wiederherzustellen, insbesondere dann, wenn der Beschenkte bislang noch keine erheblichen Eigeninvestitionen in das Objekt erbracht hat. Diese „umgekehrte Ersetzungsbefugnis“ kennt das Gesetz leider nicht. Der BGH hat bereits zu erkennen gegeben, dass er eine solche umgekehrte Ersetzungsbefugnis als heutigen Verhältnissen entsprechende Anwendung der *clausula rebus sic stantibus*, deren Ausprägung § 528 BGB darstellt, für sachgerecht halten würde. Aus diesem Grunde könnte § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB dahingehend ergänzt werden, dass der Schuldner auch bei nicht teilbaren Schenkungsgegenständen den geschuldeten Wertersatz durch Naturalrestitution des zugewendeten Vermögensgegenstandes als solchem prinzipiell abwenden könne.

3. In der Praxis ergeben sich die meisten Probleme zu §§ 528, 529 BGB bei den Fragen, welche Vereinbarungen die Unentgeltlichkeit mindern und in welcher Höhe eine solche Minderung eintritt. Als Beispiel ist zu nennen die Überlassung als Ausgleich für bereits erbrachte Pflegeleistungen: Liegt hier eine bloße, gleichwohl vollständig unentgeltliche Zuwendung aus Dankbarkeit oder eine entlohnende Schenkung mit Gegenleistungscharakter vor? Ist die Schenkung gegen Pflichtteilsverzicht teilweise als entgeltlich anzusehen? Wie weit reicht die Ausstattung, § 1624 BGB? Liegt Teilentgeltlichkeit vor bei Verzicht auf Verwendungsansprüche gem. §§ 946 ff., 812 ff. BGB? Mindert die üblicherweise aufgenommene schuldrechtliche Verfügungssperre die Wirkung der Unentgeltlichkeit? Hier befinden wir uns in den allgemeinen zivilrechtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten.

Die Tendenz, bei Überlassungsverträgen von Eltern auf Kinder anders als früher kaum mehr Pflegeverpflichtungen des Übernehmers vertraglich zu begründen, wird leider nachhaltig gestärkt durch die Entscheidung des BGH vom 21.9.2001.<sup>2</sup> Danach ist es sehr zweifelhaft geworden, ob sich eine vertraglich übernommene Pflegeverpflichtung inhaltlich

auf die höchstpersönliche Dienstleistung durch den Verpflichteten beschränken lässt und ob eine Ersetzung dieser Leistungspflicht durch Geldzahlungspflicht, wenn die Pflegeleistung unverschuldet nicht mehr erbracht werden kann, abschließbar ist. Nach den Urteilsgründen müsste eine solche Einschränkung als unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter verstanden werden. Der Notar ist durch die Entscheidung sensibilisiert. Er wird bei Überlassungsverträgen verstärkt darauf hinweisen, dass die Übernahme einer Pflegeverpflichtung dem Sozialhilfeträger eine weitere Möglichkeit des Zugriffs auf das Übernehmervermögen eröffnet. Eine solche Belehrung hat dann in der Regel zur Folge, dass der Übergeber von sich aus auf die Pflegeleistungsvereinbarung verzichtet. Denn lieber nimmt der Übergeber seine eigene Sozialhilfebedürftigkeit in Kauf, als dass von ihm mühsam erworbenes Familienvermögen für die Nachfolgegeneration verloren geht. So wird sich die frühere Übung, in Überlassungsverträgen Pflegeverpflichtungen des Übernehmers zu vereinbaren, bald erledigt haben. Dies entspricht schon dem jetzigen Ist-Zustand in Ballungsräumen, ist jedoch für ländliche Bereiche, wo solche Vereinbarungen eine gewisse Tradition haben und aufgrund des engeren Zusammenlebens im Familienverband auch durchweg sinnvoll sind, zumindest bedauerlich.

## B. Verwandtenunterhalt und Pflichtteilsrecht

Der zweite Teil und damit der Schwerpunkt des Referats befasste sich mit der Frage, ob das Pflichtteilsrecht in der derzeitigen Ausgestaltung geeignet ist, die finanzielle Solidarität zwischen Verwandten zu ordnen, auch mit der Frage, ob eine solche rechtliche Ordnung in diesem Bereich überhaupt geboten ist.

### I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben wurden in den letzten Jahren kontrovers diskutiert. Deshalb kurz zusammengefasst die Ansichten des Referenten:

1. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Reform des Pflichtteilsrechts ist sehr groß, und dies ist wohl unbestritten. Das Pflichtteilsrecht könnte zwar in seinem dem Art. 6 Abs. 1 GG zu entnehmenden Grundgedanken den Schutz der Verfassung genießen, es braucht aber nur eine gewisse Mindestteilhabe der nahen Angehörigen am Nachlass zu gewährleisten, damit dieser Personenkreis nicht infolge des Todesfalls seine wirtschaftliche Existenzgrundlage verliert. Im Übrigen verdienen vor allem die Testierfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG und das Gleichheitsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG besondere Beachtung.

2. Wesentlich schwieriger dürfte es dagegen sein, die derzeitige Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts mit der Verfassung zu vereinbaren. Entscheidend für die heutige Situation ist, ob die Motive des damaligen Gesetzgebers einer Überprüfung anhand der gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnisse noch standhalten oder ob nicht die neue Zeit nach einem vollkommen anderen Pflichtteilsrecht verlangt, das die Begründung für seine Notwendigkeit in sich selbst und nicht nur in der Ablösung des alten Rechts tragen sollte. Nach Ansicht des Referenten können weder die Motive des historischen Gesetzgebers noch sonstige rechtspolitische Beweggründe das geltende Pflichtteilsrecht in der heutigen Zeit umfassend rechtfertigen.

### II. Kernprobleme des geltenden Pflichtteilsrechts

Ungeachtet der umstrittenen verfassungsrechtlichen und teleologischen Grundlagen birgt das geltende Pflichtteilsrecht die schwierigsten Normen des Erbrechts, vielleicht des gesamten BGB.

<sup>2</sup> V ZR 14/01, MittBayNot 2002, 179.

An deren Spitze stehen neben § 2306 BGB die §§ 2315 und 2316 BGB über die Anrechnung und Ausgleichung. Bei beiden – im Übrigen, auch in Bezug auf die Zuwendungsdefinition, vollkommen verschiedenen – Bestimmungen muss anfänglich ein fiktiver Nachlassbestand unter Einbeziehung der lebzeitigen Zuwendung ermittelt werden, der dann die Grundlage für die Pflichtteilsberechnung darstellt. Damit aber ergeben sich bereits hinsichtlich der Zuwendung Fragen der Geldentwertung und der Wertbestimmung durch den Erblasser, Bewertungsprobleme zwischen Erbfall und Auseinandersetzung sowie Schwierigkeiten der Wertermittlung in Bezug auf Gegenleistungen. Auch der Minderjährigenschutz ist tangiert, da nach h. M. eine anrechnungspflichtige Zuwendung als solche keinen rechtlichen Nachteil darstellen soll. An seine Grenzen aber stößt selbst mancher Erbrechtsspezialist, wenn es gilt, die §§ 2315, 2316 BGB in das komplexe System des gesamten Pflichtteilsrechts einzuordnen. Denn beide Vorschriften können nicht nur miteinander in Konkurrenz treten, wie es in § 2316 Abs. 4 BGB leider nicht ganz eindeutig geregelt ist. Sie stehen auch jede für sich in Wechselwirkung mit zahlreichen anderen Bestimmungen, nicht zuletzt mit der Pflichtteilsergänzung nach §§ 2325 ff. BGB, wenn etwa ein und dieselbe Zuwendung prinzipiell sowohl der Pflichtteilsergänzung als auch der Pflichtteilsanrechnung unterfällt und doch nicht doppelt veranschlagt werden darf. Im Rahmen eines mit der Ausgleichung zusammenfallenden Pflichtteilsergänzungsanspruchs verkompliziert § 2056 BGB die Lage weiter, so wie die §§ 2050 ff. BGB aus dem gesetzlichen Erbrecht generell der Pflichtteilsausgleichung zugrunde zu legen sind, aber wegen § 2316 Abs. 3 BGB wieder nur in modifizierter Form. Immer wieder sollen in der notariellen Praxis zudem einmal getroffene Anrechnungs- oder Ausgleichungsbestimmungen wieder geändert oder gar beseitigt werden, was nicht so ohne weiteres zu bewerkstelligen ist. Nicht zuletzt aber beeinflussen die §§ 2315, 2316 BGB nach der herrschenden Werttheorie die Abgrenzung zwischen den beiden, in ihren Rechtsfolgen so unterschiedlichen Alternativen des § 2306 BGB. Damit aber schlagen alle mit Anrechnung oder Ausgleichung verbundenen Zweifel in vollem Umfang auf die bei § 2306 BGB zentrale Vorfrage durch, ob der etwa mit einem Vermächtnis belastete pflichtteilsberechtigten Erbe ausschlagen muss, um seinen Pflichtteilsanspruch zu wahren, oder ob er nicht mit der Ausschlagung Gefahr läuft, alles, d. h. Erbschaft und Pflichtteil, zu verlieren.

Dabei könnte man schwerlich behaupten, die Norm des § 2306 BGB für sich berge nicht genug eigene Anwendungsprobleme. Denn der Streit um den richtigen Verlauf der Trennlinie zwischen dem automatischen Belastungswegfall und dem Ausschlagungsrecht, nur verkürzt als Disput um die Quoten- bzw. Werttheorie bezeichnet, wird ebenfalls durch die Pflichtteilsergänzung nach § 2325 BGB, den ehelichen Güterstand, zusätzliche (den Erben begünstigende) Vermächtnisse, teilweise Pflichtteilsverzicht und schließlich Wertermittlungsfragen geprägt, wenn die Erbeinsetzung nicht einfach in einer klaren Quote zum Ausdruck kommt. Als für die Praxis besonders wichtig erweist sich die an der Nahtstelle zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht liegende Problematik von gesellschaftsvertraglichen qualifizierten Nachfolgeklauseln, die an § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB scheitern könnten, soweit sie als Teilungsanordnungen auch im erbrechtlichen Sinne anzusehen wären.

Schwierigkeiten bereitet häufig auch der hier schon mehrfach erwähnte Pflichtteilsergänzungsanspruch aus §§ 2325 ff. BGB mit seinen eigenen Problemen. Es sei an dieser Stelle nur noch auf die umstrittene Tatbestandsvoraussetzung der Pflichtteilsberechtigung des Anspruchsstellers bereits im

Zeitpunkt der Schenkung, auf die Bewertungsfragen sowie auf die Zehnjahresfrist des Abs. 3 hingewiesen.

Wer die Pflichtteilslast im Innenverhältnis zu tragen hat, ist in den Bestimmungen der §§ 2318–2323 BGB zwar detailliert, aber in ausgesprochen komplizierter Form geregelt, und klärende bzw. abweichende Anordnungen des Erblassers, die nach § 2324 BGB möglich sind, enthalten die wenigsten privatschriftlichen und längst nicht alle notariellen Testamente.

Genannt seien schließlich die mit nahezu jeder Pflichtteilsberechnung einhergehenden Bewertungsschwierigkeiten, wenn nach § 2311 BGB der Wert des Nachlasses zum Zeitpunkt des Erbfalls – einschließlich des inneren Werts („Goodwill“) etwa eines Handelsgeschäfts – zu ermitteln ist. Allein schon im Gesellschaftsrecht sind hier Konflikte zwischen gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln und der pflichtteilsrechtlichen Bewertung beinahe vorprogrammiert.

Eine Aufzählung der Defizite wird immer nur beispielhaft bleiben können. Zu komplex ist einfach das von den Vätern des BGB erdachte System, als dass es trotz seiner im Vergleich zu unserer Zeit vorbildlichen gesetzgeberischen Qualität von einem nicht tagtäglich mit ihm betrauten Juristen oder gar einem Laien in seiner Gesamtheit erfasst werden könnte, zumal die immer zahlreicher werdende Rechtsprechung zur Unübersichtlichkeit beigetragen hat. Wie auch immer eine Reform des Pflichtteilsrechts aussehen mag, sie wird der praktischen Anwendung entgegenkommen und wenigstens diejenigen Problemfelder aufgreifen müssen, die ein sicheres Verständnis und eine praktikable Umsetzung des geltenden Pflichtteilsrechts am gravierendsten behindern, wenn nicht ganz ausschließen.

### 1. Abschaffung zugunsten eines vererblichen Unterhaltsanspruchs

Der Vorschlag, an die Stelle des Pflichtteilsanspruchs einen Unterhaltsanspruch treten zu lassen, der durch Vererbung aus der lebzeitigen, im Todeszeitpunkt bestehenden gesetzlichen Unterhaltsforderung gegen den Erblasser hervorgeht und sich als Nachlassverbindlichkeit gegen den Erben richtet, ist zu diskutieren. Die Unterhaltersatzfunktion des Erbrechts wird vom BGB in § 1586 b und § 1371 Abs. 4 bereits verwendet. Prima facie scheint diese Lösung mit exakter Anknüpfung an den familienrechtlichen Unterhaltsbegriff am besten den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu entsprechen und zufolge einer weitgehenden Deregulierung jedenfalls die meisten Probleme des bisherigen komplexen Systems schlagartig zu beheben. Allerdings, ein solches neues Pflichtteilsrecht, das mit dem bisherigen kaum mehr als den Namen gemein hätte, gewissermaßen aus dem Nichts zu schaffen, würde sich als höchstschwierige Aufgabe erweisen, bei der am Ende ein kaum weniger komplexes System als das geltende Recht mit neuen erheblichen Zweifelsfragen stünde. Zu denken ist nur an das Problem der Bestimmung des Kreises der Berechtigten und der Verpflichteten, das Verhältnis verschiedener Ansprüche untereinander und an die interne Haftung der Erben, vor allem dann, wenn eine Vielzahl von Unterhaltsberechtigten gegeben ist (Ehegatten, Abkömmlinge und Eltern). Zahlreiche Mangelfälle wären die unabwendbare Folge. Die Auseinandersetzung des Nachlasses würde verkompliziert, zumindest solange verzögert, als die Masse als Haftungsgrundlage für den Unterhalt erhalten werden muss. Und schließlich müsste ein solcher „Pflichtteil“ nicht weniger gegen Umgehungsversuche durch den Erblasser geschützt werden, bedürfte also eines zusätzlichen gesetzgeberischen Aufwands, den diese radikale Lösung doch gerade vermeiden sollte.

## 2. Modifizierung des bestehenden Systems

### a) Bedürftigkeit als Tatbestandsvoraussetzung

Mit der Wiedervereinigung ist § 396 Abs. 1 Nr. 2 ZGB (DDR) ins Blickfeld von Reformbestrebungen gerückt. Nach DDR-Recht war der Pflichtteil von Abkömmlingen und Eltern des Erblassers zusätzlich davon abhängig, dass der abstrakt Berechtigte auch unterhaltsberechtigter gegenüber dem Erblasser war. Solch ein Modell, das den Pflichtteil in Gestalt einer Quote am Nachlass erhält, indem es einen bereits in der jetzigen Situation prinzipiell gewährten Anspruch lediglich an die weitere Voraussetzung der Bedürftigkeit knüpft, könnte der Schlüssel zu einer ideologiefreien grundlegenden Neugestaltung des Pflichtteilsrechts sein, die der Versorgungsfunktion eher gerecht werden könnte als das geltende Recht. Schwer allerdings bei einer solchen Neugestaltung wiegt der Einwand, bei der Bedürftigkeit im Zeitpunkt des Erbfalls handle es sich um eine von Zufällen abhängige Momentaufnahme, die jedenfalls nicht allein über den Pflichtteil entscheiden dürfte. Gerade die vermeintliche Ungleichbehandlung zweier abstrakter Pflichtteilsberechtigter, von denen der eine kurz vor und der andere nach dem Erbfall bedürftig wird, ist zu erwähnen, obwohl sie sich angesichts der Seltenheit solcher Fälle relativieren würde.

### b) Differenzierung zwischen Ehegatte und Abkömmlingen

Eine andere Frage ist, ob gemäß dem Vorbild des ZGB zwischen dem Ehegatten und den Abkömmlingen bzw. Eltern dergestalt differenziert werden sollte, dass man nur für die zuletzt genannten Pflichtteilsberechtigten die Bedürftigkeit zur weiteren Tatbestandsvoraussetzung macht. Zur Rechtfertigung dieser Unterscheidung ließe sich in unserem Rechtssystem der gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft anführen, der dem Ehegatten bei Scheidung generell einen Teil des Vermögens des anderen zusprechen kann, während die übrigen Pflichtteilsberechtigten am Vermögen des künftigen Erblassers zu dessen Lebzeiten nur in Form von bedarfsabhängigem Unterhalt teilhaben. Bei Gütertrennung und Gütergemeinschaft jedoch, die beide einen solchen Zugewinnausgleich nicht kennen, hilft diese Begründung nicht weiter. In jedem Fall aber wäre es zu diskutieren, grundsätzlich den Pflichtteilsanspruch von der Bedürftigkeit des Berechtigten abhängig zu machen.

## 3. Weitere Änderungsvorschläge

Ungeachtet dessen, ob man den dornenreichen Weg der Abhängigmachung des Pflichtteilsanspruchs von der Bedürftigkeit des Beschwererten geht oder nicht, ist das geltende Pflichtteilsrecht in einigen Punkten dringend zu modifizieren.

### a) Der unzureichend bedachte Pflichtteilsberechtigte (§§ 2305–2308 BGB)

Gegen Beschränkungen und Beschwerden i. S. des § 2306 BGB sollte sich künftig nur ein bedürftiger Pflichtteilsberechtigter wehren können, wie auch die Ausschlagung eines Vermächtnisses nach § 2307 BGB allein dem Bedürftigen einen Pflichtteilsanspruch einbringen darf. § 2307 BGB mit seiner ungespaltenen Lösung sollte darüber hinaus auch zum Vorbild für § 2306 BGB werden, um die spezifischen Schwierigkeiten dieser Norm zu beseitigen: Alle Abgrenzungsfragen wären sofort beseitigt, wenn der belastete Erbe in jedem Fall, also unabhängig vom Umfang des Erbteils, ausschlagen dürfte, um sich den Pflichtteil zu sichern. Heute besteht doch das Risiko, sich wegen all der Unwägbarkeiten falsch in eine der beiden Alternativen des § 2306 Abs. 1 BGB einzuordnen und

auf diese Weise entweder ebenfalls der Beschränkung oder Beschwerung unterworfen zu bleiben oder durch verfehlte Ausschlagung bis auf den Restanspruch des § 2305 BGB alles zu verlieren. Die gesetzliche Lösung des § 2306 Abs. 1 Satz 2 sollte daher künftig für Erbteile jeder Größe gelten. Dafür spricht außerdem, dass die derzeitige automatische Nichtigkeit jeder Belastung keinen Freiraum für sinnvolle Erblasseranordnungen lässt, die sich oft zum Wohl des Pflichtteilsberechtigten oder des Gesamtnachlasses auswirken würden.

### b) Anrechnung und Ausgleich

Eine Anrechnung auf den Pflichtteil ist gem. § 2315 BGB nur durch einseitige Erklärung zulässig, wenn diese Erklärung bei der Zuwendung erfolgt; eine spätere Anrechnungsbestimmung kann nicht mehr erfolgen. Das Gesetz ist wegen der Folgen einer solchen Anrechnungsbestimmung zu Recht streng; jedoch ist das Anrechnungssystem den Bürgern fremd. Die gesetzliche Vermutung, dass Anrechnung nur erfolgt, wenn diese auch ausdrücklich angeordnet worden ist, bedarf des Überdenkens. Im Hinblick auf die Folgen der Pflichtteilsreduzierung wird angeregt, die Vermutung umzudrehen: Prinzipiell sollte jede Schenkung an einen abstrakt Pflichtteilsberechtigten unter Anrechnung erfolgen, es sei denn, die Nichtanrechnung wird angeordnet.

### c) Stundung

Zu überlegen ist ferner, ob – sollte das bestehende Pflichtteilsrecht im Prinzip unverändert bleiben – zwischen Eltern und Abkömmlingen der Pflichtteilsanspruch der Abkömmlinge schon beim Ableben des erstversterbenden Elternteiles, wenn er geltend gemacht wird, auch fällig sein muss. Es ist daran zu denken, zwischen Anfall und Fälligkeit, ähnlich wie es beim Vermächtnis möglich ist, zu differenzieren. Gerade bei kleineren und mittleren Vermögensverhältnissen führt der fällige Geldzahlungsanspruch zu erheblichen Liquiditätsproblemen beim überlebenden Ehegatten-Erben, auch wenn eine gewisse Kompensation über § 2331 a BGB (Stundung) möglich ist. Man könnte Anleihe entnehmen aus den Regeln über die fortgesetzte Gütergemeinschaft der §§ 1483 ff. BGB, einem zwar heute in der Praxis kaum mehr bekannten Rechtsinstitut. Dieses bietet effektiven Schutz des Ehegatten vor Verlust der Familienhabe, indem zwingend der Anteil des Erblassers am ehelichen Gesamtgut nicht in dessen Nachlass fällt.

### d) § 2325 und Zehnjahresfrist

Schließlich ist im Bereich der Pflichtteilsergänzung die starre Zehnjahresregelung, also das bereits bei § 529 BGB angesprochene „Alles-oder-Nichts-Prinzip“, zu überdenken. Auch hier könnte Abhilfe eine Regelung schaffen, wonach sich der ergänzungspflichtige Betrag pro Jahr nach Vollzug der ergänzungspflichtigen Zuwendung bis zum Erbfall um ein Zehntel linear reduziert. Im Übrigen sollten die Stundungsmöglichkeiten erheblich erweitert werden.

## 4. Bewertung von Gesellschaftsanteilen

Für die Bewertung von Gesellschaftsanteilen und freiberuflichen oder gewerblichen Unternehmen entscheidet für den Pflichtteil der Verkehrswert einschließlich stiller Reserven, des Firmenwerts und des Goodwill, nicht jedoch der Buchwert. Diskutiert wird, ob für diese Bereiche eine Sondernorm ähnlich § 2312 BGB geschaffen werden soll, die den Erwerber solcher Vermögenswerte dadurch privilegiert, dass stets der günstigere Ertragswert zugrunde gelegt wird. Damit soll die Zerschlagung von selbstständigen Vermögenseinheiten verhindert werden, die sich jedenfalls nicht grundlegend von landwirtschaftlichen Betrieben unterscheiden. Das Problem

hat sich aber durch die konkrete Handhabung des § 2311 BGB durch die Rechtsprechung zumindest teilweise entschärft. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die Anpassung anhand von Abfindungsklauseln in einem Gesellschaftsvertrag, die mittelbar auf die Bewertung durch Abschlüsse Einfluss nehmen.

### 5. Elternpflichtteilsrecht

Der Bevölkerung nahezu gänzlich unbekannt ist das Elternpflichtteilsrecht, wenn keine Abkömmlinge des Erblassers vorhanden sind. Dieses wäre zwar vom reinen Unterhaltscharakter eines Pflichtteilsrechts getragen, ist jedoch in der strengen Ausgestaltung schon im Hinblick daraufhin entbehrlich, dass hier bereits Unterhalt nach den allgemeinen Bestimmungen geschuldet wird. Über das derzeit geltende Recht wird m. E. die Testierfreiheit ohne Grund eingeschränkt. Das geltende Recht erreicht über dieses Pflichtteilsrecht mittelbar die Teilhabe anderer Verwandter als solcher in gerader Linie über die Erbfolge nach den pflichtteilsberechtigten Eltern. Es ist daher abzuschaffen.

### 6. Güterstandsabhängigkeit des Pflichtteilsrechts von Abkömmlingen

In der kautelarjuristischen und erbschaftsteuerrechtlichen Praxis hat sich die „Güterstandsschaukel“ als legales Instrument dafür entwickelt, dass die erbschaftssteuerlichen Vorteile der Zugewinnngemeinschaft ausgenutzt werden können. Der gewählte Güterstand hat aber auch erhebliche Auswirkungen auf die Pflichtteilshöhe, womit den Ehegatten die Möglichkeit eingeräumt wird, per Ehevertrag die Mindestbeteiligung ihrer Abkömmlinge und ihrer Eltern am Nachlass zu bestimmen.

Dies war bei Schaffung des BGB und damit des Pflichtteilsrechtes nicht beabsichtigt. Diese Schaukelmöglichkeit wurde erst mit Einführung des gesetzlichen Güterstandes und später mit § 1931 Abs. 4 BGB möglich. Das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge sollte daher güterstandsunabhängig ausgestaltet sein.

### 7. Pflichtteilsergänzungsanspruch

Die Pflichtteilsergänzung nach den §§ 2325 ff. BGB ist von einigen Unstimmigkeiten zu bereinigen. Dies betrifft zunächst die Benachteiligung der Ehegattenschenkung, der das Gesetz durch den verzögerten Beginn der ohnehin schon langen Zehnjahresfrist nach § 2325 Abs. 3 Hs. 2 BGB eine geringere wirtschaftliche Beständigkeit garantiert als einer Schenkung an sonstige Dritte. Auch wenn das BVerfG einen Verstoß dieser Vorschrift gegen Art. 6 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG verneint hat, sind sachliche Gründe, die die Ungleichbehandlung heute noch rechtfertigen könnten, nicht ersichtlich. Auf das subjektive Merkmal einer – unter Ehegatten vermeintlich näherliegenden – Benachteiligungsabsicht kommt es bei § 2325 BGB im Gegensatz zu § 2287 BGB von vornherein nicht an. Dass dagegen die häusliche Gemeinschaft einen spürbaren Vermögensverlust beim Schenker ausschließt, ist weder in dieser Allgemeinheit gültig, noch spezifisch auf Ehegatten begrenzt, wie die Schenkung an minderjährige Kinder zeigt.

Auf das Erfordernis einer Pflichtteilsberechtigung von Ehegatten und Kindern bereits im Zeitpunkt der in Frage stehenden Schenkung sollte – anders als vom 49. DJT beschlossen – am besten ganz verzichtet werden, womit sich eine mögliche Ungleichbehandlung von Kindern, z. B. aus unterschiedlichen Ehen, sofort miterledigt. Redaktionell bedingt das keine Änderungen am Wortlaut des Gesetzes, an dem sich die bis-

lang von der Rechtsprechung verlangte Doppelberechtigung ohnehin nicht festmachen ließ.

### 8. Die Pflichtteilsentziehung

Unabdingbar ist es, die Pflichtteilsentziehung durch eine maßvolle Erweiterung der nach h. M. nicht analogiefähigen Entziehungsgründe zu erleichtern. Jedenfalls muss, wie schon der 49. DJT verlangt hat, der elterliche Entziehungsvorzug nach § 2334 BGB beseitigt werden, so dass nicht nur die Misshandlung der Eltern durch das Kind zum Pflichtteilsentzug berechtigt, sondern auch umgekehrt die Kindesmisshandlung, die nicht mehr durch ein elterliches Züchtigungsrecht gerechtfertigt sein kann. Nur um die Beseitigung eines Wertungswiderspruchs geht es auch – wenigstens aus heutiger Sicht –, wenn der körperlichen Misshandlung nach § 2333 Nr. 2 (ggf. i. V. m. § 2334) oder § 2335 BGB eine seelische Misshandlung gleichgestellt würde. Weiter müsste darüber nachgedacht werden, ob ein Verbrechen oder vorsätzliches Vergehen (wie etwa nach § 2333 Nr. 1, 2, 3 BGB) stets Verschulden im strafrechtlichen Sinne voraussetzen muss. Schließlich sollte – auch dies schon ein Beschluss des 49. DJT – die Generalklausel des § 2333 Nr. 5 BGB über den „ehrosen und unsittlichen Lebenswandel“ des Pflichtteilsberechtigten zeitgemäßen Anschauungen angepasst, d. h. ausgedehnt werden.

Der Referent stellte abschließend fest:

Durch das Thema der zivilrechtlichen Abteilung dieses Juristentages wurde auch die Pflichtteilsproblematik in den Vordergrund gestellt. Die Wissenschaft hat sich in den letzten Jahren ohnehin verstärkt diesem Kernbereich des Erbrechts gewidmet, wobei allerdings das auf der bestehenden Rechtslage beruhende Denken und Argumentieren wohl noch überwiegt. Dies mag auch daran liegen, dass breit angelegte rechtstatsächliche Untersuchungen unter Berücksichtigung der Praxiserfahrung fehlen. Vielleicht stößt die Diskussion den Gesetzgeber an, sich künftig intensiver mit den von vielen Menschen nicht mehr nachvollziehbaren Rechtsregeln in diesem Bereich zu beschäftigen. Nach 100 Jahren unverändertem Fortbestand unseres Pflichtteilsrechts sollte eine Initiative für zeitgerechte und zukunftsorientierte Regeln erfolgen, auch wenn der Weg lang und beschwerlich sein dürfte.

Zufolge des Referats wurden zur Abstimmung diverse Beschlussvorschläge bzw. Anträge gestellt. Das Ergebnis war eindeutig (s. u.).

### C. Schlussbemerkung

Alle Thesen und Beschlussvorschläge des Referenten können und sollten diskutiert werden, und zwar vor allem von denjenigen, welche letztlich kraft Gesetzes dazu Berufene sind: von den Notaren, und zwar auf der Plattform, welche die größte Außenwirkung hat. Die Anwaltschaft unternimmt intensivste Anstrengungen, sich im Erbrecht zu perfektionieren. Steigende Qualität ist gut für den Rechtssuchenden. Aber wir Notare sind aufgerufen, stärker und engagierter unsere Position als Erbrechtsspezialisten ins Bewusstsein der Rechtspolitiker und Bürger zu setzen. Dazu wäre eine Mitwirkung beim Deutschen Juristentag und eine Mitgliedschaft zweifelsfrei sehr förderlich. Immerhin stimmt hoffnungsfroh die Tatsache, dass die drei hauptberuflichen Notare bei der Veranstaltung in Berlin, an der immerhin ca. 2800 Juristen teilnahmen, Kollegen aus Bayern waren (*Amann, Liedel und Schmucker*, derzeit BNotK).

## Beschlüsse

### 1. Grundprinzip

- a) Das Pflichtteilsrecht ist ersatzlos zu streichen.  
abgelehnt: 9:45:2
- b) Das Pflichtteilsrecht ist durch Unterhaltsansprüche gegen den Nachlass zu ersetzen.  
abgelehnt: 9:43:3
- c) Das Pflichtteilsrecht ist grundsätzlich beizubehalten, jedoch zu modifizieren.  
angenommen: 51:1:1

### 2. Beschränkungen des Pflichtteilsrechts

- a) Der Kreis der pflichtteilsberechtigten Verwandten ist im Vergleich zum geltenden Recht zu beschränken:
  - aa) auf Deszendenten.  
abgelehnt: 20:29:3
  - bb) auf im Zeitpunkt des Erbfalls unterhaltsberechtigte bzw. vom Erblasser faktisch unterhaltene Personen.  
abgelehnt: 19:32:4
- b) Das Pflichtteilsrecht ist umfangmäßig zu beschränken:
  - aa) durch Herabsetzung bzw. Differenzierung der Quote.  
angenommen: 29:18:6
  - bb) durch eine Höchstgrenze.  
abgelehnt: 7:42:5

### 3. Entziehung des Pflichtteilsrechts

- a) Die Entziehungsgründe der §§ 2333 und 2334 BGB sind zu vereinheitlichen.  
angenommen: 52:0:3
- b) Seelische und körperliche Misshandlungen sind gleichzustellen.  
angenommen: 52:3:1
- c) Der Entziehungsgrund des „unsittlichen Lebenswandels“ ist
  - aa) zu streichen.  
angenommen: 31:15:7
  - bb) zeitgemäß zu umschreiben.  
(fällt weg)
- d) Eine Pflichtteilsentziehung ist in den Fällen der gänzlichen Zerrüttung der Beziehungen zwischen pflichtteilsberechtigtem und Erblasser zuzulassen, wenn ein Näheverhältnis zwischen beiden nicht bestand und dies auch nicht auf das Verhalten des Erblassers zurückgeführt werden kann.  
angenommen: 32:11:0

### 4. Pflichtteilergänzungsanspruch

- a) Beim Pflichtteilergänzungsanspruch sollte die starre Zehnjahresregelung in § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB gelockert werden; statt des Stichtagsprinzips sollte er infolge Zeitablaufs anteilig reduziert werden.  
angenommen: 39:3:12
- b) § 2325 Abs. 3 Hs. 2 BGB (kein Fristbeginn während bestehender Ehe) ist ersatzlos zu streichen.  
angenommen: 34:3:15

### 5. Anrechnung von Zuwendungen

In § 2325 Abs. 1 BGB soll die Anrechnung von Zuwendungen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Pflichtteilsanspruch

- a) zum Grundsatz erhoben werden.  
angenommen: 31:11:8
- b) neben der Anordnung im Zeitpunkt der Zuwendung auch von Todes wegen verfügt werden können.  
angenommen: 40:4:7

### 6. Durchführung des Pflichtteilsanspruchs

- a) Das Geldanspruchsprinzip ist durch eine Ersetzungsbefugnis des Verpflichteten aufzulockern.  
angenommen: 40:8:4
- b) im Pflichtteilsrecht sind insbesondere Bewertungsmethoden für Betriebsvermögen zu entwickeln.  
angenommen: 30:10:10
- c) Die Stundungsmöglichkeit ist zu erweitern.  
angenommen: 46:2:6
- d) Bei Erbeinsetzung des Ehegatten soll die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs eines Abkömmlings bis zum Tod des Erben gehemmt sein.  
angenommen: 42:5:6

### Anhang: Umfrage

Der Referent hat alle Teilnehmer des Deutschen Notartags in Dresden (2002) mit einem Fragebogen um Mithilfe gebeten. Darüber hinaus wurde der Fragebogen an verschiedene Kollegen aus dem hauptamtlichen Notariat und dem Anwaltsnotariat (insgesamt 610 Kollegen) versandt. Die Auswahl der Adressaten erfolgte nach Amtsgröße, Größe und Struktur des Amtsbezirks (Stadt/Land) und nach Regionen. Insgesamt wurden 211 Bögen zurückgemeldet, davon 59 aus dem Bereich des Anwaltsnotariats, der Rest aus dem Bereich des Nur-Notariats (152). Der relativ schwache Rücklauf bzw. die relativ niedrige Beteiligung der Anwaltsnotare beruht primär darauf, dass am Deutschen Notartag mehrheitlich Nur-Notare teilgenommen haben. Ein hauptberuflicher Notar betreut ca. 20 000, ein Anwaltsnotar ca. 3 500 Einwohner. Unterstellt, der Befragte gibt die Ansichten seiner Klientel richtig wieder (und nicht seine eigenen), ist die Untersuchung durchweg repräsentativ, da sie einen Querschnitt von ca. 3,3 Mio. Einwohner umfasst.

Die Auswertung erfolgte nach einem einfachen mathematischen Prinzip. Die Zahl der Markierungen in den angegebenen Feldern wurde mit dem jeweils dort vorgegebenen Prozentsatz multipliziert; die Summe aller Ergebnisse sodann geteilt durch die Zahl der insgesamt in der jeweiligen Spalte angegebenen Markierungen. Divergenzen ergeben sich deshalb, weil nicht jeder Befragte in allen vorgezeichneten Spalten jeweils von der Möglichkeit, seine Ansicht bekannt zu geben, Gebrauch gemacht hat.

Die meisten Ergebnisse entsprechen der eigenen Einschätzung. Interessant sind vor allem die Erkenntnisse zum Pflichtteilsrecht. Eine gesonderte Interpretation ist angesichts der eindeutigen Zahlen nicht mehr erforderlich. Der Komplex um die „Wart und Pflege“ zeigt vor allem deutlich die Verlagerung von der früher üblicherweise vertraglich geregelten Fürsorge für die Eltern hin zur primären Ausantwortung in das soziale Netz.

## Rechtsgeschäfte unter Lebenden

### 1. Motive für die Übertragung eines wesentlichen Vermögensbestandteiles auf Abkömmlinge sind:

	Prozent
Erbschaftsteuerliche Überlegungen	54,78
Verteilungsfunktion (um Streit unter den Kindern zu vermeiden)	48,96
Versorgung des Übergebers im Alter durch den Erwerber	20,5
Vermeidung eines künftigen Sozialhilferegresses hinsichtlich des Vermögensgegenstandes	21,3
Existenzsicherung des Abkömmlings (Erwerbers)	21,9

### 2. Gegenleistungen, je nach Übertragungsgegenstand

Übertragungsgegenstand	Gegenleistung	Prozent
Einfamilienhaus/ETW, eigengenutzt vom Erwerber	1. Keine	41,2
	2. Leibrente/dauernde Last	23,2
	3. Kaufpreisrente	17,4
	4. Nießbrauch	12,7
	5. Wart und Pflege	17,1
	6. Anrechnung auf den Pflichtteil	74,6
Einfamilienhaus/ETW, weitergenutzt vom Übergeber	1. Keine	14,6
	2. Leibrente/dauernde Last	24,1
	3. Kaufpreisrente	12,3
	4. Nießbrauch	68,8
	5. Wohnungsrecht	58,7
	6. Wart und Pflege	27,9
	7. Anrechnung auf den Pflichtteil	68,1
	8. Leistungen nach Nr. 5 u. 6 unbeding	30,5
	9. Leistungen nach Nr. 5 u. 6 nur, solange Übergeber im Objekt wohnt	69,7

Übertragungsgegenstand	Gegenleistung	Prozent
Mietobjekt	1. Keine	24,7
	2. Leibrente/dauernde Last	26,4
	3. Kaufpreisrente	20,9
	4. Nießbrauch	48,3
	5. Wart und Pflege	18,1
	6. Anrechnung auf den Pflichtteil	70,9
	7. Ziff. 5 unbeding	40,1
	8. Ziff. 5 nur, soweit kein Zugriff des Sozialhilfeträgers erfolgt	29,7
Unbebauter Grundbesitz	1. Keine	49,1
	2. Leibrente/dauernde Last	10,7
	3. Kaufpreisrente	9,2
	4. Nießbrauch	7,4
	5. Wart und Pflege	8,6
	6. Anrechnung auf den Pflichtteil	68,7
	7. Ziff. 5 unbeding	8,5
	8. Ziff. 5 nur, soweit kein Zugriff des Sozialhilfeträgers erfolgt	38,9



Übertragungsgegenstand	Gegenleistung	Prozent
Landwirtschaft	1. Keine	12,5
	2. Leibrente/dauernde Last	24,9
	3. Kaufpreisrente	7,6
	4. Nießbrauch	20,1
	5. Wohnungsrecht	51,2
	6. Wart und Pflege	59,3
	7. Anrechnung auf den Pflichtteil	78,4
	8. Ziff. 5 u. 6 unbedingt	48,1
	9. Ziff. 5 u. 6 nur, soweit kein Zugriff des Sozialhilfeträgers erfolgt	50,7
Handwerksbetrieb/ einzelkaufmännisches Unternehmen	1. Keine	10,3
	2. Leibrente/dauernde Last	48,2
	3. Kaufpreisrente	18,9
	4. Nießbrauch	12,7
	5. Wart und Pflege	16,4
	6. Wohnungsrecht	20,1
	7. Anrechnung auf den Pflichtteil	67,9
	8. Ziff. 5 u. 6 unbedingt	17,5
	9. Ziff. 5 u. 6 nur, soweit kein Zugriff des Sozialhilfeträgers erfolgt	67,9
Gesellschaftsbeteiligung	1. Keine	23,0
	2. Leibrente/dauernde Last	25,3
	3. Kaufpreisrente	20,9
	4. Nießbrauch	26,5
	5. Wart und Pflege	11,6
	6. Anrechnung auf den Pflichtteil	80,1
	7. Ziff. 5 unbedingt	18,2
	8. Ziff. 5 nur, soweit kein Zugriff des Sozialhilfeträgers erfolgt	14,7

### 3. Innenausgleich zwischen mehreren Abkömmlingen

	Prozent
Erfolgt bei der Übertragung auf nur einen von mehreren Abkömmlingen eine Freistellung der anderen Abkömmlinge im Innenverhältnis im Hinblick auf eventuelle künftige Unterhaltslasten gegenüber dem Übergeber?	29,7

### Pflichtteilsrecht

	Prozent
Wird das Pflichtteilsrecht des Abkömmlings von Ihren Mandanten im Zusammenhang mit der Unterhaltssicherung von Abkömmlingen gesehen?	7,2
Wenn Sie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden oder bei Verfügungen von Todes wegen über das Pflichtteilsrecht belehren, stellen Sie fest, dass	
a) das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge allgemein bekannt ist?	74,7
b) das Pflichtteilsrecht in all seinen Auswirkungen generell vom Schenker bzw. Erblasser akzeptiert bzw. als gerecht empfunden wird?	28,1
c) das Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge beim Tode des erstversterbenden Elternteils vom Erblasser akzeptiert bzw. als gerecht empfunden wird?	13,2
d) bei Nichtakzeptanz Sie Vermeidungs- bzw. Verringerungsmöglichkeiten aufzeigen sollen?	76,5
Das Pflichtteilsrecht der Erblassereltern ist Ihren Mandanten generell bekannt?	12,3
Das Pflichtteilsrecht der Eltern wird generell akzeptiert bzw. als gerecht empfunden?	8,7
Besteht beim Erblasser/Schenker Akzeptanz, dass bei einer Schenkung an den Freund/Freundin die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB läuft, bei Schenkung an den Ehegatten hingegen nicht?	11,1

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Arndt/Lerch/Sandkühler: Bundesnotarordnung, Kommentar. 5., neu bearb. Aufl., Heymann, 2003. 951 S., 98 €**

Das Amts- und Berufsrecht der Notare hat sich in den letzten Jahren erheblich verändert. Der Gesetzgeber wie auch die obersten Gerichte haben manches klargestellt, geschaffen oder verändert. Auch die elektronische Datenverarbeitung hat Einfluss auf die notariellen Amtsgeschäfte genommen. Das vorliegende Werk aktualisiert nicht nur die Kommentierung zu altbekannten Normen, sondern geht vielmehr auch auf die Veränderungen konsequent ein; in Streitfragen bietet es praxisorientierte Lösungen. Auch landesrechtliche Besonderheiten (z. B. die Notariatsverfassung in Baden-Württemberg) werden detailliert dargestellt (§ 3 Rdnr. 24; § 115 Rdnr. 9). Bei jeder Vorschrift beginnen die Erläuterungen mit einem Blick auf die Entstehungsgeschichte der Norm, der bei manchen umfangreichen Erläuterungen eine Übersicht vorangestellt wurde. Dadurch konnte das allgemeine Sachregister kürzer gestaltet werden. Umfassende Hinweise auf Rechtsprechung und weiterführende Literatur finden sich im Fußnotenapparat und ermöglichen so einen schnellen Zugriff auf Problemlösungen. Wie schon in den Voraufagen werden die einschlägigen Vorschriften des Beurkundungsgesetzes im Zusammenhang mit den Bestimmungen der Bundesnotarordnung erläutert. Dies trifft insbesondere für die Kommentierung zu Verbraucherschutz-

verträgen gemäß dem neuen § 17 Abs. 2 a Satz 2 BeurkG zu (vgl. § 14 Rdnr. 171 a). Dazu werden dem Praktiker Erläuterungen geboten, die bei der Anwendung der auslegungsbedürftigen Norm hilfreich sind.

An verschiedenen Stellen finden sich in dem Kommentar Erläuterungen zum Einsatz und zur Verwendung der Elektronik im Notarberuf, so z. B. zur notariellen Verschwiegenheitspflicht im elektronischen Rechtsverkehr (§ 18 Rdnr. 51) und im Zusammenhang mit EDV-Anlagen (§ 18 Rdnr. 15), zum Datenschutzrecht bei den von Notaren geführten Dateien (§ 18 Rdnr. 71), zur Grundbucheinsicht mittels Online-Abfrage (§ 14 Rdnr. 113), zur Möglichkeit der Bundesnotarkammer, als Zertifizierungsstelle zu fungieren (§ 78 Rdnr. 36), zur Behandlung von elektronischem Geld bei der Verwahrung der dem Notar anvertrauten Gelder (§ 23 Rdnr. 79 b). Selbstverständlich finden sich auch Erläuterungen zu Alltagsfragen wie etwa zu den Öffnungszeiten der Geschäftsstelle eines Notars (§ 10 Rdnr. 13), zur Genehmigungspflicht von Nebentätigkeiten (§ 8 Rdnr. 23), zur Amtspflicht des Notars zur Fortbildung (§ 14 Rdnr. 249), zu Amtsschildern und zur Altersgrenze sowie zur Führung der Bezeichnung „Notar a. D.“. Das Werk ist ein wertvoller Ratgeber, eine wahre Fundgrube in einer dem Wandel unterworfenen notariellen Arbeitswelt. Es beantwortet alle wichtigen Fragen, die bei der Anwendung des Berufsrechts der Notare auftreten.

Notar Prof. *Walter Böhringer*, Heidenheim/Brenz

### **Heidel (Hrsg.): Aktienrecht (Anwaltkommentar). Deutscher Anwaltverlag, 2003. 2834 S., 178 €**

Unter der Ägide des Deutschen Anwaltvereins hat Rechtsanwalt Dr. *Thomas Heidel* in der Reihe „Anwaltkommentar“ einen neuen Kommentar zum Aktienrecht herausgegeben. Das im Deutschen Anwaltverlag erschienene, knapp dreitausend Seiten umfassende Werk wird durchweg von Praktikern, vornehmlich Notaren, Richtern und Rechtsanwälten, bearbeitet. Es wendet sich an den Praktiker, will jedoch auch wissenschaftlichen Ansprüchen insoweit gerecht werden, als diese durch den Blick auf die Bedürfnisse der Praxis geprägt sind.

Der Kommentar gliedert sich in drei Teile. In Teil 1 (Gesetze und Normen) werden neben dem Aktiengesetz nebst Einführungsgesetz das Börsengesetz, die Verordnung über die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse, das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, das Wertpapier-Verkaufsprospektgesetz, die Verordnung über Wertpapier-Verkaufsprospekte, das Gesetz über den Wertpapierhandel und das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz kommentiert. Ergänzt werden diese Kommentierungen um Ausführungen zum Corporate Governance Kodex, zum Europäischen Gesellschaftsrecht, zur Europäischen Aktiengesellschaft, zum Registerrecht und zum Regelwerk Neuer Markt der Frankfurter Wertpapierbörse sowie um eine Einführung zum Umwandlungsrecht. Das Werk ermöglicht damit einen Zugriff auf sämtliche relevanten

Rechtsgrundlagen im Bereich des Gesellschaftsrechts und Kapitalmarktrechts.

Die Erläuterungen in Teil 1 sind, dem Anspruch des Kommentars entsprechend, kompakt gehalten; der Leser kann und darf daher nicht erwarten, dass jedes Rechtsproblem, das sich in der notariellen Praxis stellen kann, detailliert abgehandelt wird. Die wesensbedingte Kürze des Werkes wird jedoch durch einen ausführlichen Fußnotenapparat kompensiert, welcher den Leser auf weiterführende Literatur verweist. So behandelt der Kommentar beispielsweise (AktG § 182 Rdnr. 24) bei den in der Praxis immer beliebter gewordenen Bis-Zu-Kapitalerhöhungen nicht im Einzelnen die Streitfrage, ob in dem Hauptversammlungsbeschluss ein Mindestbetrag der Kapitalerhöhung bestimmt werden muss und ob dieser frei gewählt werden kann, verweist in diesem Zusammenhang jedoch auf das hierzu ergangene Urteil des OLG Hamburg AG 2000, 326. Für Fragen der Euromstellung und Grundkapitalglättung sei besonders auf die Kommentierung zu den §§ 1 ff. EGAktG hingewiesen. Kurz und prägnant sowie unter Verweis auf vertiefende Literatur werden die in diesem Zusammenhang aufkommenden Rechtsfragen beantwortet.

Teil 2 des Kommentars, der mit „Themen der Praxis“ überschrieben ist, enthält Querschnittsbeiträge zu den Themen „Behavioral Finance“, „Die Rolle der Banken bei Aktienemissionen“, „Entscheidung, Prognose und Risiko bei Aktien“, „Kapitalanlagerecht inkl. Prospekthaftung“, „Besteuerung der AG und der KGaA und ihrer Gesellschafter“, „Die

Überlagerung des Aktienrechts durch kapitalmarktbezogene Redlichkeits- und Transparenznormen – Die Compliance Regeln im Wertpapierhandelsgesetz“. Diese Beiträge, denen jeweils ein Literaturverzeichnis sowie eine Gliederung vorangestellt sind, sind in Aufsatzform verfasst und führen den Leser auf wenigen Seiten in den jeweiligen Themenkreis ein. Als Hintergrundwissen von Interesse für den Notar ist hier der Beitrag zur Rolle der Banken bei Aktienemissionen, der insbesondere einen Überblick über den zeitlichen Ablauf einer Kapitalmaßnahme im Zusammenspiel zwischen der Gesellschaft und der Emissionsbank gewährt, in welche der Notar üblicherweise nur punktuell eingebunden ist.

Abgerundet wird der Kommentar in Teil 3 durch eine Muster-sammlung, welche in die Abschnitte „Satzung“, „Vorstand“, „Aufsichtsrat“, „Niederschrift über die Hauptversammlung“, „Kapitalmaßnahmen“, „Aktionsoptionsvereinbarung“ und

„Schutzgemeinschaftsvertrag“ gegliedert ist. Bereits diese Aufzählung macht offenbar, dass die Mustersammlung sämtliche in der notariellen Praxis gängigen bzw. regelmäßig nachgefragten Muster enthält. Herausgehoben seien die Muster zur Euroumstellung durch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln alternativ bei Stückaktien oder bei Nennbetragsaktien sowie das Muster zur Aktienoptionsvereinbarung, mit welcher auch der Notar im Kontext einer bedingten Kapitalerhöhung konfrontiert sein kann. Bedauerlicherweise fehlen bei den Mustern Anmerkungen, welche die Textbeispiele erläutern und gegebenenfalls auf entsprechende Kommentarstellen verweisen. Das Werk um diese in der nächsten Auflage zu ergänzen, wäre eine Anregung an den Herausgeber dieses überzeugenden Kommentars, der auch dem Notar nachdrücklich zur Anschaffung empfohlen werden kann.

Notarassessor Dr. Dr. *Stephan Forst*, Bonn

### **Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz: Handbuch Pflichtteilsrecht. zerb-Verlag, 2003. 999 S., 99 €**

Der Rezensent, der schon vor über 20 Jahren die intensive Beschäftigung mit dem Erbrecht annahmte, zu Zeiten, als Notare ihr Hauptaugenmerk auf Bauherrenmodelle und andere Auswüchse von angeblich steuerlich vorteilhaften, wirtschaftlich aber zumindest fragwürdigen Immobiliengeschäften richten mussten, fühlt sich durch das derzeit mengenmäßig überbordende Literaturangebot zum Erbrecht objektiv bestätigt. Bauherrenmodelle sind (weitgehend) tot. Die Juristen, vor allem auch Rechtsanwälte, haben den „Markt“ mit dem Tod, also dem Erbrecht, entdeckt. Wer in diesem Segment nicht absolut fit ist, gibt und bekommt nur Steine statt Brot. Zum Fitness-training sind Anleitungen nötig. Das Angebot ist sehr groß, kaum übersichtlich. Allerdings ist vom Angebot einiges (dies ist natürlich eine subjektive Wertung) – wie die Tagespresse – nur zur Momentaufnahme geeignet, also nach dem Lesen problemfrei zu entsorgen.

Für das „Handbuch des Pflichtteilsrechts“ gilt dies indes nicht.

Das erste Kapitel (S. 1–392) ist überschrieben mit „Allgemeine Grundlagen“. Hierbei handelt es sich, zumindest vom Titel her, um eine starke Untertreibung. *J. Mayer*, ein im Erbrecht stets präsender und zu Recht anerkannter sowie angesehener Kollege und Autor, hat hier den Löwenanteil des Werkes geschrieben und verantwortet, steigt tief bereits in Spezialprobleme ein, ohne jedoch den Gesamtduktus zu verlassen. Als Beispiel dient der Abschnitt „Vorempfänge im Pflichtteilsrecht“ (S. 201 ff.): Zur früher als Gestaltungselement für den Kautelarjuristen weitgehend vergessenen Ausstattung (§ 1624 BGB), die sowohl bei der Ausgleichung (§ 2050 Abs. 1 BGB) als auch bei der Pflichtteilsergänzung (§ 2325 BGB, ausgeführt auf S. 240) eine große Rolle spielen kann, bringt *J. Mayer* eine ausgezeichnete Übersicht (S. 207). Diese erspart dem Rechtsanwender zeitraubendes Herausuchen der Einzelfallentscheidungen und den diesen zu Grund liegenden Sachverhalten.

Zum „Schaukelmodell“ (S. 264 ff., 434 ff.) vertritt *J. Mayer* eine sehr kritische und zur Vorsicht mahnende Meinung. Aus steuerrechtlicher Sicht sind seine Bedenken wohl weitgehend unbegründet; als Gestaltungsmittel für die Pflichtteilsreduzierung allerdings muss seinem Petitem, als Notar nur sichere

Wege zu empfehlen, Rechnung getragen werden. Allerdings darf die Vorsicht nicht dazu führen, dass der Notar die bisweilen von Ehegatten beabsichtigte Gestaltung als Beurkundungsperson ablehnt. Vorsicht zwingt indes zu erheblichen, in der Urkunde fixierten Belehrungen über die möglichen Rechtsfolgen, besser: den Nichteintritt des Beabsichtigten.

Wer sich in der täglichen Praxis mit den Auswirkungen der „Anrechnung“ und/oder „Ausgleichung“ beschäftigt und solche seinen Mandanten anhand von Rechenbeispielen exemplifizieren will, der findet bei *J. Mayer* (S. 219 ff., 315 ff., 405 ff.) Hilfestellung. Formeln (*Planck* – 1897 – lässt grüßen!) erleichtern das, was über abstrakte Ausführungen in praxisfernen Kommentaren nur schwer und zeitaufwendig als Ergebnis gefunden werden muss.

„Praxistipps“ – dies gilt für alle Teile des Werks – sind optisch hervorgehoben und deshalb sofort präsent; sie weisen den unter Zeitdruck stehenden Schnellleser auf das Essentielle für die tägliche Arbeit hin. Schwer zugängliche Entscheidungen werden nicht nur mit dem korrekten Aktenzeichen zitiert, sondern sind in der Regel mindestens mit dem vollständigen Leitsatz abgedruckt. Formulierungsbeispiele helfen dem Kautelarjuristen.

Auch wenn *J. Mayer* die umfangreichsten Komplexe bearbeitet (knapp 50 % des Buchumfangs), so sind doch die Leistungen seiner vier Mitautoren durchweg beachtenswert, teilweise von hohem Niveau.

Die Beiträge des Mitautors *Bittler*, noch vor *Wälzholz* in der Autorenanreihung aufgeführt, muss man allerdings erst suchen: Er bearbeitet § 3 (S. 96–101), den Inhalt des Pflichtteilsanspruches. Der Leser wird durch dieses Kapitel etwas irritiert. Es werden Rechtsfragen erörtert, die schon bei *J. Mayer*, teilweise ausführlich, dargelegt wurden; wenn sie schon ein eigenes Kapitel wert sein sollten, müssten sie stärker vertieft werden. Ferner bearbeitet *Bittler* § 9 (S. 334–352), den Komplex um Auskunft und Wertermittlung. Gerade dieser Bereich spielt in der anwaltlichen Praxis eine dominante Rolle im Pflichtteilsrecht. Auch hier wünscht sich trotz durchweg ordentlicher Ansätze der Praktiker eine vertiefte Darstellung.

*Tanck* bearbeitet zunächst § 7 (S. 201–232), ein Kapitel über die Vorempfänge im Pflichtteilsrecht. Die Beispiele sind durchweg instruktiv. Notwendige Querverweise, vor allem zu

*Bittler* und umgekehrt, z. B. beim Auskunftsanspruch, konnte der Rezensent nicht finden, gleiches gilt vor allem bei *Tanck* im Kapitel über Ausgleichung und Anrechnung zu den von *J. Mayer* bearbeiteten Abschnitten. *Tanck* zeichnet auch verantwortlich über das anwaltliche Mandat im Pflichtteilsrecht (§ 13 = S. 493–613). Für den hauptberuflichen Notar sind diese Ausführungen durchweg interessant, sie erscheinen sehr hilfreich in der täglichen Praxis. Eine mögliche Vollständigkeit kann vom Rezensenten nicht beurteilt werden.

Ein Highlight in dem Werk, neben den Ausführungen *J. Mayers*, setzt *Siß*. Dieser wartet mit einem umfangreichen Kapitel zum Internationalen Pflichtteilsrecht auf (S. 627–901). Einer Einführung in die IPR-Systematik, der Rechtswahlmöglichkeiten, dem Regelungsbereich des Erbstatuts, die Möglichkeiten der Ergebniskorrekturen (z. B. über *ordre public*) sowie der gerade für den Rechtsanwalt wichtigen Zuständigkeitsfragen bei Pflichtteilsstreitigkeiten folgt eine Länderübersicht (S. 758 ff.), in welcher der Leser schnell und zuverlässig Information über die Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts in den wichtigsten Ländern der Welt erfährt. Hierbei beschränkt sich *Siß* nicht allein auf das Pflichtteilsrecht. Er untersucht jeweils auch darauf aufbauende Gestaltungsmöglichkeiten, wie die Zulässigkeit eines Erb- und/oder Pflichtteilsverzichts.

Im letzten Kapitel (S. 905–968) behandelt *Wälzholz* die steuerrechtlichen Fragen rund um den Pflichtteil. Seine Erläuterungen leiden etwas unter dem Problem, dass zum einen stilistisch teilweise eine Art Vortragsform gewählt wurde (z. B. die Ausführungen bei Rdnr. 2) und zum anderen auch die Querverweisungen zu den grundsätzlichen zivilrechtlichen Darstellungen in vorgängigen Kapiteln fehlen (z. B. bei Rdnr. 10 ein Hinweis auf § 3 Rdnr. 14 ff. oder bei Rdnr. 122 auf § 11 Rdnr. 2 ff.). Die Darstellung der Meinung des RFH bei Rdnr. 15 und die anschließende Verwerfung erscheint etwas gekünstelt. Überhaupt leben die Ausführungen von *Wälzholz* stark von den Stellungnahmen bei *Troll/Gebel/Jüllicher*. Ein Eingehen auf die Vielzahl anderer Fachautoren wäre wünschenswert, weil sich sonst der Leser dazu gezwungen sieht, gleich nur *Troll/Gebel/Jüllicher* zu lesen. Mit den Praxistipps, die grundsätzlich zu befürworten sind, hat der Leser bisweilen Verständnisschwierigkeiten: So bringt der Tipp bei Rdnr. 27 keine Lösung für den Problemkreis, der im Beispiel Rdnr. 26 angesprochen wurde. Der Formulierungsvorschlag bei Rdnr. 30 deckt nicht die im vorhergehenden Text geschilderten Prob-

leme; die Lösung findet man nur in der Fußnote. Bei Rdnr. 56 wird als Maßnahme gegen die Anwendung des § 42 AO auf die Notwendigkeit wesentlicher außersteuerlicher Gründe hingewiesen. Welche dies sein könnten, ist jedoch nicht aufgeführt.

Die Darstellung in den Rdnr. 103–122 ist etwas unübersichtlich. Man hätte voranstellen sollen die nunmehr parallele Besteuerung des Erbschaftsvertrags mit dem Erb- und Pflichtteilsverzicht.

Diese Detailkritik soll nur Anregung für eine Neuauflage sein. Denn im Übrigen sind die Ausführungen von *Wälzholz* durchweg kompakt und weitgehend umfassend. Zu loben ist die Darstellungsmethode, nämlich sich weitgehend streng an die oberstgerichtliche Rechtsprechung und, soweit eine solche nicht vorhanden, an die herrschende Literaturmeinung zu halten und nicht sich der Lust hinzugeben, eigene steuerlich riskante Konstruktionen zu entwickeln. Den Vorteil hat unmittelbar der Leser, weil er seine Mandanten auf sicheres Terrain führt.

Das Lob über den Inhalt und für die Autoren endet jedoch mit einer herben typografischen Kritik: Gerade für die – teils überlangen – Fußnotentexte oder Literaturlistungen, jedoch auch im Mengentext, ist der Zeilenabstand für den ungewöhnlich großen Schriftgrad zu gering. Es wäre besser gewesen – bei gleichem Platzverbrauch –, überall einen kleineren Schriftgrad zu wählen, bei größerem Durchschuss. Generell hätte dem Buch von der optischen Darstellung her mehr Weißraum gut getan. Der Bundsteg ist so klein, dass man schon nach wenigen Seiten bergauf und bergab lesen muss. Überhaupt ist unverständlich, wie man zu einer Barock-Antiqua als Werkschrift eine geometrisch konstruierte Grotesk für die Überschriften gesellen konnte. Der Verlag muss insoweit noch seine Hausarbeiten machen.

Mit dem „Handbuch des Pflichtteilsrechts“ wird die erbrechtliche Literatur bereichert, auch wenn Kinderkrankheiten einer ersten Auflage im wahrsten Sinne des Wortes sichtbar sind.

Gerade aber wegen der vorzüglichen Bearbeitung der Teile von *J. Mayer*, *Siß* und weitgehend auch *Wälzholz* hilft das Buch dem Notar als Nachschlagewerk in der täglichen Praxis. Da auch der Preis ansprechend ist, empfehle ich es sehr gerne.

Notar Prof. Dr. *Manfred Bengel*, Fürth

**Gerhardt/von Heintschel-Heinegg/Klein (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts – Familienrecht. 4., komplett überarb. und erw. Aufl., Luchterhand, 2002. 2 060 S., 99 €**

Nimmt man das rasche Erscheinen von Neuauflagen als Indiz für den Erfolg eines Buches, so ist am Erfolg des zu besprechenden Werkes nicht zu zweifeln. Dieser ist angesichts der kompetenten, umfassenden und dennoch gut lesbaren Darstellung des Familienrechts durch die durch viele Fachpublikationen ausgewiesenen Autoren gerechtfertigt. Wenn das Buch dennoch nicht den Weg in die Bibliothek eines jeden Notars finden wird, liegt dies an seiner Ausrichtung, die im Wesentlichen anwalts- und gerichtssorientiert ist. Das einzige speziell auf die notarielle Tätigkeit zugeschnittene Kapitel 12 – Vertragsgestaltung – gewährt dem, der sich regelmäßig mit der Gestaltung solcher Verträge befasst, einen übersichtlichen

Einstieg, mehr aber nicht. Der durch zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entflammten Diskussion um die richterliche Inhaltskontrolle wird eine Seite gewidmet. Die gewählte Formulierung, das Bundesverfassungsgericht habe „wegweisende Ausführungen zur Unwirksamkeit von familienrechtlichen Vereinbarungen“ gemacht, erscheint mir allerdings unglücklich gewählt, wenn nicht sogar irreführend. Vielmehr scheinen derzeit weder Vertragsgestalter noch Gerichte den Weg zu kennen, den familienrechtliche Vereinbarungen nach dieser Entscheidung in Zukunft gehen werden. Die Folgerungen von *Bergsneider* in Rdnr. 31 d und e bringen ebenfalls kaum Licht ins Dunkel. Für den Notar dürfte der Reiz des Buches deshalb eher darin liegen, Kenntnisse zu gewinnen, die er bei der Beratung und Vertragsgestaltung verwerten kann. Außerdem gibt die Aktualität der Auflage die Möglichkeit, die Beurteilung von Neuregelungen oder neue Rechtsprechung aus der Sicht anderer Praktiker kennen zu lernen.

Macht man sich auf die Suche nach solchen Stellen, so findet man z. B. im 4. Kapitel ab Rdnr. 370 eine instruktive Darstellung des kleinen Sorgerechts für gleichgeschlechtliche Lebenspartner, eine Regelung, die aus dem Wortlaut des § 9 LPartG sowie ihrem Sinn nach nur schwer verständlich ist. Instrukтив sind auch die Ausführungen *Oelkers* im selben Kapitel zur Regelungsbefugnis des Familiengerichts im Bereich des Umgangsrechts (Rdnr. 537 ff.). Wenn man sieht, wie detailliert die Einzelheiten des Umgangs durch gerichtliche Entscheidungen geregelt werden, so wird man bei einem entsprechenden Wunsch der Beteiligten kaum umhin können, ähnlich präzise Umgangsregelungen in eine Scheidungsvereinbarung aufzunehmen. Auf die durchaus interessante Frage, ob eine solche Regelung in notariellen Verträgen mit einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung versehen werden und diese ggf. auch noch durchgesetzt werden kann, findet sich naturgemäß keine Antwort.

Soweit dies bei diesem Thema überhaupt möglich ist, gibt *Gerhardt* im sehr umfangreichen Kapitel 6 klare und instruktive Hinweise zur Unterhaltsberechnung, ergänzt durch zahlreiche Berechnungsbeispiele. Zur viel diskutierten Regelung des § 1612 b Abs. 5 BGB finden sich zahlreiche Formulierungshilfen, die auch für eine vertragliche Vereinbarung des Kindesunterhalts verwendet werden können, wenn man diesen den gesetzlichen Vorgaben nachbilden möchte. Zur hoch-

aktuellen Frage des Unterhaltsanspruchs von Eltern gegenüber Kindern findet man ebenfalls instruktive Ausführungen, die allerdings die jüngsten Urteile des BGH nicht mehr einarbeiten konnten.

Sucht man nach sonstigen Zeiterscheinungen, so muss man etwas enttäuscht feststellen, dass das Stichwort Mediation im umfangreichen Stichwortverzeichnis nicht enthalten ist. Bei der unter dem Stichwort Schiedsgerichtsverfahren angegebenen Fundstelle landet man überraschend in einem Abschnitt, der mit „Gebühren Mediation“ überschrieben ist und in dem das Wort Schiedsgerichtsverfahren nicht vorkommt.

Die Kritik an diesen Kleinigkeiten zeigt, dass es bei dem Handbuch nichts Wichtiges zu kritisieren gibt. Vielmehr ist den Herausgebern und Autoren ein Werk aus einem Guss gelungen, welches das immer unübersichtlichere Rechtsgebiet des Familienrechts trotz seines großen Umfangs in klaren und verständlichen Kapiteln darbietet und insbesondere durch die Fülle der eingearbeiteten Rechtsprechung eine in der praktischen Anwendung sehr verlässliche Hilfestellung gibt. Es ist deshalb insbesondere als Nachschlagewerk für die nicht ganz alltäglichen Fragen des Notars uneingeschränkt geeignet und insoweit auch zur Anschaffung zu empfehlen.

Notar Dr. *Stefan Bandel*, Deggendorf

### **Schuch: Der Einfluss der Forderungsverjährung auf dingliche Sicherungsrechte. Duncker & Humblot, 2002. 237 S., 66 €**

1. Großes Lob verdient die von *Christoph Schuch* vorgelegte Untersuchung zur Dogmatik und Anwendungsreichweite des § 223 BGB a.F. / § 216 n.F. (Betreuer: *Hans-Joachim Musielak*, Univ. Passau).

2. a) Im ersten Teil (S. 23–82) arbeitet *Schuch* zum unmittelbaren Regelungsgehalt des § 223 Abs. 1 BGB, d. h. in der Anwendung der Norm auf Pfandrecht und Hypothek, die bereits vorgenommene Vermögensverschiebung als Geltungsgrund des § 223 Abs. 1 BGB heraus. Hierzu bedient er sich einerseits eines exakten Normvergleichs mit § 222 Abs. 2 Satz 2 BGB / jetzt § 214 Abs. 2 Satz 2 BGB n. F. (S. 44–50) wie auch andererseits eines Vergleichs mit der gesetzlichen Regelung zur Bürgschaft, bei der vor Inanspruchnahme des Bürgen eine Vermögensverschiebung im Sinne der Übertragung eines Rechts nicht stattfindet (S. 52–58). Von diesem – m. E. zutreffenden – Standpunkt aus bewertet *Schuch* die in der Diskussion zur Schuldrechtsreform unter anderem erwogenen akzessorietätsorientierten Korrekturbestrebungen zu § 223 BGB kritisch (S. 79–85).

b) Im zweiten Teil (S. 86–134) geht *Schuch* auf die nicht mehr ganz so deutlich gesetzlich geregelte Sicherungsübereignung beweglicher Sachen ein. Auch diese unterfällt § 223 Abs. 2 BGB. Der in der Literatur strittigste Punkt besteht im Falle der Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut (§ 930 BGB) in der Frage, wie der Gläubiger in den unmittelbaren Besitz des Sicherungsguts gelangt, um alsdann zur Verwertung schreiten zu können (S. 110–124). Ausgehend vom historischen Willen des Gesetzgebers (S. 88, 89), der mit § 223 Abs. 2 BGB eine Regelung u. a. zum Sicherungseigentum

treffen wollte, gewährt *Schuch* einen Anspruch auf Herausgabe des Sicherungsgutes aus der Eigentümerstellung des Gläubigers (§ 985 BGB). Das Besitzrecht des Sicherungsgebers (= Schuldners) entfalle, sobald der Gläubiger zur berechtigten Verwertung des Sicherungsgutes schreite (S. 113–124). Die Berechtigung zur Verwertung wiederum ergebe sich aus § 223 Abs. 2 BGB. Im Übrigen zeige gerade § 223 Abs. 2 BGB, dass das Gesetz einen solchen Herausgabeanspruch voraussetze. In entgegengesetzten Fällen, in denen das Sicherungsgut wegen Verjährung des gesicherten Anspruchs oder aus anderen Gründen nicht mehr verwertet werden könne, halte das Gesetz nämlich in keinem Fall ein inhaltsleeres Sicherungsgut aufrecht, sondern gebe dem Sicherungsgeber einen Anspruch auf Rückgabe des Sicherungsgutes (§§ 1169, 1254 BGB).

c) Schließlich wendet sich *Schuch* der umstrittenen, dafür allerdings praktisch (jedenfalls dem Umfang der zitierten Rechtsprechung nach zu urteilen) umso bedeutenderen Frage zu, in welchem Umfang § 223 BGB dem Eigentumsvorbehalts-Verkäufer ein Vorzugsrecht nach Verjährung der Kaufpreisforderung gewährt (S. 135–225). Entgegen der herrschenden Meinung, die indes im Rahmen der Schulrechtsmodernisierung Gesetz geworden ist (§§ 449 Abs. 2, 216 Abs. 2 Satz 2 BGB n. F.), lehnt *Schuch* die Möglichkeit des Verkäufers ab, nach Verjährung seiner Kaufpreisforderung noch auf die unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Ware zugreifen zu können. Das Besitzrecht des Käufers könne nämlich nicht mehr durch Rücktritt zu Fall gebracht werden, da die Rücktrittsberechtigung des Verkäufers durch Verjährung der Forderung erloschen sei. Ein einseitiges, neben dem vertraglichen Rücktrittsrecht bestehendes Herausgabeverlangen lehnt *Schuch* ab (S. 169–174). § 223 Abs. 2 BGB sei auf diesen Fall auch nicht anzuwenden, weil der Eigentumsvorbehalt *als Eigentum* des Verkäufers ernst genommen werden müsse; der Eigen-

tumsvorbehalt gebe anders als das Sicherungseigentum dem Verkäufer kein Verwertungsrecht (S. 175–195).

3. Die Arbeit von *Schuch* halte ich für Rechtswissenschaft *par excellence*: Er setzt sehr genau beim Wortlaut der Norm an, zieht die Gesetzssystematik in Betracht und geht erst nach Herausarbeitung dieser dogmatischen Argumente auf wirtschaftliche Betrachtungsweisen ein. Da er aber einen tragfähigen dogmatischen Standpunkt zuvor bereits gewonnen hat, betrachtet er die vom Gesetzgeber bestätigte herrschende Meinung mit ihrer wirtschaftlichen Gleichsetzung von Sicherungseigentum und Eigentumsvorbehalt kritisch, sogar ablehnend. Nicht sicher bin ich mir lediglich in der Frage, ob man mit *Schuch* die Sicherungsabtretung einer Forderung aus dem Anwendungsbereich des § 223 Abs. 2 BGB ausklammern kann (S. 133, 134) – jedoch liegt diese Frage von vornherein außerhalb seines Arbeitsthemas, so dass er

hierauf nur auf zwei kurzen Seiten eingeht. Zwar ist die Forderung ein obligatorisches Recht; es wechselt aber durch die Sicherungszession der Forderung die Inhaberschaft an derselben. Für das Verhältnis von Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer steht daher die Forderung m. E. dem Sicherungseigentum an einer beweglichen Sache gleich.

4. Für die notarielle Tätigkeit ist die Arbeit gleichwohl naturgemäß unergiebig. Hypothek wie Grundschuld fallen – durch die Schuldrechtsmodernisierung unverändert – in den Anwendungsbereich des § 223 BGB (nun § 216 BGB). Allenfalls hätte man der Arbeit von *Schuch* Gegenargumente gegen Reformbestrebungen zu § 223 BGB entnehmen können, die auch aus dem notariellen Bereich befürwortet wurden (S. 131, 132), die dann aber ohnehin im Rahmen nicht Gesetz geworden sind.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg am Main

**Priester/Mayer (Hrsg.): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3. Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 2., Neubearb. Aufl., Beck, 2003. 1714 S., 142 € (bei Gesamtabnahme 132 €)**

Rund sieben Jahre nach der in der Fachwelt bereits einmütig begrüßten ersten Auflage wird die Darstellung des grundlegenden Rechts der GmbH mit dem zu besprechenden Werk auf den neuesten Stand gebracht.

Das (etwas erweiterte) Autorenteam besteht nach wie vor beinahe ausschließlich aus ausgewiesenen gesellschaftsrechtlichen Praktikern, darunter mehrere bayerische Notare, was für die Leser dieser Zeitschrift allein schon ein Positivum sein wird.

Dargestellt wird die Entwicklung der GmbH in chronologischem Ablauf von der Gründung über die einzelnen Phasen des Bestands bis hin zur Beendigung durch Liquidation bzw. Umwandlung.

Die um rund 300 Seiten erweiterte Neuauflage beinhaltet die gesamte Rechtsentwicklung bis weit in das Jahr 2002, so die Reform des Umwandlungsrechts, die (allerdings sehr knapp und cursorisch gehaltene) Euroumstellung und die Auswirkungen der verschiedenen aktienrechtlichen Änderungsgesetze; Gleiches gilt selbstverständlich für die Einarbeitung der neuen Rechtsprechung. Das Buch ist wegen der kurzen Zeit zwischen Redaktionsschluss und Erscheinungstermin hochaktuell. Soweit Rechtsprechung aus Zeitgründen nicht verwertet werden konnte, wie etwa die neue Rechtsprechung des BGH zur Verlustdeckungshaftung bei Aufgabe der Eintragungsabsicht vom 4.11.2002, ist das zu Grunde liegende Rechtsproblem ausführlich und mit wissenschaftlichem Anspruch dargestellt, so dass sich allein aus den aufgeführten Argumenten das BGH-Urteil prognostizieren ließ (§ 16 Rdnr. 62).

Bei der Lektüre fällt auf, dass es beinahe allen Autoren gelingt, eine immense Menge an Information auf kleinem Raum zusammenzustellen. Kaum eine Frage wird ausgelassen. Erreicht wird dies durch ein knappes Referieren der (eigenen und fremden) Meinungen. Wissenschaftlich fundierte und entsprechend detaillierte Ausführungen finden sich – gewiss auch autorenabhängig – gleichwohl bei den wirklich zentralen Stellen. Ansonsten wird zur weiteren Vertiefung und zum Nachweis der jeweils zitierten Auffassungen umfassend – zum Teil nach jedem zweiten Satz – auf leicht zugängliche Quellen, vor allem Kommentare, verwiesen. Dies ist nach Auffassung des Rezensenten auch der Sinn eines Handbuchs, das wissenschaftliche Problemstellungen zwar nennen, sich aber nicht in deren Auseinandersetzung verlieren soll.

Besonders positiv seien – im Anschluss an das Lob von *Langenfeld* zur Voraufgabe in *BWNotZ* 1996, 151 – aus der Sicht des nicht hauptsächlich gesellschaftsrechtlich beschäftigten Notars die klaren, praxisorientierten und verständlichen Ausführungen von *Mayer* zum Umwandlungsrecht unter GmbH-Beteiligung (§ 73) hervorgehoben; sie sind für die umwandlungsrechtlichen Standardfälle – und diese sind bei jedem „gewöhnlichen“ Notar die Regelfälle – eine echte Hilfe.

Nicht wiederholt werden soll hier die bekannte Diskussion, ob zur konkreten Problemlösung ein Handbuch oder ein Kommentar die geeignete Hilfe darstellt. Sicher ist das gezielte Auffinden einzelner Punkte ein trotz des ausführlichen Sachverzeichnisses mitunter schwieriger und damit zeitaufwendiger Weg, der nicht stets bereits im ersten Ansatz zum Ziel führt. Wer jedoch eine Möglichkeit sucht, ein bestimmtes Rechtsproblem in seinem Zusammenhang dargestellt zu bekommen, hat mit diesem Werk eine klare und praxistaugliche Unterstützung gewonnen. Es kann besten Gewissens zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar *Michael Habel*, Altötting

**Eisele: Vertragliches Einvernehmen über die Auslegung unklarer letztwilliger Verfügungen. O. Schmidt, 2002. 176 S., 44,80 € (Schriftenreihe der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Bd. 11)**

Die Schriftenreihe der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung hat sich zum Ziel gesetzt, den Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Notariat voranzubringen. Veröffentlicht werden sollen Arbeiten, die zugleich wissenschaftlichen Ansprüchen genügen und in Themenstellung wie Ausführung praktische Relevanz für das Notariat haben. In Band 11 dieser Schriftenreihe, einer an der Universität Würzburg betreuten Dissertation, setzt sich *Eisele* mit dem erbrechtlichen Auslegungsvertrag auseinander. Obwohl sich die erbrechtliche Praxis häufig mit unklar formulierten – vornehmlich privatschriftlichen – Testamenten konfrontiert sieht und deshalb ein unabwiesbares Bedürfnis nach solchen Vereinbarungen besteht, waren dieser Vertragstyp und seine Rechtswirkungen bislang eher selten Gegenstand intensiver wissenschaftlicher Erörterung. Das erstaunt insofern, als sich Vereinbarungen über die Auslegung letztwilliger Verfügungen in einem äußerst komplexen Spannungsfeld zwischen grundlegenden Prinzipien des Vertrags-, Erb- und Verfahrensrechts bewegen. Dementsprechend gliedert *Eisele* seine Untersuchung in einen materiell-rechtlichen und in einen verfahrensrechtlichen Teil.

Im ersten, materiell-rechtlichen Teil geht *Eisele* von dem Grundsatz aus, dass die Erbrechtslage durch Vereinbarungen der Erbschaftsanwärter nicht beeinflusst werden kann (§ 2). Mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur stützt *Eisele* diese These letztlich auf die von Art. 14 GG geschützte Testierfreiheit des Erblassers, die sich gegenüber der Vertrags- und Gestaltungsfreiheit der Hinterbliebenen durchsetze. Konstruktiv sieht *Eisele* in einem Auslegungsvertrag daher eine schuldrechtliche Vereinbarung der Beteiligten dahingehend, sich so zu stellen, als sei die vereinbarte Auslegung zutreffend (§ 3 I). Für den Fall, dass diese Auslegung nicht der wahren Erbrechtslage entspricht, bedarf es dann einer – vorsorglichen – Erbschafts- bzw. Erbteilsübertragung gemäß §§ 2385 Abs. 1 Alt. 2. Für den Regelfall eines erbrechtlichen Auslegungsvertrages geht *Eisele* konsequenterweise vom Erfordernis der notariellen Beurkundung der Vereinbarung gemäß § 2371 BGB aus, wenngleich je nach konkreter Fallgestaltung hinsichtlich des Umfangs des Formerfordernisses feinsinnig differenziert wird (§ 3 II). Die Haftung des wahren Erben gegenüber Nachlassgläubigern wird nach *Eisele* durch eine solche Vereinbarung nur insoweit berührt, als diese am Auslegungsvertrag beteiligt werden (§ 4). Der Autor erörtert auch die bemerkenswerte erbschaftsteuerrechtliche Behandlung solcher Vereinbarungen; im Erbschaftsteuerrecht so genannte „Erbvergleiche“ werden nämlich nach ständiger Finanzrechtsprechung in erheblichem Umfang der Erbschaftsbesteuerung zugrunde gelegt. Der materiell-rechtliche Teil schließt mit der Darstellung möglicher Gründe für das Scheitern eines Auslegungsvertrages (§ 5).

Im Zentrum des zweiten, verfahrensrechtlichen Teils der Untersuchung steht die Frage, inwieweit die Beteiligten eines erbrechtlichen Auslegungsvertrages Einfluss auf das Erbscheinsverfahren nehmen können (§§ 6 und 7). Der Autor vertritt hier eine restriktive Auffassung dahingehend, dass die Amtsermittlungspflicht des Erbscheinsrichters durch einen Auslegungsvertrag nicht berührt wird und der Auslegung der letztwilligen Verfügung durch die Beteiligten bei der Erteilung des Erbscheins auch keine indizielle Bedeutung zukommt. Letztlich konsequent wird auch dieses Ergebnis mit der Testierfreiheit des Erblassers begründet, deren Verwirk-

lichung das Erbscheinsverfahren dienen soll. Im Konfliktfall genießt daher nach *Eisele* die Durchsetzung der „wahren Erbrechtslage“ auch gegenüber einer pragmatischen, den Erblasserwillen tendenziell vernachlässigenden Auslegung den Vorrang. Der Autor arbeitet aber auch heraus, dass die Parteien unter geschickter Nutzung der Dispositionsmaxime und über die Bindung des Erbscheinrichters an rechtskräftige Feststellungsurteile hinsichtlich des Erbrechts in gewissem Rahmen Einfluss auf das Erbscheinserteilungsverfahren nehmen können. Von besonderem Interesse für die notarielle Praxis sind die Überlegungen zur Bedeutung von Auslegungsverträgen im Grundbuchverfahren (§ 8). Für den Vollzug eines Auslegungsvertrages im Grundbuch hält *Eisele* in aller Regel die Erteilung eines Erbscheins für unumgänglich, da Bewilligungen nach § 22 Abs. 2 GBO Erklärungen des wahren, nicht eines vermeintlichen Berechtigten voraussetzen. Eine Ausnahme von der Erforderlichkeit der Erbscheinserteilung für die Grundbuchberichtigung soll nur gelten, wenn sich der Auslegungsvertrag auf eine in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen bezieht. Dieser Fall dürfte in der Praxis jedoch die Ausnahme sein. Eine weitere, von *Eisele* nicht erörterte Ausnahme wäre wohl auch für den Fall denkbar, dass sämtliche als Erben in Betracht kommenden Personen an der Vereinbarung beteiligt sind und diese notariell beurkundet wird. Hinsichtlich des Ablaufs des Eintragsverfahrens unterscheidet der Autor: Stimmt der Inhalt des Auslegungsvertrages mit der „wahren“, im Erbscheinsverfahren festgestellten Erbfolge überein, erfolgt die berichtige Eintragung gemäß §§ 22 Abs. 1, 35 Abs. 1 GBO. Andernfalls vollzieht das Grundbuchamt die bedingte im Auslegungsvertrag vereinbarte, vom wahren Eigentümer bewilligte Erbteilsübertragung. Nach Ausführungen zu zivilprozessualen Aspekten eines Auslegungsvertrages (§ 9) endet der verfahrensrechtliche Teil mit Ausführungen zur Vollstreckungsfähigkeit im Erbscheinsverfahren geschlossener Vergleiche (§ 10). Anders als das BayObLG hält *Eisele* solche Vergleiche für vollstreckbar. Zutreffend weist er jedoch auf den in Betracht der Rechtsprechung des BayObLG sichereren Weg zur Vollstreckbarkeit über eine notarielle Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO hin.

Der klar gegliederten Arbeit gelingt es, die zahlreichen und komplexen Rechtsfragen, die erbrechtliche Auslegungsverträge aufwerfen, zu strukturieren und die besonderen Querverbindungen zwischen den materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Problemen herauszuarbeiten. Die von *Eisele* vorgeschlagenen Lösungen überzeugen zumeist. Nicht einschränkungslos gelungen sind die in der Einführung entwickelten drei Fallgruppen, auf die in der Untersuchung immer wieder Bezug genommen wird; sie sind sehr abstrakt und bleiben daher blass. Ferner wäre es für den Leser etwas einfacher, wenn die jeweilige Bezugnahme auf diese Fallgruppen drucktechnisch deutlicher vom übrigen Text abgesetzt worden wäre. Dies schmälert den positiven Gesamteindruck indes kaum. Für denjenigen, der sich näher mit den dogmatischen Grundlagen dieses Vertragstyps befassen will, führt an der Arbeit *Eiseles* kein Weg vorbei. Auch wenn die Untersuchung zivilprozessualen Fragen breiten Raum einräumt und – für eine Dissertation nicht überraschend – keine Formulierungsvorschläge anbietet, ist deren Lektüre für den Vertragsgestalter, insbesondere auch für den Notar, interessant und anregend, gibt sie doch zahlreiche wertvolle Hinweise auf regelungsbedürftige Punkte bei der Ausarbeitung eines erbrechtlichen Auslegungsvertrages. Der Zielsetzung der Schriftenreihe der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung wird die Arbeit *Eiseles* einschränkungslos gerecht.

Notar *Benedikt Selbherr*, Hof

**Wagner/Rux: Die GmbH & Co. KG. 9., erg. und aktualisierte Aufl., Haufe, 2001. 542 S., 89 €**

Die GmbH & Co. KG hat, trotz der steuerlicher Begünstigungsvorschriften für Kapitalgesellschaften, in der Rechtspraxis weiterhin eine große Bedeutung, besonders für Unternehmen des Mittelstandes. Nach wie vor sind im Ergebnis in der Regel die steuerlichen Belastungen für Personengesellschaften günstiger als bei Kapitalgesellschaften, wengleich im Einzelfall eine genaue steuerliche Analyse erforderlich ist (vgl. z. B. auch die steuerliche Belastung bei der Erbschaftsteuer und die Anregung einer Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft zur Vorbereitung der Unternehmensnachfolge, *Schwedhelm*, ZEV 2003, 8 ff.). Für den mittelständischen Betrieb ist und bleibt die GmbH & Co. KG in vielen Fällen die geeignete Rechtsform, die steuerrechtliche Vorteile mit der beschränkten Haftung kombiniert. Jeder Praktiker, der in der Rechtsberatung mit der GmbH & Co. KG befasst ist, weiß, dass sie an die Rechtsgestaltung erhebliche Anforderungen stellt. Die Verzahnung der Gesellschaftsverträge der GmbH und der KG, die vielfältigen steuerlichen Vorgaben sowie auch erbrechtlichen Besonderheiten der Personengesellschaften erfordern Kenntnisse der verschiedensten Rechtsbereiche und eine sorgfältige rechtliche Gestaltung.

Das vorliegende Werk, das mittlerweile in 9. Auflage erscheint, versteht sich vor allem als Praktikerwerk, das kompaktartig die verschiedenen Fragen des Handels-, Gesellschafts- und Steuerrechts prägnant zusammenfasst. Dem Praktiker soll dadurch die Möglichkeit gegeben werden, sich über den derzeitigen Stand von Literatur und Rechtsprechung in konzentrierter Form zu informieren. Ein Anhang mit verschiedensten Mustern soll es dem Praktiker erleichtern, die Gestaltung im Einzelfall umzusetzen. Diesem praktischen Bedürfnis folgt auch der Aufbau des Werkes: Dem Leser wird eine auf praktischen Erfahrungen beruhende Darstellung der GmbH & Co. KG in ihrem „Lebenszyklus“ – von der Gründungsphase bis zur Auflösungsphase – geboten, dabei werden immer die steuerlichen und gesellschaftsrechtlichen Teile getrennt, aber eng nebeneinander behandelt. Die 9. Auflage soll vor allen Dingen die Änderungen durch das Handelsrechtsreformgesetz, das am 1.7.1998 in Kraft getreten ist, und durch das Kapitalgesellschaften & Co.-Richtliniengesetz vom 24.2.2000 sowie die steuerrechtlichen Änderungen berücksichtigen.

Diesem praktischen Anspruch wird das Werk gerecht: Es gibt einen guten Überblick über die nicht einfachen Fragen der verschiedenen Gestaltungsebenen bei der GmbH & Co. KG und führt den Leser auch in die steuerrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Problemstellungen ein. Wissenschaftlich vertiefte Erörterungen kann und will es aufgrund dieses Ansatzes nicht leisten. Für den Praktiker wertvoll sind auch die vielfältigen Gestaltungshinweise, die insbesondere die Fragen der Verzahnung der beiden Gesellschaftsverträge behandeln.

Negativ anzumerken ist allerdings, dass entgegen der Ankündigung im Vorwort nicht alle gesetzlichen Neuregelungen berücksichtigt sind. So ist sowohl bei den Mustern als auch bei der Frage der Anmeldung zum Handelsregister noch nicht berücksichtigt, dass die Gesellschafter nicht mehr die Firma zu zeichnen haben, sondern nur noch ihre Namensunterschrift unter Angabe der Firma (§ 18 Abs. 2 HGB). Diese Regelung wurde bereits durch das Handelsrechtsreformgesetz eingeführt. Die Diskussion, was unter Angabe der Firma zu verstehen ist, wird demgemäß nicht behandelt. Auch die aktuelle Diskussion zur Befreiung von § 181 BGB wird m. E. nicht

ausreichend behandelt. Die Problematik des Selbstkontrahierens stellt sich auf drei Ebenen. Im Verhältnis zwischen KG und GmbH ist anerkannt, dass die Befreiung im Handelsregister eingetragen werden kann. Umstritten war, ob die Befreiung des GmbH-Geschäftsführers zum Selbstkontrahieren für Rechtsgeschäfte mit der KG eingetragen werden kann. Die überwiegende Rechtsprechung lässt dies unter bestimmten Voraussetzungen mittlerweile zu (vgl. BayObLG GmbHR 2000, 91 = MittBayNot 1999, 390; BayObLG MittBayNot 2000, 241).

In der Praxis immer wieder Probleme bereitet die Übertragung der Kommanditeinlage und die daraus folgende Haftung. Richtigerweise wird hier darauf hingewiesen, dass zur Vermeidung einer Haftung nach § 176 HGB die Abtretung unter der aufschiebenden Bedingung erfolgen sollte, dass der neue Kommanditist im Handelsregister eingetragen ist (Rdnr. 547). Problematisch an dieser Lösung ist allerdings, dass die Beteiligung in der Regel aus steuerlichen und verwaltungstechnischen Gründen an einem bestimmten Stichtag übergehen soll (so zu Recht *K. Schmidt*, NJW 1983, 2260). In der Literatur wird daher die Kombination der aufschiebend bedingten Anteilsübertragung mit einer auflösend bedingten Verwaltungstreuhand vorgeschlagen, die im Innenverhältnis zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber bereits die Übertragungsfolgen vorwegnimmt (so *Schlegelberger/K. Schmidt*, HGB, 5. Aufl. 1986, § 176 Rdnr. 30). Wird ein sofortiger gesellschaftsrechtlicher Beitritt gewünscht, könnte ein aufschiebend bedingter Beitritt als Kommanditist auf den Stichtag der Eintragung verbunden mit dem sofortigen, aber auflösend bedingten Beitritt als stiller Gesellschafter vereinbart werden (so *Kellermann/Stodolkowitz*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1994, S. 117). Ebenfalls in Betracht kommt der aufschiebend bedingte Beitritt verbunden mit der schuldrechtlichen Verpflichtung für die übrigen Gesellschafter und die Gesellschaft, den neuen Kommanditisten nach Eintritt der Bedingung im Innenverhältnis so zu stellen, als sei er bereits zum Abschluss des Beitrittsvertrages Kommanditist geworden (vgl. *Kellermann/Stodolkowitz*, a. a. O.).

Auch die aktuelle Rechtsprechung zur Abfindungsklausel wird m. E. nicht ganz zutreffend wiedergegeben. Bei Rdnr. 604 wird darauf hingewiesen, dass Buchwertklauseln nach § 138 BGB nichtig sind. Der BGH hat vor einigen Jahren seine Rechtsprechung zu diesen Rechtsfolgen geändert und geht jetzt davon aus, dass die Klauseln grundsätzlich nicht nichtig, sondern immer im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung anzupassen sind. In den Urteilen vom 24.5.1993 (NJW 1993, 2101) und vom 20.9.1993 (NJW 1993, 3193) und späteren hat der BGH einen neuen dogmatischen Ansatz gewählt. Er unterwirft nunmehr Abfindungsklauseln einer zweifachen Prüfung:

(1) Zunächst ist zu prüfen, ob die Abfindungsklausel sittenwidrig ist. Das ist nur dann der Fall, wenn der in der Abfindungsklausel vereinbarte Wert im Verhältnis zum Verkehrswert *im Zeitpunkt des Vertragsschlusses* ein grobes Missverhältnis darstellt. Lag zum damaligen Zeitpunkt beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages der Abfindungsbetrag 20 bis 30 % unter dem Verkehrswert, dann wird in der Regel ein solches grobes Missverhältnis nicht gegeben sein; die Klausel ist dann wirksam.

(2) Hat sich allerdings aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens *im Zeitpunkt des Ausscheidens* der reale Wert des Anteils so weit von dem Abfindungswert entfernt, dass ein erhebliches Missverhältnis zwischen beiden besteht, dann hat der Ausscheidende über den im Vertrag ver-



einbarten Wert einen Abfindungsanspruch, der jedoch auch unter dem Verkehrswert liegen kann.

In einem solchen Fall sind Abfindungsmaßstab und Abfindungsbetrag durch ergänzende Vertragsauslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles entsprechend den veränderten Verhältnissen neu zu ermitteln. Dieses nachträglich eintretende grobe Missverhältnis zwischen Buchwert und wirklichem Wert führt allerdings – entgegen früherer Rechtsprechung – nicht zur Nichtigkeit der Regelung; diese bleibt vielmehr als solche wirksam. Es ist vielmehr der Inhalt der Abfindungsklausel unter der Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben an die geänderten Verhältnisse zu ergänzen.

Auch in steuerlicher Hinsicht wünscht man sich bei den für die Praxis wichtigen Fragen ausführlichere Hinweise, insbe-

sondere zu den Fragen der Einbringung von Vermögensgegenständen in die GmbH & Co. KG und die Übertragung von Vermögensgegenständen aus dem Gesamthandsvermögen, insbesondere bei Betriebsvermögen und umgekehrt. Hier beschränken sich die Ausführungen zu diesen Fallgestaltungen, die für die Praxis von eminenter Bedeutung sind, auf die Wiedergabe des BMF-Schreibens vom 7.6.2001.

Auch bei den Mustern sollten für die Neuauflage einige Ergänzungen aufgenommen werden. So fehlt z. B. beim Muster 9 (Anmeldung des Formwechsels einer GmbH in eine GmbH & Co. KG) die nach dem Handelsrechtsreformgesetz erforderliche Angabe der Vertretungsbefugnis in der GmbH & Co. KG.

Positiv zu bemerken ist, dass die Muster auf einer CD-ROM in der täglichen Praxis elektronisch sofort zur Verfügung stehen.

Notar Dr. Peter Limmer, Würzburg

**Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle: Naturschutzrecht in Bayern. 20. Ergänzungslieferung, Stand Dezember 2002, Jehle-Rehm. 224 S., 63,80 €**

Die 20. Aktualisierungslieferung bringt den Vorschriftenteil auf den neuesten Stand und enthält ausführliche Erläuterungen zu den Bestimmungen über Landschaftsschutzgebiete (Art. 10 BayNatSchG) und den Vorschriften über die Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung (Art. 13 b, 13 c, 49 a BayNatSchG). Die für die notarrechtliche Praxis bedeutsame Bestimmung des Vorkaufsrechts (Art. 34 BayNatSchG) wurde auf den Stand der Schuldrechtsmodernisierung gebracht. Wei-

tergehende Änderungen der Kommentierung sind allerdings nicht erfolgt. Neuere Entscheidungen wie z. B. BayVGH v. 31.5.2001, NJW-RR 2002, 228, BayObLG v. 1.8.2000, NJW-RR 2000, 1687, und VG Regensburg v. 26.10.2001, NuR 2002, 313, sowie die Neuauflage von *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 8. Aufl. 2002 (vgl. Rdnr. 32, wo noch die 6. Auflage zitiert wird) wurden noch nicht berücksichtigt. Dies ist der dringende Wunsch an eine demnächst erscheinende Ergänzungslieferung.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. BGB § 242 (*Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Grundstücksveräußerung an Kind und dessen Ehegatten*)

**Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei der Veräußerung eines Grundstücks von Eltern an ihren Sohn oder ihre Tochter und deren Ehepartner, wenn die Ehe später scheidet.**

BGH, Urteil vom 8.11.2002, V ZR 398/01; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### *Zum Sachverhalt:*

Der Beklagte war mit der Tochter des Klägers verheiratet. Die Ehe wurde am 17.12.1997 rechtskräftig geschieden. Mit notariellem Vertrag vom 1.9.1993 verkaufte der Kläger seiner Tochter und dem Beklagten ein Anwesen von rund 1 000 m<sup>2</sup> mit Wohnhaus und landwirtschaftlicher Fläche für 300.000 DM, zahlbar an die Raiffeisenbank F zur Ablösung einer in dieser Höhe valutierenden Buchgrundschuld, die die Erwerber zwecks späterer Kreditaufnahme als Eigentümergrundschuld übernehmen wollten. Die Erwerber wurden zu gleichen Teilen als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Die Parteien streiten darüber, ob es sich bei dem Vertrag um eine gemischte Schenkung oder um einen Kaufvertrag gehandelt hat. Der Kläger meint, jedenfalls habe dem Vertrag die beiderseitige Vorstellung zugrunde gelegen, dass die Ehe seiner Tochter mit dem Beklagten fortbestehe. Nur deswegen habe er den Grundbesitz weit unter Wert veräußert. Nach dem Scheitern der Ehe sei die Geschäftsgrundlage entfallen, und der Beklagte müsse die Hälfte des über den Kaufpreis hinausgehenden Wertes zurückzahlen.

#### *Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht lässt dahingestellt, ob es sich bei dem notariellen Vertrag um eine gemischte Schenkung oder um einen Kaufvertrag gehandelt hat. Jedenfalls habe nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage eine Vertragsanpassung dahin zu erfolgen, dass der Beklagte die Hälfte der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Verkehrswert des Kaufgegenstandes nachzuzahlen habe. Aus den Umständen sei nämlich zu schließen, dass der Vertragsgestaltung die für den Beklagten erkennbare Vorstellung des Klägers zugrunde gelegen habe, dass die Ehe seiner Tochter mit dem Beklagten fort dauere. Diese Grundlage sei mit der Scheidung weggefallen.

II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Die von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen lassen schon nicht erkennen, ob die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) im Hinblick auf eine bei dem Kläger vorhandene Vorstellung, die Ehe seiner Tochter mit dem Beklagten werde fortbestehen, überhaupt anwendbar sind. Dies kommt in Betracht, wenn dem Beklagten das Grundstück zusammen mit seiner damaligen Frau teilweise unentgeltlich zugewendet wurde, sei es, dass es sich dabei um eine gemischte Schenkung gehandelt hat (vgl. BGH, Urt. v. 19.1.1999, X ZR 60/97, NJW 1999, 1623, 1624 f.), sei es, dass es um eine mit Rücksicht auf die Ehe mit der Tochter und zur Begünstigung des ehelichen Zusammenlebens in einem Familienheim gemachte Zuwendung geht, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nach den Regeln

über ehebezogene (sog. unbenannte) Zuwendungen unter Ehegatten zu behandeln ist (BGHZ 129, 259, 264 ff.; BGH, Urt. v. 4.2.1998, XII ZR 160/96, FamRZ 1998, 669, 670). Das Berufungsgericht hat indes die Frage, ob eine gemischte Schenkung vorliegt, nicht geklärt und auch keine Feststellungen dazu getroffen, ob von einer objektiv unentgeltlichen Zuwendung zur dauerhaften wirtschaftlichen Sicherung oder Förderung der ehelichen Lebensgemeinschaft auszugehen ist. Ohne Feststellungen hierzu bleibt aber die Annahme, der Kläger habe – für den Beklagten erkennbar – seine Entschließung auf der Vorstellung aufgebaut, dass die Ehe seiner Tochter mit dem Beklagten fort dauere, ohne Grundlage. Denn bei einem „reinen Kaufvertrag“, von dem nach den Ausführungen des Berufungsgerichts revisionsrechtlich auszugehen ist, scheidet eine Vertragsanpassung nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zwar nicht generell aus. Doch gibt es nach den bislang getroffenen Feststellungen keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Fortbestand der Ehe Geschäftsgrundlage des Vertrages war. Die vertraglichen Leistungen sind vereinbarungsgemäß erbracht worden. Etwaige Störungen des Äquivalenzverhältnisses bleiben bis zur Grenze des § 138 BGB unbeachtlich. Nur wenn eine unentgeltliche Zuwendung an den Beklagten unterstellt wird, kommt nach den hier vorliegenden Umständen die Vorstellung von einem Fortbestehen der Ehe als Geschäftsgrundlage des Vertrages ernsthaft in Betracht.

2. Schon aus diesem Grund hat das angefochtene Urteil keinen Bestand. Das Berufungsgericht wird zunächst zu klären haben, ob die Veräußerung des Grundstücks nach dem Willen der Parteien als eine teilweise unentgeltliche Zuwendung an den Beklagten anzusehen ist, sei es als (gemischte) Schenkung, sei es als sog. unbenannte Zuwendung. Bei dieser Frage können die Überlegungen eine Rolle spielen, die das Berufungsgericht zur Begründung seiner Auffassung angestellt hat, dass der Fortbestand der Ehe der Tochter des Klägers Geschäftsgrundlage der Grundstücksveräußerung gewesen sei. Die dazu bislang getroffenen Feststellungen können der Entscheidung indes nicht zugrunde gelegt werden, da sie – wie die Revision zu Recht rügt – rechts- und verfahrensfehlerhaft sind.

Das Berufungsgericht stützt seine Würdigung unter anderem auf den Vortrag des Beklagten. Anlass für den Verkauf durch den Kläger sei die Notwendigkeit der Ablösung von Bankverbindlichkeiten gewesen. In einer solchen Situation versuche man, einen möglichst hohen Preis zu erzielen. Wenn sich der Kläger hier mit einem besonders niedrigen Preis zufrieden gegeben habe, so spreche das dafür, dass der Kläger von der Vorstellung ausgegangen sei, die Ehe seiner Tochter habe Bestand. Dies habe auch der Beklagte erkannt.

Hierbei verkennt das Berufungsgericht die ambivalente Bedeutung des von ihm bewerteten Umstands. Zwar ist es richtig, dass derjenige, der drängende Schulden abtragen muss, durch einen Verkauf einen möglichst hohen Preis erzielen möchte. Die Erfahrung zeigt indes, dass solchen Notverkäufen häufig ein besonders günstiger Preis eigen ist. Mit dieser naheliegenden Möglichkeit hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt.

Hinzu kommt, dass das Berufungsgericht die Darlegungslast verkannt hat. Für die Umstände, auf die die Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt werden soll, ist derjenige darlegungs- und beweispflichtig, der sich darauf beruft (vgl. nur *Baumgärtel/Strieder*, Hand-

buch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., § 242 Rdnr. 17 m. w. N.). Wenn also das Berufungsgericht seine Wertung auf Vortrag des Beklagten stützt, so hätte dies zunächst einmal vorausgesetzt, dass sich der darlegungs- und beweisbelastete Kläger diesen Vortrag wenigstens hilfsweise zu eigen gemacht hätte. Dazu trifft das Berufungsgericht keine Feststellungen. Vor allem aber hätte es aus dem Vorbringen des Beklagten nicht nur den Hinweis auf den Anlass des Verkaufs zugrunde legen dürfen, ohne die weiter in diesem Zusammenhang vorgetragenen Umstände zu berücksichtigen. Diese aber legen die Annahme, dass es sich im vorliegenden Fall um einen Notverkauf zu besonders günstigen Bedingungen gehandelt hat, besonders nahe. Danach soll der Kläger das Grundstück nämlich deshalb verkauft haben, weil er die Tilgungsraten für laufende Darlehen nicht mehr habe aufbringen können. Dabei sei der Notverkauf an ihn, den Beklagten, und die Tochter des Klägers vor allem deswegen vorgenommen worden, weil bei einem Verkauf an außenstehende Dritte die finanzielle Notlage offenbar geworden wäre, was der Reputation des Geschäfts des Klägers geschadet hätte. Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht übergangen.

Vor diesem Hintergrund verliert zudem das ohnehin nur schwache Argument des Berufungsgerichts an Bedeutung, dass nämlich das nahe Angehörigenverhältnis für die Annahme spreche, Geschäftsgrundlage für den Verkauf sei der Fortbestand der Ehe gewesen. Denn abgesehen davon, dass ohnehin nicht jedem Geschäft mit nahen Angehörigen eine solche oder ähnliche Vermutung innewohnt und dass auch die Erwähnung der verwandtschaftlichen Beziehung des Beklagten im Vertrag („Schwiegersohn“) insoweit wenig aussagekräftig ist (vgl. auch BGH, Urt. v. 19.1.1999, X ZR 60/97, NJW 1999, 1623, 1624 f.), so lässt der Vortrag des Beklagten andere Motive in den Vordergrund rücken als die einer Zuwendung, die der Sicherung der Ehe der Tochter des Klägers dienen sollte.

III. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass hinsichtlich der Frage, ob das Grundstück unter Wert veräußert wurde, die Rüge der Revision, Vortrag des Beklagten sei übergangen worden, unbeachtlich ist. Der Umstand, dass im Zeitpunkt der Veräußerung auf dem Grundstück eine in Höhe von 300.000 DM valutierende Grundschuld lastete, ist für die Bestimmung des Preis-Leistungs-Verhältnisses ohne Bedeutung. Es mag allerdings den Vortrag des Beklagten stützen, dass es den Parteien in erster Linie um die Ablösung der den Kläger drängenden Schulden gegangen sei, entsprach doch der Preis genau der Summe, die zur Ablösung der Grundschuld bzw. deren Übernahme als Eigentümergrundschuld erforderlich war.

Unzutreffend ist auch die Annahme der Revision, der Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage stünden auch die Erwägungen des Bundesgerichtshofs entgegen, wonach der Beklagte vor einer zweimaligen Inanspruchnahme zu bewahren sei, einmal im Verhältnis zum Zuwendenden durch Vertragsanpassung nach § 242 BGB und einmal im Verhältnis zu dem geschiedenen Ehepartner durch Zugewinnausgleichsansprüche (BGH, Urt. v. 12.4.1995, XII ZR 58/94, NJW 1995, 1889). Zum einen trägt der Beklagte schon nicht vor, dass er durch eine Bewertung unentgeltlicher Zuwendungen im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb Zugewinnausgleichsansprüchen seiner früheren Ehefrau ausgesetzt ist oder war. Zum anderen besteht die Lösung des Problems nicht darin, die Möglichkeit der Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage generell auszuschließen (vgl. BGH, a. a. O.).

## 2. BGB §§ 652, 328 (WEG-Verwalter als Makler)

**Auch bei enger wirtschaftlicher Verflechtung des Maklers mit dem Vertragsgegner seines Kunden (hier: des Verwalters einer Wohnungseigentumsanlage) kann ein von den Voraussetzungen des § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen – auch als Vertrag zugunsten Dritter – vorliegen. Dafür genügt tatsächliche Kenntnis des Kunden von den die Verflechtung begründenden Umständen; Rechtskenntnis, dass der Makler keine echte Maklerleistung erbringen kann, ist nicht erforderlich.**

BGH, Urteil vom 6.2.2003, III ZR 287/02; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

### Zum Sachverhalt:

Die beklagte Immobilienmaklerin ist Verwalterin einer Wohnungseigentumsanlage. Die Veräußerung eines Wohnungseigentums bedarf gemäß § 12 WEG ihrer Zustimmung. Die Klägerin, der die Beklagte auf der Grundlage ihrer „Verkaufsaufgabe“ (Exposé) den Kauf einer Eigentumswohnung vermittelt hat, verlangt Rückzahlung der im notariellen Kaufvertrag vereinbarten und an die Beklagte gezahlten Maklerprovision von 15.900 DM. In der „Verkaufsaufgabe“ der Beklagten heißt es:

„Die Wohnanlage, in der die Wohnung liegt, wird von uns verwaltet. Daher können wir Ihnen sämtliche, die Gemeinschaft betreffenden Auskünfte erteilen. Gemäß Teilungserklärung ist die Zustimmung des Verwalters bei dem Verkauf erforderlich. Darüber hinaus sind wir hier für den Verkäufer vermittelnd tätig. In Kenntnis dieser Tatsache verspricht der Käufer eine Provision in Höhe von 6 % des Kaufpreises incl. gesetzlicher Mehrwertsteuer zu zahlen.“

Entsprechend bestimmt § 10 des notariellen Kaufvertrags unter der Überschrift „Maklerprovision“:

„Zum Verkauf der Wohnung ist gemäß der Teilungserklärung die Zustimmung des Verwalters erforderlich. Dem Käufer ist bekannt, dass der Makler auch Verwalter der Wohnungseigentumsanlage ist und für den Verkäufer vermittelnd tätig wurde.“

Die Parteien teilen übereinstimmend mit, dass die Maklerprovision vereinbart ist mit DM 15.900 (einschließlich DM 2.193,10 gesetzlicher Mehrwertsteuer).

Sie ist verdient und fällig mit Beurkundung dieses Kaufvertrages. Verkäufer und Käufer sind sich darüber einig, dass der Maklerfirma ein direkter, unmittelbarer Zahlungsanspruch aus diesem Vertrag gegen den Käufer zusteht.

Der Käufer hat sich verpflichtet gegenüber dem Verkäufer und der Maklerfirma, diese Provision an die Maklerfirma zu zahlen.

(...)

Es war im Maklervertrag von vornherein vereinbart, dass der Käufer die Provision zahlen muss.“

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe aufgrund ihrer Verflechtung mit der Verkäuferseite eine echte Maklerleistung nicht erbringen können. Kenntnis davon, dass sie deswegen zur Zahlung eines Maklerlohns nicht verpflichtet gewesen sei, habe sie erst nach Zahlung der Provision erhalten.

### Aus den Gründen:

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs befindet sich allerdings der Verwalter einer Wohnungseigentumsanlage, von dessen Zustimmung gemäß § 12 WEG die Gültigkeit des Wohnungsverkaufs abhängt, in einem institutionalisierten Konflikt mit den Interessen des Käufers. Er hat die Interessen seines Kunden als Käufer ebenso wahrzunehmen wie die der Wohnungseigentümer, die unter Umständen gegenläufig sind. Seine selbstständige, unabhängige Willensbildung wird dadurch zumindest gefährdet. Diese Interessenkollision hindert ihn an einer dem gesetzlichen Leitbild entspre-

chenden Maklertätigkeit und schließt damit einen Anspruch auf Zahlung von Maklerlohn nach § 652 BGB aus (BGHZ 112, 240, 241 f.; BGH, ZMR 1991, 71; s. ferner Senatsbeschluss vom 26.3.1998, NJW-RR 1998, 992, 993; zustimmend *Schwerdtner*, Maklerrecht, 4. Aufl., Rdnr. 660 f., 694; abweichend *MünchKomm/Roth*, BGB, 3. Aufl., § 652 Rdnr. 109 f.; *Staudinger/Reuter*, BGB, 13. Bearb., §§ 652, 653 Rdnr. 137 f., 145 f.). Das zieht auch die Revision nicht in Zweifel.

2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht indes ein von den Voraussetzungen des § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen der Klägerin auf der Grundlage von § 10 des notariellen Kaufvertrags verneint.

a) Der das Schuldrecht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit erlaubt es den Parteien eines Maklervertrags, eine Provision auch für den Fall zu vereinbaren, dass zwischen dem Makler und dem Verkäufer eine provisionshindernde Verflechtung besteht. Eine dahingehende Abrede kann auch innerhalb des vermittelten Hauptvertrags als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) erfolgen (st. Rspr.; vgl. nur BGHZ 112, 240, 242; Senatsurteil vom 15.10.2000, NJW 2000, 3781 f.; s. auch BGHZ 138, 170, 172 f.). Erforderlich ist stets eine Vertragsauslegung. Für die Ermittlung des Parteiwillens hat der Bundesgerichtshof jedoch Auslegungshilfen gegeben. Insbesondere hat er es regelmäßig für ausreichend erachtet, dass dem Versprechenden die tatsächlichen Umstände bekannt waren, die einer echten Maklerleistung entgegenstanden, und es für unerheblich gehalten, ob der Maklerkunde außerdem über die entsprechenden Rechtskenntnisse verfügte (BGH, WM 1978, 711, 712; WM 1983, 42 f.; Senatsurteil vom 15.10.2000, a. a. O., S. 3782 m. w. N.; anders *Schwerdtner*, a. a. O., Rdnr. 699 ff., 704, 706).

Daran ist nach nochmaliger Prüfung festzuhalten. Bei hinreichender Kenntnis der die Verflechtung begründenden Umstände, worüber nach Lage des Einzelfalls zu entscheiden ist, kann sich der Maklerkunde schlüssig darüber werden, ob es ihm auf eine echte Maklerleistung ankommt oder er sich auch unabhängig hiervon zur Zahlung einer Provision für den Erwerb des Kaufobjekts bereit findet. Eine zutreffende rechtliche Würdigung seiner Erklärung ist dabei nicht erforderlich.

Wie im Ansatz nicht zu beanstanden ist, hat das Berufungsgericht im Streitfall eine Auslegung des Kaufvertrags vorgenommen. Das Ergebnis der tatrichterlichen Auslegung ist jedoch für das Revisionsgericht nicht bindend, wenn gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind. So verhält es sich hier. Das Berufungsgericht stellt einseitig den Wortlaut der Vertragsklausel (Maklerprovision) heraus und verkennt dabei, indem es für ein abweichendes Verständnis rechtliche Kenntnis der Klägerin von der Unwirksamkeit einer Vereinbarung der gesetzlichen Maklerprovision verlangt (wobei es hier ohnehin nicht um ein abstraktes Schuldversprechen geht), den entscheidenden Gesichtspunkt. Da weiterer Sachvortrag nicht zu erwarten ist, kann der Senat den Inhalt der maßgebenden Klausel selbst bestimmen. Er versteht diese mit Rücksicht insbesondere auf die dort eingangs wiederholte, nicht misszuverstehende und von der Klägerin auch nicht missverständene Aufklärung über die Verwalterstellung der Beklagten und das Erfordernis ihrer Zustimmung zum Verkauf der Eigentumswohnung als eine von den Voraussetzungen des § 652 BGB unabhängige Provisionsabrede. Sie bildet demnach den Rechtsgrund für die Zahlung der Klägerin.

3. WoVermittG § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 (*Maklerentgelt für WEG-Verwalter*)

**Dem (gewöhnlichen) Verwalter nach §§ 20 ff. WEG ist ein Anspruch auf Entgelt für die Vermittlung oder den Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen über Wohnräume nicht nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WoVermittG versagt; er ist nicht Verwalter von Wohnräumen im Sinne dieser Bestimmung.**

BGH, Urteil vom 13.3.2003, III ZR 299/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Die Klägerin verwaltet in einer Wohnungseigentumsanlage das gemeinschaftliche Eigentum. Die Beklagte versprach der Klägerin ein Honorar für die „Vermittlung eines Vertragsabschlusses oder Nachweis“ einer bestimmten Wohnung in der Anlage („Nachweis- und/oder Vermittlungsvereinbarung“ vom 30.1.2001). Der Mietvertrag kam infolge des Nachweises und der Vermittlung der Klägerin zustande. Mit der Klage fordert sie die Zahlung des vereinbarten Honorars.

Die Beklagte macht geltend, die Klägerin könne als Verwalter der gemieteten Wohnung gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 4.11.1971 (BGBl I, 1745, 1747) weder eine Nachweis- noch eine Vermittlungsprovision beanspruchen.

*Aus den Gründen:*

(...)

I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Klägerin habe aufgrund der „Nachweis- und/oder Vermittlungsvereinbarung“ vom 30.1.2001 Anspruch auf den Maklerlohn. Sie habe die von der Beklagten genutzte Vertragsgelegenheit nachgewiesen und den Vertragsschluss vermittelt. Der Provisionsanspruch sei nicht gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WoVermittG ausgeschlossen, da die Beklagte keinen Mietvertrag über Wohnräume abgeschlossen habe, deren Verwalter die Klägerin gewesen sei. Der Verwalter einer Wohnungseigentumsanlage könne nur dann zugleich als Verwalter der einzelnen Eigentumswohnung angesehen werden, wenn er im Auftrag des betreffenden Wohnungseigentümers erhebliche Verwaltungsleistungen für die konkrete Wohnung erbringe oder als dessen Repräsentant auftrete. Bei der Klägerin sei weder das eine noch das andere der Fall gewesen.

II. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung stand.

1. Die Klägerin kann von der Beklagten die Zahlung einer Provision in Höhe von 960,96 € fordern. Anspruchsgrundlage ist die als Maklervertrag (§ 652 BGB) zu beurteilende „Nachweis- und/oder Vermittlungsvereinbarung“, die die Parteien am 30.1.2001 geschlossen haben. Die Klägerin hat die Provision verdient, weil der von der Beklagten mit dem Wohnungseigentümer B. geschlossene Mietvertrag infolge des von der Klägerin geleisteten Nachweises und ihrer Vermittlung zustande gekommen ist (§ 652 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 2 Abs. 1 WoVermittG).

2. Der Provisionsanspruch ist nicht, wie die Revision meint, ausgeschlossen aufgrund des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WoVermittG. Danach steht dem Wohnungsvermittler (§ 1 WoVermittG) ein Anspruch auf Entgelt für die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Mietvertrages über Wohnräume nicht zu, wenn er deren Verwalter ist. Im Streitfall oblag der Klägerin indes nicht die Verwaltung über die der Beklagten nachgewiesene und vermittelte Wohnung.

a) Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Klägerin die Stellung einer „WEG-Verwalterin“. Sie verwaltete das gemeinschaftliche Eigentum. Darüber hinaus trat sie weder als Bevollmächtigte des Wohnungseigentümers auf noch erbrachte sie erhebliche Verwaltungsleistungen für die einzelnen Eigentumswohnungen. Die Verwaltung der im Sondereigentum stehenden Wohnungen, insbesondere deren Vermietung, lag vielmehr – entsprechend der gesetzlichen Aufgabenzuweisung (vgl. §§ 13 Abs. 1, 20 Abs. 1 WEG; *Merle* in *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 8. Aufl. 2000, § 20 Rdnr. 2; *Weitnauer/Lüke*, WEG, 8. Aufl. 1995, Rdnr. 1 vor § 20; *Staudinger/Bub*, BGB, 12. Aufl. 1997, § 20 WEG Rdnr. 10 f.; *Palandt/Bassenge*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 20 WEG Rdnr. 1) – bei dem jeweiligen Wohnungseigentümer.

b) Die Revision geht zwar davon aus, dass der Klägerin als WEG-Verwalter die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums oblag. Sie meint aber, in der Praxis überschritten sich die Aufgabenbereiche des WEG-Verwalters und des Wohnungsverwalters. Jedenfalls in Teilbereichen verwalte der WEG-Verwalter daher auch die einzelne Wohnung, was für den Provisionsausschluss nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WoVermittG genüge.

Der Auffassung der Revision ist – in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (OLG Hamburg, DB 1976, 577; OLG München, MDR 1975, 931; LG Lüneburg, ZMR 2002, 280; LG Hamburg, NJW-RR 2001, 876; LG Mainz, NZM 2000, 310; *Baader/Gehle*, WoVermittG, 1993, § 2 Rdnr. 73 ff.; *Staudinger/Reuter*, BGB, 13. Bearb. 1995, §§ 652, 653 Rdnr. 143 f.; *Staudinger/Bub*, a. a. O., § 26 WEG Rdnr. 84 ff.; MünchKommBGB/*Roth*, 3. Aufl. 1997, § 652 Rdnr. 117; *Palandt/Sprau*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 652 Rdnr. 59; *Merle*, a. a. O., § 26 Rdnr. 19; *Weitnauer/Hauger*, a. a. O., § 27 Rdnr. 2; *Schwerdtner*, Maklerrecht, 4. Aufl. 1999, Rdnr. 666 f.; *Dehner*, Maklerrecht, 2001, Rdnr. 186 ff.; a. A. LG Berlin, WuM 2002, 234; LG München I, NJW-RR 2001, 875; LG Lüneburg, WuM 1997, 182; LG Bautzen, WuM 1998, 363; 1999, 472; LG Ravensburg, NJW-RR 1998, 1070; *Windisch*, NZM 2000, 478; *Tonner*, Verbraucherschutz im Recht des Immobilienmaklers, 1981, S. 91) – nicht beizutreten.

aa) Die dem Verwalter nach § 20 Abs. 1 WEG zukommende Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums erstreckt sich allein auf das Grundstück sowie auf die Teile, Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes, die nicht im Sondereigentum oder im Eigentum eines Dritten stehen (§ 1 Abs. 5 WEG). Die im Sondereigentum stehenden Wohnungen wären allerdings ohne eine ordnungsgemäße Verwaltung der Gegenstände der gemeinschaftlichen Verwaltung nicht nutzbar. Dadurch wird der Verwalter des gemeinschaftlichen Eigentums aber noch nicht zum Verwalter der – seiner Zuständigkeit gerade entzogenen (vgl. § 1 Abs. 2, 5 i. V. m. § 20 Abs. 1 WEG) – einzelnen Wohnungen. Er gewährleistet durch die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums lediglich die Rahmenbedingungen für die selbstständige Verwaltung der Eigentumswohnung durch den Wohnungseigentümer.

bb) Zu der einzelnen Eigentumswohnung gehört in der Regel ein Nutzungsrecht an gemeinschaftlichen Einrichtungen, die der Obhut des WEG-Verwalters unterliegen. Auch unter diesem Gesichtspunkt liegt eine Verwaltung an Wohnräumen jedoch nicht vor, wie sie der Provisionsausschluss nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WoVermittG voraussetzt. Zum einen handelt es sich bei den für den Wohnungseigentümer oder seinen Mieter nutzbaren Gemeinschaftseinrichtungen nicht um Wohnräume. Zum anderen werden sie nicht vermietet; der einzelne Wohnungseigentümer räumt dem Mieter allenfalls

sein Recht ein, die Einrichtungen gemeinschaftlich mit den anderen Wohnungseigentümern oder deren Mietern zu nutzen.

cc) Dem WEG-Verwalter kommt eine Verwaltungskompetenz bezüglich der einzelnen Eigentumswohnungen ferner nicht zu, wenn an der Wohnung Mängel auftreten.

Für die Instandhaltung der Wohnung ist der jeweilige Wohnungseigentümer verantwortlich (§ 14 WEG). Führen Mängel an der gemeinschaftlichen Verwaltung unterstehenden Bestandteilen der Wohnungseigentumsanlage zu Mängeln der einzelnen Eigentumswohnung, hat der Wohnungseigentümer die Möglichkeit, im Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltung (§ 21 i. V. m. § 27 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WEG) auf eine ordnungsgemäße Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums hinzuwirken. Ist die Wohnung vermietet, trifft den Wohnungseigentümer gegenüber dem Mieter die Gewährleistungspflicht. Er, nicht der Verwalter, ist der rechtliche Ansprechpartner des Mieters.

c) Der (gewöhnliche) WEG-Verwalter ist nach Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WoVermittG nicht als Verwalter über Wohnräume anzusehen.

aa) Das Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung bezweckt, allgemein die Wohnungssuchenden vor ungerechtfertigten wirtschaftlichen Belastungen zu schützen, die sich häufig aus missbräuchlichen Vertragsgestaltungen oder unlauteren Geschäftsmethoden für sie ergeben. Außerdem soll die Markttransparenz auf dem Gebiet der Wohnungsvermittlung verbessert werden. § 2 Abs. 2 WoVermittG soll verhindern, dass Wohnungsvermittler Entgelte fordern, obwohl eine echte Vermittlungstätigkeit nicht vorliegt. Einen solchen Fall hat der Gesetzgeber darin gesehen, dass ein Mietverhältnis über dieselben Wohnräume lediglich fortgesetzt, verlängert oder erneuert wird, ferner dann, wenn Mietverträge über Wohnräume, deren Eigentümer oder Vermieter der Wohnungsvermittler war, abgeschlossen werden (vgl. § 2 Abs. 2 WoVermittG-E, BT-Drs. VI/1549, S. 4; Begründung der Bundesregierung zu dem Gesetzentwurf über Maßnahmen zur Verbesserung des Mietrechts und der Begrenzung des Mietanstiegs, BT-Drs. VI/1549, S. 12; Bericht des Rechtsausschusses zu dem vorgenannten Gesetzentwurf, BT-Drs. VI/2421, S. 5). In seiner Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf hat der Bundesrat gebeten, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob und in welcher Weise Umgehungen des in § 2 Abs. 2 WoVermittG-E bestimmten Provisionsausschlusses durch Einschaltung von Stroh Männern (juristische und natürliche Personen) verhindert werden könnten; das gelte auch für Fälle, in denen Makler und Eigentümer in sonstiger enger wirtschaftlicher Verbindung oder in einem engen Verwandtschaftsverhältnis zueinander stünden (BT-Drs. VI/1549, S. 30). In der vom Rechtsausschuss empfohlenen und Gesetz gewordenen Fassung war schließlich vorgesehen, dass der Honoraranspruch des Vermittlers auch dann ausgeschlossen ist, wenn er selbst Verwalter der Wohnräume ist (Bericht des Rechtsausschusses, a. a. O., S. 6 und 18; vgl. auch § 6 der Verordnung zur Regelung der Entgelte der Wohnungsvermittler vom 19.10.1942, RGBI. I, 625, und § 4 Abs. 1 der Verordnung zur Regelung der Entgelte für Wohnungs- und Zimmervermittlung vom 8.10.1956, GVBl. Berlin, S. 1068).

bb) Der Verwalter nach §§ 20 ff. WEG steht nicht in einer solchen Nähe zum Wohnungseigentümer, dass der Provisionsausschluss nach der vorbeschriebenen gesetzgeberischen Zielrichtung gerechtfertigt wäre (vgl. *Baader/Gehle*, a. a. O., Rdnr. 78 f.). Der gewöhnliche WEG-Verwalter kann nicht zum „Lager“ des Wohnungseigentümers und Vermieters gezählt werden.

Das zeigt die rechtliche Stellung des Verwalters zum Wohnungseigentümer. Über seine Bestellung beschließen die Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit (§ 26 Abs. 1 Satz 1 WEG); das bedeutet, dass er auch gegen den Willen einzelner Wohnungseigentümer bestellt werden kann. Unter Umständen kann der Verwalter sogar durch das Gericht gegen den Willen aller Wohnungseigentümer bestellt werden (§ 26 Abs. 3 WEG).

Der Verwalter ist gemäß § 20 WEG (notwendiges) Vollzugsorgan der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (BGHZ 106, 222, 226). Er ist nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG berechtigt und verpflichtet, die Beschlüsse, d. h. den kollektiven Willen der Wohnungseigentümer, durchzuführen (*Merle*, a. a. O., § 20 Rdnr. 11), nicht denjenigen des einzelnen Wohnungseigentümers. Es besteht auch durchaus nicht notwendig eine Interessenidentität zwischen den Belangen des gemeinschaftlichen Eigentums, die der Verwalter gemäß den (Mehrheits-) Beschlüssen der Wohnungseigentümer wahrzunehmen hat, und den Belangen des Sondereigentums der einzelnen Wohnungseigentümer.

cc) Der WEG-Verwalter dürfte zwar bei der Vermittlung von Mietverträgen über Wohnungen der Wohnungseigentumsanlage geringeren Arbeits- und sonstigen Aufwand haben als andere Makler. Das allein genügt aber nicht, ihm in (entsprechender) Anwendung des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WoVermittG den Honoraranspruch zu versagen. Denn der Maklerlohn knüpft, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, generell nicht an den Aufwand des Maklers, sondern an den Wert des Nachweises oder der Vermittlung für den Auftraggeber an (vgl. *Staudinger/Reuter*, a. a. O., Rdnr. 143 und Vorbem. 3; *Baader/Gehle*, a. a. O., Rdnr. 79).

3. Zwischen dem gewöhnlichen wohnungsvermittelnden WEG-Verwalter und dem Wohnungseigentümer besteht auch keine derartige Verflechtung, wie sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Makler einen „institutionalisierten Interessenkonflikt“ begründet (vgl. BGHZ 112, 240 und Senatsurteil vom 6.2.2003, III ZR 287/02 Umdruck S. 5).

4. BGB § 818 Abs. 3 (*Wegfall der Bereicherung bei Geschäftsunfähigen*)

a) **Beruft sich ein Geschäftsunfähiger auf den Wegfall der Bereicherung, so obliegt ihm, nicht anders als einem Geschäftsfähigen, die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der den Wegfall der Bereicherung begründenden Umstände.**

b) **Der Verbrauch von Geld zur Bestreitung des allgemeinen Lebensbedarfs kann zum Wegfall der Bereicherung führen; Voraussetzung ist aber, dass das empfangene Geld restlos für die Lebensbedürfnisse aufgewendet wurde und nicht in anderer Form, etwa durch Bildung von Ersparnissen, durch Anschaffungen oder auch durch Tilgung von Schulden, noch im Vermögen vorhanden ist.**

BGH, Urteil vom 17.1.2003, V ZR 235/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Mit notariellem Vertrag vom 9.10.1998 erwarben die Kläger vom Beklagten ein Grundstück zu einem Kaufpreis von 200.000 DM. Da der Beklagte bei Vertragsschluss und darüber hinaus bis Mitte 1999 geschäftsunfähig war, verlangte er Grundbuchberichtigung Zug um Zug

gegen Rückzahlung des Kaufpreises und erwirkte ein entsprechendes Anerkenntnisurteil gegen die Kläger. Auf die Rückzahlungsverpflichtung erbrachte der Beklagte eine Teilleistung über 166.000 DM und rechnete in Höhe eines weiteren Teilbetrages auf. Die Restforderung ist Gegenstand der Klage, Zug um Zug gegen Zustimmung zur Grundbuchberichtigung. Der Beklagte beruft sich auf den Wegfall der Bereicherung. Er hat dazu vorgetragen, der noch offene Betrag sei in seinem Vermögen nicht mehr vorhanden. Es sei davon auszugehen, dass er anderweitig verausgabte bzw. für Aufwendungen des täglichen Bedarfs sowie für die Begleichung von Arzt- und Krankenhausrechnungen ausgegeben worden sei. Näheres lasse sich nicht mehr aufklären.

*Aus den Gründen:*

(...)

II. (...) 1. Ohne Rechtsfehler – und von der Revision auch nicht in Frage gestellt – geht das Berufungsgericht davon aus, dass dem Beklagten als Bereicherungsschuldner die Darlegung der den Wegfall der Bereicherung begründenden Umstände obliegt. Von diesem allgemein anerkannten Grundsatz (BGHZ 118, 383, 387 f.; BGH, Urt. v. 17.2.1999, VIII ZR 314/97, NJW 1999, 1181; *Baumgärtel/Strieder*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., § 818 Rdnr. 9; *Palandt/Sprau*, BGB, 62. Aufl., § 818 Rdnr. 55; *Staudinger/Lorenz*, BGB, 1999, § 818 Rdnr. 48; *Erman/Westermann*, BGB, 10. Aufl., § 818 Rdnr. 53) ist auch nicht für den hier vorliegenden Fall eine Ausnahme zu machen, dass der Schuldner bei dem Empfang der Leistung geschäftsunfähig war (so aber wohl KG, OLGE 22, 356, vermischt mit der Frage, ob der Geschäftsunfähige überhaupt etwas erlangt habe). Die Geschäftsunfähigkeit hat auf die Regeln der Darlegungs- und Beweislast keinen Einfluss. Der Geschäftsunfähige wird im Rechtsverkehr dadurch geschützt, dass er Rechtsgeschäfte selbst nicht wirksam tätigen kann (§§ 104, 105 BGB) und dass bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung unwirksamer Verträge die Saldotheorie keine Anwendung findet (BGHZ 126, 105, 107 ff.; Senat, BGHZ 146, 298, 307 ff., jeweils m. w. N.). Damit trägt er nicht das Risiko, dass er die rechtsgrundlos empfangene Leistung nicht mehr herausgeben kann (BGHZ 126, 105, 108). Derjenige, mit dem er kontrahiert hat, bleibt ihm – abweichend von den Regelungen der Saldotheorie – zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet, auch wenn der von ihm empfangene Gegenstand untergegangen ist. Das ändert aber an den Regeln über die Darlegungs- und Beweislast nichts. Verlangt der Gegner, woran er durch den Ausschluss der Saldotheorie nicht gehindert ist, für den untergegangenen Gegenstand Wertersatz, § 818 Abs. 2 BGB, so ist es Sache des Geschäftsunfähigen, darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen, dass er durch die Leistung in seinem Vermögen nicht mehr bereichert ist (s. schon RG, JW 1917, 465; *Baumgärtel/Strieder*, a. a. O., Rdnr. 13; RGRK/*Heimann-Trosien*, BGB, 12. Aufl., § 818 Rdnr. 51; *Staudinger/Lorenz*, BGB, 1999, § 818 Rdnr. 48). Dadurch wird der Geschäftsunfähige nicht unbillig benachteiligt. Sein gesetzlicher Vertreter ist eher in der Lage, den Verbleib des Empfangenen aufzuklären und festzustellen, ob dessen Wert im Vermögen verblieben ist, als der Bereicherungsgläubiger (*Baumgärtel/Strieder*, a. a. O.; vgl. auch *Erman/Westermann*, a. a. O., Rdnr. 53).

2. Nicht zu beanstanden ist auch, dass das Berufungsgericht annimmt, der Sachvortrag des Beklagten lasse eine schlüssige Darlegung des Wegfalls der Bereicherung in Höhe des geltend gemachten Restbetrages vermissen.

Allerdings ist der Revision zuzugeben, dass der Verbrauch von Geld zur Bestreitung des allgemeinen Lebensbedarfs zum Wegfall der Bereicherung führen kann (vgl. für rechtsgrundlos empfangene Unterhaltszahlungen: BGH, Urt. v. 9.5.1984,

IVb ZR 7/83, NJW 1984, 2095, 2096; BGHZ 118, 383; BGH, Urt. v. 27.10.1999, XII ZR 239/97, NJW 2000, 740). Das setzt jedoch voraus, dass das empfangene Geld restlos für die Lebensbedürfnisse aufgewendet wurde und nicht in anderer Form, etwa durch Bildung von Ersparnissen, durch Anschaffungen oder auch durch Tilgung von Schulden, noch im Vermögen vorhanden ist (BGH, Urt. v. 9.5.1984, IVb ZR 7/83, a. a. O.; BGHZ 118, 383, 386). Letzteres kommt hier nach dem eigenen, von der Revision in Bezug genommenen Vortrag des Beklagten in Betracht. Danach hat sein Betreuer u. a. „allfällige Kosten wie z. B. Krankenhaus- und Arztkosten“ beglichen, also Schulden getilgt, die der Beklagte hatte, und dadurch den Wert des Geleisteten im Vermögen erhalten. Dass es sich bei der Begleichung von Arzt- und Krankenhauskosten – wie die Revision meint – um Ausgaben zur Deckung des Lebensbedarfs handeln mag, steht dem nicht entgegen. Zu einem Wegfall der Bereicherung führen auch solche Ausgaben nur, wenn nicht anzunehmen ist, dass sie ansonsten mit anderen verfügbaren Mitteln bestritten worden wären (vgl. schon BGH, Urt. v. 9.5.1984, IVb ZR 7/83, a. a. O.). Es liegt hier aber nahe, dass der Beklagte, der sich nicht etwa auf Vermögenslosigkeit beruft, Arzt- und Krankenhausrechnungen auch ohne die rechtsgrundlos empfangene Kaufpreiszahlung beglichen hätte. Diese Möglichkeit räumt der Beklagtenvortrag nicht aus.

#### 5. BGB § 133, § 157 (Keine Geltung der Verkaufsvollmacht für Finanzierungsgrundschuld)

**Die Vollmacht, „die gebildeten Eigentumswohnungen zu verkaufen, die Kaufpreise in Empfang zu nehmen, die Auflassungserklärung sowie alle zur Durchführung des Vertrages erforderlichen und zweckmäßigen Erklärungen und Bewilligungen abzugeben und entgegenzunehmen sowie alle hierzu erforderlichen Rechtshandlungen vorzunehmen“, umfasst nicht die Belastung des Wohnungseigentums mit einem Grundpfandrecht. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG Oldenburg, Beschluss vom 15.10.2002, 17 T 995/02; mitgeteilt von Notarassessor *Alexander Krafka*, München

#### Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1.–3. wollten eine von den Beteiligten zu 1. und 2. bestellte Grundschuld im Wohnungsgrundbuch eintragen lassen. Die Beteiligten zu 1. und 2., die mit notariellem Kaufvertrag die Eigentumswohnung erworben hatten, hatten die Grundschuld zugunsten der Beteiligten zu 3. in ihrem Namen sowie handelnd für die Eigentümer bestellt und die Eintragung bewilligt aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Belastungsvollmacht. Bei Vertragsabschluss waren die Eigentümer durch C vertreten worden. Diesem war von einer GmbH Untervollmacht in dem Umfang erteilt worden, in dem die GmbH bereits bevollmächtigt worden war. Diese Vollmacht hatte folgenden Wortlaut:

„Die vorgenannte Bevollmächtigte ist befugt, die nach Erledigung des Abschnitts A dieser Urkunde gebildeten Eigentumswohnungen zu verkaufen, die Kaufpreise in Empfang zu nehmen, die Auflassungserklärung sowie alle zur Durchführung des Vertrages erforderlichen und zweckmäßigen Erklärungen und Bewilligungen abzugeben und entgegenzunehmen sowie alle hierzu erforderlichen Rechtshandlungen vorzunehmen.“

Zudem war die GmbH ermächtigt worden, Untervollmacht zu erteilen.

Das Grundbuchamt des Amtsgerichts Oldenburg hat mit Zwischenverfügung die Ansicht vertreten, dass die dem C erteilte Untervoll-

macht nicht die Belastung des Grundstücks mit Grundpfandrechten umfasse und daher keine wirksame Vollmacht der Beteiligten zu 1. und 2. für die Eigentümer zur Bestellung der Grundschuld vorliege.

#### Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist (...) unbegründet.

Die notariell beurkundete Untervollmacht für C (...) umfasst nicht die Unterbevollmächtigung der Beteiligten zu 1. und 2. in § 6 des notariell beurkundeten Kaufvertrages (...). Die Beteiligten zu 1. und 2. haben daher nicht wirksam für die Eigentümer handelnd die Grundschuld bestellt. Die Untervollmacht kann nicht weiter reichen als die Hauptvollmacht (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 61. Aufl., § 167 Rdnr. 12). Die der Vollmachtgeberin [der GmbH] (...) erteilte inhaltlich identische Vollmacht umfasst nicht die Belastung des Wohnungseigentums mit einem Grundpfandrecht. Da der Wortlaut der Vollmacht die Belastung nicht beinhaltet, ist im Wege der Auslegung gemäß den §§ 133, 157 BGB festzustellen, ob die Grundschuldeintragung unter den Begriff der „zur Durchführung des Vertrages erforderlichen und zweckmäßigen Erklärungen und Bewilligungen“ fällt. Dabei ist der im Grundbuchrecht herrschende Grundsatz der Klarheit und Bestimmtheit der Erklärungen zu beachten. Maßgebend ist bei der Auslegung, wie der Erklärungsempfänger, bei der in einer Urkunde enthaltenen Vollmacht (§ 172 BGB) der Geschäftsgegner (BGH, NJW 1991, 3141), das Verhalten des Vollmachtgebers objektiv verstehen konnte. Dabei ist nur von den diesem bekannten oder erkennbaren Umständen auszugehen; es sind die Grundsätze der Auslegung im Grundbuchverkehr zu beachten, wonach dem Standpunkt eines objektiven Betrachters in besonderem Maße Rechnung zu tragen ist und für die Auslegung nur die für die Eintragung verwendbaren Urkunden, Unterlagen und Umstände herangezogen werden können (*Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 5. Aufl., Einl. C 18). Dazu, dass die bei Errichtung der Vollmachtsurkunde noch nicht bekannten Käufer die Vollmacht der Eigentümer und damit auch die Untervollmacht so verstehen konnten, dass damit auch die Belastung des Grundeigentums umfasst sein sollte, ist weder etwas vorgetragen noch ersichtlich. Die Belastung ist zur Durchführung des Vertrages rechtlich nicht „erforderlich“. Ob die Eigentümer die Belastung zur Durchführung des Vertrages aus Sicht der Käufer für „zweckmäßig“ gehalten haben, kann vom Grundbuchamt nicht anhand der vorgelegten Urkunden beurteilt werden.

Soweit die Beteiligten zu 1.–3. ausführen, dass die in § 6 des Kaufvertrages enthaltene Belastungsvollmacht nach dem sog. süddeutschen Modell heute üblich sei und die Kaufpreiszahlung über das Notaranderkonto ersetzt, ergibt sich daraus auch noch nicht die für das Grundbuchamt eindeutig zu beantwortende Frage der Zweckmäßigkeit einer Belastung des Wohnungseigentums. Bei Vollmachtserteilung war nicht absehbar, wie die Kaufverträge über die einzelnen Eigentumswohnungen konkret ausgestaltet würden, ob z. B. überhaupt die Notwendigkeit einer Fremdfinanzierung bestand. Da demnach verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten denkbar sind, lässt sich nicht allgemein und eindeutig feststellen, ob eine Finanzierungsgrundschuld zur Durchführung des Vertrages zweckmäßig ist. Das kann nach Ansicht der Kammer demnach auch nicht auf die allgemeine Lebenserfahrung gestützt werden, wie es das Landgericht Köln in seinem Beschluss vom 25.1.1977 (MittRhNotK 1977, 78, 79; a. A. OLG Thüringen, DNotI-Report 1995, 6, 7; LG Oldenburg, Beschluss vom 12.3.2001, 17 T 304/01) getan hat. Für die Frage der Zweckmäßigkeit kommt es zudem nicht darauf an, dass die Eigentümer durch die vorliegende Belastungsvollmacht keinen

Schaden erleiden, weil die Gläubigerin die Grundschuld nur zur Tilgung des Kaufpreises verwerten darf.

Es greift damit der im Grundbuchrecht vorherrschende Grundsatz, dass der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen ist, wenn sich der größere nicht nachweisen lässt (vgl. Bay-ObLG, NJW-RR 1987, 792, 793). Die Bestellung der Grundschuld durch die Eigentümer ist damit nicht wirksam erfolgt.

### Anmerkung:

Dem Landgericht lag zur Beurteilung folgende verbreitete Vollmacht vor:

„Die vorgenannte Bevollmächtigte ist befugt, die ... Eigentumswohnungen zu verkaufen, die gesamten Vertragsbedingungen zu vereinbaren, die Kaufpreise in Empfang zu nehmen, die Auflassungserklärung sowie alle zur Durchführung des Vertrages erforderlichen und zweckmäßigen Erklärungen und Bewilligungen abzugeben und entgegenzunehmen sowie alle hierzu erforderlichen Rechtshandlungen vorzunehmen. Die Bevollmächtigte ist ermächtigt, Untervollmacht zu erteilen.“

Zu entscheiden war, ob diese Vollmacht die Bevollmächtigte dazu ermächtigt, dem Käufer in dem Kaufvertrag eine Vollmacht zur Belastung des Kaufgrundbesitzes mit Grundpfandrechten zur Finanzierung des Kaufpreises zu erteilen.

Für die notarielle Praxis gilt folgender Befund, den das Gericht leider nicht zur Kenntnis nimmt und sich damit von vornherein den Weg zu einer zutreffenden Lösung des Problems verbaut: Der Kaufpreis für Immobilien, insbesondere für Hausgrundbesitz und Eigentumswohnungen, wird nur ausnahmsweise vollständig durch Eigenmittel des Käufers erbracht. In aller Regel muss der Käufer den Kaufpreis zumindest teilweise durch Darlehen finanzieren. Das Kreditinstitut macht die Auszahlung des Darlehens davon abhängig, dass ein Grundpfandrecht als Sicherheit im Grundbuch eingetragen wird. Aus eigener Rechtsmacht kann der Käufer das Grundpfandrecht erst eintragen lassen, nachdem er Eigentümer des Kaufgrundbesitzes geworden ist. Der Verkäufer hat aber ein berechtigtes Interesse daran, dass der Käufer das Eigentum erst nach Zahlung des Kaufpreises erwirbt. Zu diesem Zweck sehen Kaufverträge üblicherweise Umschreibungsüberwachungen vor, die sicherstellen, dass der Notar die Eigentumsumschreibung auf den Käufer erst nach Zahlung des Kaufpreises beantragt.<sup>1</sup> Andere Beleihungsobjekte als der Kaufgrundbesitz stehen dem Käufer aber regelmäßig nicht zur Verfügung. Um es ihm bei dieser Sachlage gleichwohl zu ermöglichen, seinem Kreditinstitut ein Grundpfandrecht zu verschaffen, hat sich in der notariellen Praxis bereits seit langem die Mitwirkung des Verkäufers bei der Beleihung des Kaufobjekts zu Finanzierungszwecken eingebürgert. Hierzu erteilt der Verkäufer im Kaufvertrag dem Käufer Vollmacht, den Kaufgrundbesitz schon vor Eigentumsumschreibung mit Grundpfandrechten zur Finanzierung des Kaufpreises zu belasten (Belastungsvollmacht).<sup>2</sup> Zum Schutz des Ver-

käufers wird der Sicherungszweck dieser Grundpfandrechte dahingehend eingeschränkt, dass der Grundschuldgläubiger das Grundpfandrecht nur insoweit als Sicherheit verwerten oder behalten darf, als er tatsächlich Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld des Käufers geleistet hat.<sup>3</sup>

All dies ist bekannt und übliche Praxis. Umso erstaunlicher ist die Ansicht des Landgerichts Oldenburg, dass eine Verkaufsvollmacht ohne ausdrückliche und wörtliche Ermächtigung zur Beleihung nicht zur Erteilung einer Belastungsvollmacht ermächtigt. Die Entscheidung überzeugt weder in der Begründung noch im Ergebnis und ist abzulehnen.

Das Landgericht meint, da der Wortlaut der Vollmacht nicht die Belastung des Kaufobjekts enthalte, sei im Wege der Auslegung festzustellen, ob die Grundschuldeintragung unter den Begriff der „zur Durchführung des Vertrages erforderlichen und zweckmäßigen Erklärungen und Bewilligungen“ falle. Dies sei nicht der Fall, wobei auch berücksichtigt werden müsse, dass im Grundbuchverkehr der Auslegung im Interesse der Rechtssicherheit Grenzen gesetzt seien. Hierbei übersieht das Gericht, dass bereits der Wortlaut der Vollmacht ein anderes Ergebnis nahe legt. Die Vollmacht ermächtigt nämlich den Bevollmächtigten, „die gesamten Vertragsbedingungen zu vereinbaren“. Dieser denkbar weite Wortlaut, den das Gericht in seinen Entscheidungsgründen nicht berücksichtigt, überließ es dem Bevollmächtigten, den gesamten Inhalt und alle Einzelheiten des Vertrages festzulegen. Hierzu gehört aber auch die Befugnis zur Erteilung einer Vollmacht, die den Käufer berechtigt, das Kaufobjekt mit Finanzierungsgrundpfandrechten zu belasten.

Das Landgericht meint, es sei nicht ersichtlich, dass die Verkaufsvollmacht nach dem Verständnis eines Käufers auch die Belastung des Kaufobjekts umfassen solle. Wieso dies nicht „ersichtlich“ sein soll, bleibt unerfindlich. Angesichts der Üblichkeit der Fremdfinanzierung und der aus diesem Grunde entwickelten Mitwirkung des Verkäufers bei der Beleihung des Kaufobjekts darf und kann ein Käufer erwarten, dass die Verkaufsvollmacht auch zur Erteilung einer Belastungsvollmacht ermächtigt.<sup>4</sup> Dies würde im Übrigen auch dann gelten, wenn die Formulierung „die gesamten Vertragsbedingungen zu vereinbaren“ nicht in die Vollmachtsurkunde aufgenommen worden wäre. Eine notarielle Vollmacht, Grundbesitz zu verkaufen und das Eigentum hieran zu übertragen, ermächtigt regelmäßig auch zur Erteilung einer Belastungsvollmacht zur Finanzierung des Kaufpreises.<sup>5</sup>

Das Landgericht, das die deutlichste für die Zulässigkeit der Belastungsvollmacht sprechende Formulierung („die gesamten Vertragsbedingungen zu vereinbaren“) nicht in Betracht zieht, ist der Ansicht, eine Belastung sei zur Durchführung des Vertrages rechtlich nicht erforderlich. Ob sie zweckmäßig sei, könne das Grundbuchamt anhand der vorgelegten Urkunden nicht beurteilen. Die Zweckmäßigkeit einer Belastungsvollmacht kann jedoch nicht ernsthaft bezweifelt werden. Da der Kaufpreis regelmäßig finanziert wird, ist der Käufer, will er die von seinem Kreditinstitut für die Auszahlung des Darlehens geforderte Sicherheit stellen, darauf angewiesen, das Grundpfandrecht vor Eigentumsumschreibung in das Grund-

<sup>1</sup> Zu den verschiedenen Formen der Umschreibungsüberwachung vgl. *Reithmann* in *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. 2001, Rdnr. 299 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 3203.

<sup>2</sup> Vgl. *Wilke*, MittBayNot 1996, 260: „Die Vorwegbeleihung des von ihm erworbenen Grundbesitzes (Wohnungseigentums etc.) durch den Käufer vor Eigentumserwerb aufgrund einer ihm vom Verkäufer in der Kaufurkunde erteilten Ermächtigung ist ein Routinegeschäft des notariellen Alltags.“ Vgl. ferner *Reithmann* (Fn. 1) Rdnr. 333 ff.; *Kersten/Bühling/Basty*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 36 Rdnr. 205 ff.; *Tröder*, DNotZ 1984, 350; *Waldner*, Praktische Fragen des Grundstückskaufvertrages, Rdnr. 332 ff.

<sup>3</sup> *Amann* in: Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2000, A I Rdnr. 121; *Kersten/Bühling/Basty* (Fn. 2), § 36 Rdnr. 208.

<sup>4</sup> Bei der Auslegung einer urkundlich verlautbarten Vollmacht ist maßgebend, wie der Geschäftsgegner (hier also der Käufer) die Vollmacht verstehen durfte; BGH, NJW 1991, 3141.

<sup>5</sup> Zutreffend bereits LG Köln, MittRhNotK 1977, 78; a. A. OLG Thüringen, DNotI-Report 1995, 6, 7.



buch eintragen zu können. Der Verkäufer, dem am Erhalt des Kaufpreises gelegen ist, ist zur Mitwirkung bereit, da seine schutzwürdigen Interessen durch die zu beachtende Einschränkung des Sicherungszwecks gewahrt werden.

Andere Möglichkeiten zur Absicherung des Kaufpreisdarlehens, die in Betracht kämen, sind jedenfalls nicht gleichwertig. Das gilt zunächst für die Möglichkeit, den gesamten Kaufpreis einschließlich des Kaufpreisdarlehens auf Notaranderkonto zu hinterlegen, die Grundschuld vom Käufer als zukünftigen Eigentümer bestellen zu lassen, diese nach Umschreibung des Eigentums auf ihn in das Grundbuch einzutragen und den hinterlegten Kaufpreis sodann auszuzahlen.<sup>6</sup> Bei dieser Gestaltung besteht die Gefahr, dass eine zwischenzeitliche Pfändung des Anwartschaftsrechts des Käufers den ausbedungenen Rang der Finanzierungsgrundschuld vereitelt.<sup>7</sup> Wird nämlich das Anwartschaftsrecht des Käufers gepfändet, so erwirbt der Pfändungspfandgläubiger mit dem Übergang des Eigentums auf den Käufer für seine Forderung eine Sicherungshypothek, die den zuvor vom Käufer bewilligten Grundpfandrechten im Range vorgeht.<sup>8</sup> Das finanzierende Kreditinstitut erhalte damit nicht die verlangte Rangstelle. Zudem setzt diese Gestaltung zur Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld stets eine Verwahrung auf Notaranderkonto voraus, die im Übrigen nach § 54 a BeurkG nur bei Vorliegen eines berechtigten Sicherungsinteresses zulässig ist.<sup>9</sup>

Als Kreditsicherung ohne Mitwirkung des Verkäufers kommt ferner die Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruches und des Anwartschaftsrechts des Grundstückskäufers in Betracht.<sup>10</sup> Dieses Verfahren ist jedoch umständlich, wird nicht von allen Kreditinstituten akzeptiert und hat sich in der Praxis nicht als gleichwertige Sicherheit durchgesetzt.<sup>11</sup>

Die Erteilung einer Belastungsvollmacht durch den Verkäufer, die dem Käufer die Eintragung eines Grundpfandrechts zur Finanzierung des Kaufpreises vor Eigentumsumschreibung ermöglicht, ist daher die sicherste, anderen Varianten überlegene und daher vorzuziehende Gestaltung zur Absicherung von Kaufpreisdarlehen auf dem Kaufgrundbesitz. Sie hat sich in der notariellen Praxis seit vielen Jahren bewährt und durchgesetzt. Sie ist daher – offensichtlich – zweckmäßig. Ihre Zweckmäßigkeit muss folglich auch nicht durch Urkunden nachgewiesen werden, wie das Landgericht meint.

Auch die anerkannten Grundsätze über die Auslegung von Grundbucheintragungen, auf die sich das Gericht beruft, können seine Entscheidung nicht stützen. Danach ist bei der Auslegung auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Nur wenn dies zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, ist im Zweifel der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen, wenn sich der größere Umfang nicht nachweisen lässt.<sup>12</sup> Angesichts der oben dargelegten Umstände, dass nämlich eine Fremdfinanzierung des

Kaufpreises regelmäßig notwendig und üblich ist, das finanzierende Kreditinstitut die Auszahlung des Darlehens an die Eintragung eines Grundpfandrechts knüpft, als Beleihungsobjekt in aller Regel nur der Kaufgrundbesitz in Betracht kommt, der aber erst nach Zahlung des Kaufpreises auf den Käufer umgeschrieben werden soll, und der aus alledem folgenden Üblichkeit einer Belastungsvollmacht in notariellen Kaufverträgen bleibt für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung nur die, dass die Verkaufsvollmacht auch zur Erteilung einer Belastungsvollmacht ermächtigt.

Dem Beschluss des Landgerichts Oldenburg ist nicht zu folgen. Der Notar, der den sichersten Weg gehen soll, sollte jedoch die Entscheidung zum Anlass nehmen, in den Text der Verkaufsvollmacht vorsorglich die ausdrückliche Ermächtigung zur Erteilung einer Belastungsvollmacht aufzunehmen.

Notare Dr. *Wolfgang Peter* und Dr. *Heiner Roemer*, Jülich

6. BGB §§ 151, 153, 313 a. F. (*Beurkundungspflicht für Annahme des Angebots einer Ausbietungsgarantie*)

**Die Annahme des Angebots einer Ausbietungsgarantie in der Zwangsversteigerung eines Grundstücks bedarf als bedingte Erwerbsverpflichtung der notariellen Beurkundung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Hans. OLG Hamburg, Urteil vom 12.7.2002, 11 U 227/01

*Zum Sachverhalt:*

Die Klägerin nimmt die Beklagte im Urkundenprozess wegen Nichterfüllung einer Ausbietungsgarantie auf Schadensersatz in Anspruch. Die Beklagte ließ auf Veranlassung der Klägerin folgende Erklärung notariell beurkunden:

„1. Auf dem im Grundbuch von ... eingetragenen Grundbesitz des Herrn ... sind in Abt. III Nr. 3 bis 6 und 8 bis 14 Grundschulden eingetragen.

2. Da sich der Schuldner der durch die Grundpfandrechte gesicherten Forderungen mit seinen Leistungen im Verzug befindet, ist bereits beim Amtsgericht ... das Zwangsversteigerungsverfahren anhängig.

3. Die ... [Beklagte] – nachstehend Garant genannt – verpflichtet sich, in dem anhängigen Zwangsversteigerungsverfahren ein Meistgebot von 1.800.000 DM abzugeben und die hierfür erforderliche Bietsicherheit im anzuberaumenden neuen Versteigerungstermin in bar zu leisten. Diese Verpflichtung gilt ohne Rücksicht darauf, ob den Grundpfandrechten ein Ausfall droht oder nicht.

(...)

6. Erfüllt der Garant seine Verpflichtungen aus dieser Ausbietungsgarantie nicht, hat er dem Garantiennehmer allen daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Ersteigert der Garantiennehmer zur Rettung seiner Grundpfandrechte das Grundstück, so findet § 114 a ZVG im Verhältnis zwischen Garantiennehmer und Garant keine Anwendung. Das Gleiche gilt, wenn ein Dritter, dem der Garantiennehmer seine Rechte aus dem Meistgebot abgetreten hat, den Zuschlag erhält. Der Garantiennehmer kann statt eines Schadensersatzes in Geld verlangen, dass der Garant das ersteigerte Grundstück Zug um Zug gegen Erstattung aller Aufwendungen und unter Neueintragung der durch den Zuschlag erloschenen Grundpfandrechte übernimmt.“

Gläubigerin der unter Ziffer 1 genannten Grundpfandrechte war die Klägerin. Am 14.3.2001 fand vor dem Amtsgericht ein Termin zur Zwangsversteigerung des vorbezeichneten Grundstücks, dessen Verkehrswert mit 2.910.000 DM festgesetzt war, statt. Der Geschäftsführer der Beklagten gab im eigenen Namen ein Gebot in Höhe von 300.000 DM ab, das das Meistgebot blieb; die Beklagte gab kein Gebot ab. Das Zwangsversteigerungsverfahren würde daraufhin auf Antrag der Klägerin eingestellt.

<sup>6</sup> *Amann* (Fn. 3), Rdnr. 118, der mit Recht auf die Nachteile dieser Gestaltung hinweist.

<sup>7</sup> *Amann*, a. a. O.

<sup>8</sup> BGHZ 49, 197.

<sup>9</sup> Das Sicherungsinteresse ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen; der bloße, auch einvernehmliche Wunsch nach einer Hinterlegung genügt nicht. Vgl. *Eylmann/Vaasen/Hertel*, Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz, § 54 a BeurkG, Rdnr. 5 m. w. N.

<sup>10</sup> Hierzu näher *Albrecht* in *Reithmann/Albrecht* (Fn. 1), Rdnr. 589 ff.; *Schöner/Stöber* (Fn. 1), Rdnr. 577 ff.

<sup>11</sup> *Tröder*, DNotZ 1984, 350, 352 ff.; *Kersten/Bühling/Basty* (Fn. 2), § 36 Rdnr. 226.

<sup>12</sup> BayObLG, NJW-RR 1987, 792, 793; BayObLG Rpfleger 1991, 365.

Mit Schreiben vom 17.07.2000 wies die Klägerin die Beklagte darauf hin, dass ihr die Ausbietungsgarantie vorliege und dass sie darauf bestehe, dass die Beklagte ihrer darin übernommenen Verpflichtung nachkomme. Mit Schreiben vom 12.10.2000 erklärte die Beklagte gegenüber der Klägerin „den Widerruf der Erklärung vom 11.4.2000 bzw. die Rücknahme des erklärten Angebots“ und die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Die Klägerin ließ am 27.9.2001 notariell beurkunden, dass sie die von der Beklagten abgegebene Ausbietungsgarantie annehme.

#### Aus den Gründen:

I. Die Berufung der Klägerin ist zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Der Klägerin steht aus der notariell beurkundeten Erklärung der Beklagten vom 11.4.2000 der geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht zu, denn es fehlt an einer wirksamen Annahmeerklärung. (...)

Mit ihrer am 11.4.2000 notariell beurkundeten Erklärung hat die Beklagte ein formwirksames Angebot auf Abschluss einer so genannten Ausbietungsgarantie abgegeben. Darin hat sich die Beklagte als Garantin zur Abgabe eines bestimmten (Mindest-)Gebotes in der Zwangsversteigerung des streitigen Grundstücks verpflichtet. Bei einer solchen Erklärung handelt es sich um eine unter einer Bedingung stehende Erwerbsverpflichtung, denn ob daraus der Erwerb des Grundstücks auch tatsächlich folgt, hängt u. a. davon ab, ob im Zwangsversteigerungstermin höhere Gebote abgegeben werden oder nicht. Eine solche Verpflichtung bedarf der Form der notariellen Beurkundung, die hier, soweit es die Erklärung der Beklagten betrifft, eingehalten wurde. Denn auch die bedingte Erwerbsverpflichtung und damit die Ausbietungsgarantie fällt unter § 313 S. 1 a. F. BGB (BGHZ 85, 245, 250; BGHZ 110, 319, 321; BGH, NJW-RR 1993, 14; OLG Gelle, NJW-RR 1991, 867 = DNotZ 1992, 302; *Soergel/Wolf*, BGB, 12. Aufl. 1990, § 313 Rdnr. 18; MünchKommBGB/*Kanzleiter*, 4. Aufl. 2001, § 313 Rdnr. 33; *Horn*, WM 1974, 1038). Etwas anderes ergibt sich – jedenfalls im vorliegenden Fall – auch nicht aus Ziffer 6 der notariellen Erklärung vom 11.4.2000, wonach die Beklagte Schadensersatz zu leisten hat, wenn sie ihren Verpflichtungen aus der Ausbietungsgarantie nicht nachkommt. Dabei handelt es sich nämlich nicht um eine Wahlschuld nach § 262 BGB, sondern – wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat – um eine sekundäre Leistungspflicht für den Fall der Nichterfüllung der Primärpflicht. Daher bedarf es keiner Entscheidung der Frage, ob im Fall der Wahlschuld § 313 Satz 1 a. F. BGB Anwendung findet (so *Staudinger/Wufka*, BGB, 13. Bearb. 1995, § 313 Rdnr. 45) oder nicht (so für eine mit dem vorliegenden Fall vergleichbare Konstellation BGH, NJW-RR 1993, 14).

Das Angebot auf Abschluss der Ausbietungsgarantie ist jedoch – wie das Landgericht ausgeführt hat – von der Klägerin nicht wirksam angenommen worden.

a) Das Schreiben der Klägerin vom 17.7.2000 führt nicht zur Wirksamkeit der Ausbietungsgarantievereinbarung. Dabei kann die Beantwortung der Frage, ob sich diesem Schreiben im Wege der Auslegung überhaupt der Wille, die Ausbietungsgarantie anzunehmen, entnehmen lässt, dahinstehen, weil jedenfalls die vorgesehene Form nicht eingehalten worden ist. Denn auch die Annahme einer Ausbietungsgarantie muss notariell beurkundet werden (OLG Gelle, NJW-RR 1991, 867 = DNotZ 1992, 302; *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 66; MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 313 Rdnr. 33; *Horn*, WM 1974, 1038). Auch der Bundesgerichtshof geht in den genannten Entscheidungen ausdrücklich davon aus, dass nicht nur die Garantieerklärung, sondern die Vereinbarung der Form des § 313 Satz 1 BGB unterliegt (BGHZ 85, 250; NJW-RR 1993,

15), und damit auch die Annahmeerklärung. Dies folgt schon aus dem allgemeinen Grundsatz der vollständigen notariellen Beurkundung (vgl. *Soergel/Wolf*, § 313 Rdnr. 59 m. w. N.); auch nur einseitig verpflichtende Verträge bedürfen insgesamt der Form des § 313 Satz 1 a. F. BGB. Dafür spricht schon der eindeutige Wortlaut der Norm, in der auf den Vertrag als Ganzen und nicht lediglich auf die den Vertrag begründenden einzelnen Willenserklärungen abgestellt wird. Aus diesem Grund führt auch der Hinweis der Klägerin auf die Rechtslage bei der Bürgschaft nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn in § 766 BGB unterstellt das Gesetz ausdrücklich nur die Bürgschaftserklärung, nicht die Annahme, einer besonderen Form, was aber für § 313 BGB gerade nicht zutrifft. Auch der Hinweis der Klägerin, dass für die Annahme keine nach außen erkennbare Willensäußerung erforderlich ist, verfängt nicht; damit kann, wie § 152 BGB zeigt, das Erfordernis der notariellen Beurkundung nicht umgangen werden.

b) Auch die notariell beurkundete Annahmeerklärung vom 27.9.2001 hat nicht zum Abschluss eines wirksamen Ausbietungsgarantievertrages geführt. Zwar entsprach sie der notwendigen Form, auch genügt es zur notariellen Beurkundung nach § 128 BGB, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme notariell beurkundet wird. Die Klägerin hat die Annahme aber zu einem Zeitpunkt abgegeben, zu dem das Angebot der Beklagten bereits erloschen war. Maßgeblich für die Frage, wie lange ein notarielles Angebot wirksam bleibt, ist entgegen der Auffassung des Landgerichts allerdings nicht der objektive Maßstab des § 147 Abs. 2 BGB (vgl. BGH, NJW 1999, 2179, 2180); vielmehr ist bei einer Sukzessivbeurkundung nach § 128 BGB für die Frage, ob das Angebot erloschen ist, gemäß § 152 Satz 2 BGB auf die Regelung in § 151 Satz 1 BGB abzustellen. Der Gesetzgeber hat in § 152 Satz 1 BGB die Annahmeerklärung in Fällen sukzessiver notarieller Vertragsbeurkundung als nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ausgestaltet, mit der Folge, dass bereits die Abgabe der Annahmeerklärung zum Vertragsschluss führt. Die Frist, nach deren Ablauf das Angebot erlischt und eine Annahme nicht mehr möglich ist, bestimmt sich nach § 151 Satz 2 BGB nach dem Willen des Antragenden, wie er sich aus dem Antrag oder den Umständen ergibt. Danach war die Frist bei Abgabe der Annahmeerklärung verstrichen. Allerdings lässt sich aus dem Antrag der Beklagten vom 11.4.2000 unmittelbar nicht auf die Frist, für die er gelten sollte, schließen. Jedoch ergibt sich aus den maßgeblichen Umständen der Wille der Beklagten, dass ihr Angebot jedenfalls im September 2001 erloschen war. Dafür spricht bereits der ungewöhnlich lange Zeitraum zwischen Beurkundung des Angebots (11.4.2000) und Beurkundung der Annahme (27.9.2001). Umstände, denen die Klägerin entnehmen konnte, dass die Beklagte an ihrem Angebot festhalten wollte, sind von ihr nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich; weder rechtliche Erwägungen noch wirtschaftliche Gesichtspunkte sprechen dafür. Der den Umständen zu entnehmende Wille der Beklagten, nicht mehr am Angebot festzuhalten, manifestierte sich zudem deutlich in ihrem Schreiben vom 12.10.2000, mit dem sie den „Widerruf“, die „Rücknahme“ bzw. die „Anfechtung“ ihres Angebots erklärte. Jedenfalls kann mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Beklagte ihr Angebot nicht über den Termin zur Zwangsversteigerung hinaus, in dem sie ihr Angebot abgeben sollte, aufrechterhalten wollte. Dieser Termin hatte aber bereits am 14.3.2001 stattgefunden, also mehr als ein halbes Jahr vor Beurkundung der Annahme. Die Beklagte konnte den Umständen nicht entnehmen, dass die Erklärung, die für ein bestimmtes Ereignis abgegeben war, noch angenommen werden konnte, nachdem der Termin seit langem verstrichen war.

c) Schließlich kann die zwingende Formvorschrift des § 313 Satz 1 a. F. BGB im vorliegenden Fall, entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin, auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht durchbrochen werden. Die von der Klägerin angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGHZ 85, 245, BGHZ 127, 168 und BGH, NJW 1996, 1960), aus denen sie ein Zurücktreten der Formvorschrift herzuleiten sucht, betreffen Konstellationen anderer Art. Insofern ist zwar nicht ausschlaggebend, dass es sich dort um Auftragsrecht handelt. Vielmehr unterscheidet sich die Situation von der zu entscheidenden maßgeblich dadurch; dass dort die jeweils verklagten Beauftragten mit dem Geld der klagenden Auftraggeber ein Grundstück in eigenem Namen erworben hatten. (...)

#### 7. BGB § 1115 (Gleitende Hypothekenzinsen ohne Höchstzinssatz)

**Bei Hypotheken macht die Vereinbarung eines gleitenden Zinssatzes durch Bezugnahme auf den Basiszinssatz die Angabe eines Höchstzinssatzes für die Eintragung nicht entbehrlich. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12.12.2002, 2 W 147/02

##### Zum Sachverhalt:

Durch Vertrag vom 19.1.2001 übertrug eine Beteiligte Grundstückseigentum auf den anderen Beteiligten. Dieser verpflichtete sich zu einer Ausgleichszahlung in Höhe von 15.000 DM, fällig zum 31.1.2006 und verzinslich ab dem ihrer Fälligkeit nachfolgenden Tage gemäß § 288 BGB mit 5 % über dem jeweiligen Basiszins pro Jahr, damals 9,26 %. Wegen dieser Schuld nebst Zinsen bewilligten die Beteiligten die Eintragung einer Buchhypothek. Am 6.5.2002 hat der Notar die Eintragung der Hypothek nebst Zinsen beantragt. Mit Zwischenverfügung vom 21.6.2002 hat das Grundbuchamt dem Notar aufgegeben, den Höchstzinssatz anzugeben. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Notars hat das Landgericht zurückgewiesen.

##### Aus den Gründen:

Mit Recht haben Grundbuchamt und Landgericht angenommen, dass der Zinssatz nicht hinreichend bestimmt bezeichnet ist. Nach § 1115 Abs. 1 BGB ist bei der Eintragung der Hypothek – wenn die Forderung verzinslich ist – u. a. der vereinbarte Zinssatz anzugeben. In Rechtsprechung und Literatur ist einhellig anerkannt, dass zur Bestimmung dieses vereinbarten Zinssatzes zwar die Bezugnahme auf einen „gleitenden“ Zinssatz – hier 5 % über dem (jeweiligen) Basiszins (vgl. § 247 BGB n. F.) per anno – grundsätzlich zulässig ist, dass jedoch auch in den Fällen dieser Art der das Grundbuchrecht beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten ist. Dieser verlangt, dass für jeden Beteiligten, insbesondere für nachfolgende Gläubiger, der Umfang der Belastung des Grundstücks erkennbar ist. Dem wird nur genügt, wenn der Höchstzinssatz eingetragen und in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung die Zinserhöhungsklausel angegeben ist, so dass die (größtmögliche) Höhe der hiernach geschuldeten Zinsen jederzeit sicher bestimmbar ist (BGH, NJW 1961, 1257, 1258; BB 1963, 68; LM § 1115 Nr. 5; NJW 1975, 1314, 1315; OLG Jena, JW 1932, 114; KG, JW 1934, 1506; Rpfleger 1971, 316; BayObLG, Rpfleger 1975, 221; DNotZ 1983, 44, 45; NJW-RR 2001, 878; LG Aachen, MittRhNot 1997, 143, 145; Demharter, GBO, 24. Aufl., Anhang zu § 44 Rdnr. 45 – ausdrücklich auch für den Basiszins; Erman/Wenzel, BGB,

10. Aufl., § 1115 Rdnr. 7; Haegele/Schöner/Stöber, 11. Aufl., Rdnr. 1960; MünchKommBGB/Eickmann, 3. Aufl., § 1115 Rdnr. 28; RGRK/Mattern, 12. Aufl., § 1115 Rdnr. 18 bis 21; Palandt/Bassenge, BGB, 61. Aufl., § 1115 Rdnr. 10 und 11; Soergel/Konzen, BGB, § 1115 Rdnr. 16; Staudinger/Scherübl, BGB, 12. Aufl., § 1115 Rdnr. 21). Entgegen der Auffassung der Beteiligten macht hier die Vereinbarung des gleitenden Zinssatzes in Gestalt des Basiszinssatzes nach Sinn und Zweck des Bestimmbarkeitserfordernisses die Angabe des Höchstzinssatzes nicht entbehrlich. Zwar ist es zutreffend, dass der Basiszinssatz nunmehr gesetzlich definiert und zu bestimmten Zeitpunkten im Bundesanzeiger bekannt gegeben wird. Das hat jedoch – wie beim Diskontsatz der Deutschen Bundesbank bisher auch (vgl. BGH, NJW 1975, 1314, 1315; OLG Jena a. a. O., KG a. a. O.) – nur zur – auch erforderlichen – Folge, dass der jeweils maßgebliche Zinssatz rückwirkend sicher bestimmt werden kann. Es fehlt indessen die Bestimmbarkeit der Belastung für die Zukunft, die weiter nur durch die Angabe des Höchstzinssatzes erreichbar ist. Dieser Auffassung steht ferner nicht entgegen, dass nunmehr gemäß § 288 Abs. 1 und 2 BGB n. F. der gesetzliche Verzugszins an den Basiszins anknüpft. Denn nach § 1118 BGB gibt das Grundbuch über diese Zinsen überhaupt keine Auskunft. Der Umstand, dass hieraus für die nachfolgenden Gläubiger im Hinblick auf den Ausnahmetatbestand des Verzuges ein Risiko hinsichtlich der höchstmöglichen Belastung besteht, berechtigt nicht, dieses Risiko auch auf die rechtsgeschäftlich vereinbarten Zinsen auszudehnen.

##### Anmerkung:

Die Entscheidung verdient keine Zustimmung. Sie belegt mit großem Aufwand an teils längst überholten Zitaten (charakteristisch: Staudinger/Scherübl, 12. Aufl. aus dem Jahr 1980 anstelle von Staudinger/Wolfsteiner, Bearbeitung 2002) die bis zum Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000 völlig unbestrittene Auffassung, dass bei gleitendem Zinssatz die Angabe eines Mindest- und eines Höchstzinssatzes erforderlich war. Richtig so, aber unmaßgeblich. Nur mit zwei Sätzen am Ende und ohne jedes Zitat behandelt sie aber die eigentlich gestellte Frage, ob diese Meinung zu revidieren ist, nachdem die „gesetzlichen Zinsen der Forderung“, für die das Grundstück nach § 1118 BGB kraft Gesetzes haftet, seither und seit der Schuldrechtsreform gemäß § 288 Abs. 1 und 2 BGB gleitend und ohne Obergrenze sind.

Dafür, dass seit 1.5.2000 gleitende Hypothekenzinsen ohne Höchstzinssatz zulässig sind, haben sich ausgesprochen: LG Konstanz, BWNNotZ 2002, 11; Volmer, ZfIR 2001, 246; Böhringer, Rpfleger 2003, 157, 163; Staudinger/Wolfsteiner (2002), Einl. zu §§ 1113 ff. BGB Rdnr. 41. Die seither erschienenen Kommentare zum BGB und GBO (z. B. Palandt, 62. Aufl. 2003, § 1115 BGB Rdnr. 10; Demharter, 24. Aufl. 2002, Anh. zu § 44 GBO Rdnr. 45) sind ohne Problembewusstsein (dasselbe gilt für KG, ZfIR 2003, 106 und LG Kassel, Rpfleger 2001, 176 – die aber einen gleitenden Zinssatz ohne Höchstbetrag bei entsprechenden gerichtlichen oder behördlichen Eintragungsersuchen für zulässig halten –, sowie Eickmann, ZfIR 2001, 183). Stimmen, die sich explizit für eine Fortgeltung des Erfordernisses eines Höchstzinssatzes aussprechen, gibt es, soweit ersichtlich, außer der hier zu besprechenden Entscheidung nicht.

Die Forderung, für die Hypothek einen Höchstzinssatz zu bestimmen, gründet sich auf den im positiven Recht nicht verankerten sog. Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchrechts. Ungeschriebene Grundsätze haben es an sich, dass sie zu

recht willkürlicher Auslegung (wenn man den Begriff „Auslegung“ hier überhaupt verwenden darf) animieren. Jeder Rechtsanwender legt sich sein Verständnis von Bestimmtheit selbst zurecht. Dabei wird dem Grundsatz gerne überpositive Wirkung zugesprochen und vom geschriebenen – positiven – Recht verlangt, sich ihm unterzuordnen. So meint denn auch der Senat, die positive Vorschrift des § 1118 BGB stelle nur eine Ausnahme vom ungeschriebenen Grundsatz dar und könne keine allgemeine Geltung beanspruchen.

Natürlich ist nur die umgekehrte Denkweise zulässig. In unserer kodifizierten Rechtsordnung hat der Rechtsanwender vom geschriebenen Recht auszugehen. Aus ihm mag er dann gegebenenfalls einen allgemeinen Grundsatz destillieren, den man dort zur Geltung bringen kann, wo positives Recht fehlt. Niemals aber darf sich der ungeschriebene Grundsatz als Vorwand des positiven Rechts aufspielen. Aus dem Vorrang des positiven Rechts folgt, dass jedenfalls der so genannte materielle Bestimmtheitsgrundsatz gleitenden Hypothekenzinsen ohne Höchstgrenze nicht entgegenstehen kann, denn sonst könnte das Gesetz solche Zinsen nicht zum gesetzlichen Inhalt der Hypothek erklären. Ist aber materiell-rechtlich eine Hypothek mit gleitenden Zinsen zulässig, dann hat das Grundbuch das materielle Recht abzubilden und kann sich ihm nicht unter Berufung auf einen ungeschriebenen Grundsatz formeller Bestimmtheit entziehen (weshalb auch die Entscheidung BayObLGZ 2002 Nr. 59 = NJW 2003, 70, dass die BGB-Gesellschaft nicht „grundbuchfähig“ sei, nicht richtig sein kann; denn wenn die BGB-Gesellschaft nach materiellem Recht rechtsfähig sein sollte, kann ihr das formelle Recht nicht den Zugang zum Grundbuch verweigern, noch dazu um den Preis, die materielle Rechtslage falsch darzustellen).

Dass Zinsen nach § 1118 (und nach § 1146) BGB die Ausnahme darstellten, trifft auch gar nicht zu. Unter § 1118 BGB fallen keineswegs nur Verzugszinsen, sondern z. B. auch – bei der Bauhandwerkerhypothek – die Zinsen ab Abnahme nach § 641 Abs. 4 BGB, Fälligkeitszinsen nach § 353 HGB, Prozesszinsen bei Zwangshypotheken nach § 291 BGB usw. Vor allem aber trägt jede Grundschuld, die unter Abbedingung des § 1193 Abs. 1 BGB bestellt wird – und das sind fast alle –, von Anfang an Verzugszinsen nach § 288 BGB in sich, weil bei ihr nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB Verzug stets sofort und ohne Mahnung eintritt. Diese gleitenden Verzugszinsen – der Zinssatz kann auch immer wieder zwischen dem allgemeinen Satz nach § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB und dem erhöhten Satz nach § 288 Abs. 2 wechseln – werden allerdings in der Regel durch höhere Grundschuldzinsen überdeckt; wenn aber der Basiszinssatz einmal nur über 4 % oder – wie es beim Diskontsatz in den 1970er-Jahren der Fall war – gar über 9 % steigen sollte, sind die bei vielen Grundschulden noch eingetragenen Zinsen von 12 % jährlich schnell überschritten. Von „Ausnahme“ kann dann keine Rede mehr sein und auch davon nicht, man wisse wenigstens für die Zukunft, wie sich die Zinsen entwickelten.

Bei Grundschuldzinsen von Bestimmtheit und davon zu reden, die nachrangigen Gläubiger müssten stets darüber unterrichtet sein, was ihnen an Belastung vorgeht, bedeutet ohnehin, einer Chimäre nachzujagen. Das liegt an den Problemen der Verjährung dieser Zinsen. Zwar hat sich die Rechtsprechung jetzt entschlossen, Grundschuldzinsen regulär – d. h. in drei Jahren ab Jahresende gemäß §§ 195, 199 BGB – verjähren zu lassen (BGHZ 142, 332 = NJW 1999, 3705 = EWIR § 202 BGB 1/2000, 59 mit abl. Anm. *Medicus*); was Verjährung von Grundschuldzinsen bedeutet, ist aber gänzlich unklar (dazu *Staudinger/Wolfsteiner* [2002], Einl. zu §§ 1113 ff. BGB Rdnr. 166). Legt man den Gesetzeswortlaut des § 214 Abs. 1

BGB zugrunde, so begründet die Verjährung nur ein Leistungsverweigerungsrecht des Grundstückseigentümers, auf das sich aber ein nachrangiger Gläubiger nicht berufen kann. Demgemäß ist auch unklar, was ein ablösungsbefugter nachrangiger Gläubiger eigentlich zur Ablösung zahlen muss, d. h. was ihm real im Range vorgeht (vgl. *Staudinger/Wolfsteiner* [2002], § 1150 BGB Rdnr. 25). Muss er auch verjährte Zinsen abdecken, weil ihm die Einrede der Verjährung gar nicht zusteht, oder nur unverjährte? Zwar gilt in der Zwangsversteigerung die – in ihren konkreten Auswirkungen von den Zufälligkeiten des Verfahrens abhängige – Rangregelung nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG mit ihrer zweijährigen, von der Verjährungsfrist losgelösten Frist; aber das Ablösungsrecht nach § 1150 BGB besteht auch außerhalb der Zwangsversteigerung. Wie auch immer man die Verjährung behandelt, aus dem Grundbuch lässt sich nie entnehmen, ob Zinsen verjährt sind oder nicht, und erst recht nicht, ob künftig Zinsen verjähren werden oder nicht; unverjährte Zinsen aber können schnell den Kapitalbetrag der Grundschuld erreichen und sogar ein Vielfaches des Kapitalbetrags ausmachen. Wer will also ernsthaft davon sprechen, bei einem Zinssatz mit Obergrenze sei die Zinsbelastung für die Zukunft „bestimmt“, bei mangelnder Obergrenze aber nicht bestimmbar?

So erweist sich auch diese Entscheidung als eine von vielen, die mehr dazu dienen, das Grundbuchrecht als eine schwierige, nur dem Spezialisten zugängliche Rechtsmaterie erscheinen zu lassen, als dass sie geltendem Recht und praktischen Bedürfnissen angepasst wären. Der Anfänger darf sich auch weiter darauf freuen, vom Grundbuchamt mit Zwischenverfügungen überrascht zu werden, die ihre Grundlage nicht im Gesetz, sondern in einem wolkigen Grundsatz haben.

Notar Dr. *Hans Wolfsteiner*, München

8. § 16 Abs. 2 WEG, § 242 BGB (*Änderung des Kostenverteilungsschlüssels*)

**Zum Anspruch auf Abänderung des gesetzlichen Kostenverteilungsschlüssels (§ 16 Abs. 2 WEG) bei einer aus Altbau und Neubau bestehenden Wohnungseigentumsanlage.**

OLG Hamm, Beschluss vom 9.9.2002, 15 W 235/00; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

*Aus den Gründen:*

Nach der gesetzlichen Regelung des § 16 Abs. 2 WEG, die hier gemäß § 3 der Teilungserklärung zur Anwendung kommt, ist jeder Wohnungseigentümer den anderen Wohnungseigentümern gegenüber verpflichtet, die Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und des gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis seiner Miteigentumsanteile zu tragen. Die Größe der einzelnen Miteigentumsanteile unterliegt nach allgemeiner Meinung weder einer Bindung an gesetzliche Vorschriften noch an den Wert, die Grundfläche oder die Nutzungsmöglichkeit des jeweiligen Wohnungs- oder Teileigentums (vgl. *Staudinger/Bub*, WEG, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 85 m. w. N.). Zwar können die Wohnungseigentümer den Kostenverteilungsschlüssel des § 16 Abs. 2 WEG durch Vereinbarung abweichend festlegen. Dies ist hier jedoch – wie der Senat in dem Beschluss vom 28.9.1998, 15 W 460/97, im Einzelnen ausgeführt hat – nicht geschehen.

Allerdings kann die gesetzliche Regelung des § 16 Abs. 2 WEG bei einer nicht sachgerechten Festlegung der Miteigentumsanteile in besonders gelagerten Einzelfällen zu grob unbilligen Ergebnissen führen. Es ist deshalb anerkannt, dass ein Wohnungseigentümer gegen die übrigen Teilhaber der Gemeinschaft einen Anspruch auf Änderung der gesetzlichen Kostenverteilung hat, wenn außergewöhnliche Umstände ein Festhalten an dem geltenden Kostenverteilungsschlüssel als grob unbillig und damit gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßend erscheinen lassen. Bei der Prüfung, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist ein strenger Maßstab anzulegen. Im Vordergrund steht dabei der Gesichtspunkt, jeder Wohnungseigentümer solle sich darauf verlassen können, dass das einmal Vereinbarte grundsätzlich weiterhin Geltung hat und alle bindet; außerdem ist jeder Wohnungseigentümer in der Regel bei Erwerb der Wohnung in der Lage, sich über den geltenden Kostenverteilungsschlüssel zu informieren und sich darauf einzustellen (vgl. BayObLG, NZM 2001, 290 = ZMR 2001, 473; NJW-RR 1995, 529; NJW-RR 1992, 342, 343 = BayObLGZ 1991, 396, 397 ff.; NJW-RR 1987, 715; OLG Düsseldorf, FGPrax 2001, 1011; OLG Frankfurt, NZM 2001, 140; Pfälzisches OLG Zweibrücken, WE 1999, 192, 193; OLG Köln, FGPrax 1995, 105; KG, NJW-RR 1991, 1169, 1170; *Palandt/Bassenge*, BGB, 61. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 21; Rechtsprechungsüberblick bei *Wendel*, ZWE 2001, 408).

Eine gerichtliche Änderung des Kostenverteilungsschlüssels kommt insbesondere dann in Betracht, wenn sich die Regelung in der Teilungserklärung im Zusammenleben der Wohnungseigentümer als von Anfang an verfehlt oder unzumutbar erweist, etwa weil sie zu wenig auf die Besonderheiten der jeweiligen Wohnungseigentümergeinschaft abgestimmt ist (vgl. Senat, FGPrax 1996, 176, 177; KG, NJW-RR 1991, 1169, 1170). Dabei ist die Frage der groben Unbilligkeit des Kostenverteilungsschlüssels insbesondere danach zu beurteilen, ob die auf den einzelnen Wohnungseigentümer entfallenden Kosten in einem vertretbaren Verhältnis zu den durch sein Wohnungseigentum verursachten Kosten stehen, wobei maßgebend in erster Linie die Wohn- und Nutzfläche ist (BayObLG, NJW-RR 1992, 342, 343; *Staudinger/Bub*, a. a. O., § 16 WEG Rdnr. 270).

Diesen Grundsätzen wird die angefochtene Entscheidung des Landgerichts im Ergebnis gerecht. Die Kammer hat einen Anspruch auf Abänderung des Kostenverteilungsschlüssels zu Recht verneint, weil die bestehende Kostenverteilung jedenfalls nicht grob unbillig und mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar sei. Die Kammer hat dazu im Ergebnis zutreffend im Einzelnen dargelegt, dass den Beispielen in der Rechtsprechung, bei denen die Gerichte einen Anspruch auf eine Abänderung der Kostenverteilung bejaht haben, Missverhältnisse in einer Größenordnung zugrunde lagen, die mit der vorliegenden Fallgestaltung nicht vergleichbar sind.

Berechnet man die Kostenbeteiligung der Beschwerdeführer der sofortigen weiteren Beschwerde auf der Grundlage der von ihnen mit der Antragsschrift vom 2.3.1999 beim Amtsgericht vorgelegten Aufstellung, so ergeben sich für die Beteiligten zu 1) nach Miteigentumsanteilen 10,63 %, nach qm 7,49 % und für die Beteiligten zu 3) nach Miteigentumsanteilen 3,00 % und nach qm 2,18 %, was einer Mehrbelastung durch die derzeitige Regelung im Vergleich zur angestrebten Abrechnungsweise von ca. 42 % bzw. ca. 38 % entspricht. Die größten Veränderungen würden sich danach für die Beteiligten zu 6) und 8) ergeben, allerdings zu deren Lasten, da sie nach der angestrebten Neuregelung eine Mehrbelastung hinnehmen müssten: Die Beteiligten zu 6) tragen nach Miteigen-

tumsanteilen 6,63 %, nach qm müssten sie 11,19 % tragen (Mehrbelastung durch Neuregelung würde ca. 69 % betragen); bei den Beteiligten zu 8) handelt es sich um 5,78 % nach Miteigentumsanteil und 9,45 % nach qm (Mehrbelastung durch Neuregelung würde ca. 63 % betragen). Zwar kann fraglich sein, ob die gesamte Kostenverteilung danach noch als sachgerecht anzusehen ist. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist jedoch die Annahme des Landgerichts, dass die Schwelle zur groben Unbilligkeit nicht überschritten ist. Die vorgenannten Verschiebungen reichen hier nicht aus, um einen Eingriff des Gerichts in die Vereinbarung der Teilungserklärung zu rechtfertigen. Dabei verkennt der Senat nicht, dass die geltend gemachten Abweichungen in der Kostenverteilung angesichts der erheblichen, sechsstelligen Aufwendungen für die Beseitigung des Hausschwamms im Altbau zu beträchtlichen Unterschieden in der Höhe der den jeweiligen Wohnungseigentümer treffenden Kosten führen würde. Dies hat jedoch nicht zur Folge, aufgrund von Billigkeitserwägungen den Rechtsgrundsatz zu verlassen, dass einmal Vereinbartes bindet.

Ein anderes Ergebnis ist auch nicht gerechtfertigt, wenn man auf das Verhältnis aller „Neubaueigentümer“ zu allen „Altbau-eigentümern“ abstellt, zumal dies bereits vom Ansatz her verfehlt ist. Die Antragsteller rücken bei ihrem Vortrag und ihren Berechnungen den Gesichtspunkt einer Trennung von Altbau und Neubau in einer Weise in den Vordergrund, der dem Umstand nicht gerecht wird, dass sämtliche Wohnungseigentümer rechtlich an einer Gesamtanlage beteiligt sind, die aus Altbau und Neubau besteht. Die Wohnungseigentümer des Neubaus haben demnach zwar das Sondereigentum in einem Neubau erworben, jedoch in Verbindung mit einem Miteigentumsanteil an der Gesamtanlage, zu der auch der Altbau gehört. Angesichts der Bestimmung in der Teilungserklärung, die auf die gesetzlichen Regelungen verweist, müssten die Wohnungseigentümer des Neubaus von Anfang an damit rechnen, bei anfallenden Sanierungen im Altbau mit in Anspruch genommen zu werden (vgl. OLG Köln, WuM 1998, 174 f.). Die dabei maßgebliche Quote war der Teilungserklärung zu entnehmen. Dass später aufgrund des Befalls des Altbaus mit Hausschwamm ein besonders hoher Sanierungsbedarf entstand, rechtfertigt keine Abweichung von diesen klaren Regelungen. Auf der Grundlage der verfehlten Argumentation der Antragsteller wäre zudem zu berücksichtigen, dass im umgekehrten Fall, also bei einer Sanierung des Neubaus, die Wohnungseigentümer des Altbaus die Hälfte der Kosten tragen müssten, obwohl der Anteil des Neubaus an der Gesamtfläche nur ca.  $\frac{1}{3}$  beträgt. Dass die Wohnungseigentümer des Altbaus eine solche Kostenverteilung aufgrund ihrer Stimmenmehrheit ohne weiteres verhindern können, trifft nicht zu. Denn ohne so genannte Öffnungsklausel in der Teilungserklärung kommt eine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels durch Mehrheitsbeschluss nicht in Betracht (vgl. BGH, NJW 2000, 3500, 3503; *Wendel*, ZWE 2001, 408).

Auch der Umstand, dass von Beginn an ein anderer Abrechnungsmaßstab praktiziert wurde, führt nicht dazu, den in der Teilungserklärung vorgesehenen Abrechnungsmaßstab als verfehlt oder unzumutbar anzusehen. Insbesondere reicht für eine solche Annahme die hier geltend gemachte Abweichung zwischen der Berechnung nach Miteigentumsanteilen und nach qm nicht aus. Zu Recht hat das Landgericht im Übrigen darauf hingewiesen, dass die Annahme der Unbilligkeit nicht darauf gestützt werden kann, dass die Eigentümer der im Neubau gelegenen Wohnungen einen höheren qm-Preis gezahlt haben. Aufgrund der Einheit von Altbau und Neubau mussten sie damit rechnen, dass auch die Beteiligung an Sanierungskosten des Altbaus auf sie zukommen konnte. An-

gesichts der Regelung zur Kostentragung in der Teilungserklärung ist ein Vertrauen darauf, dass es bei der bisherigen Praxis der getrennten Abrechnung bleiben würde, rechtlich nicht schutzwürdig. Schließlich ist auch die Auffassung der Kammer zutreffend, dass eine Gesamtschau aller Umstände zu keinem anderen Ergebnis führt. Im Übrigen lässt sich auch dem Umstand, dass die ursprüngliche Teilungserklärung vom 31.1.1984 durch Vereinbarung vom 21.3.1985 (...) geändert worden ist, und zwar auch im Hinblick auf die Größe von zwei Miteigentumsanteilen, nicht entnehmen, dass eine Veränderung des Kostenverteilungsschlüssels geboten ist.

#### 9. GBO §§ 15, 19, 22 (Vollmacht zur Löschungsbewilligung bei Auflassungsvormerkung)

**Eine neben der üblichen Vollzugsvollmacht dem Notar erteilte weitere Vollmacht zur uneingeschränkten Vertretung der Beteiligten im Grundbuchverfahren ermächtigt diesen, die Löschung einer Auflassungsvormerkung bei nicht durchgeführtem Kaufvertrag zu bewilligen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Thür. OLG, Beschluss vom 17.4.2002, 6 W 166/02

#### Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1) haben die verfahrensbetroffenen Grundstücke aus dem Vermögen der Treuhandanstalt erworben. Mit notariellem Vertrag vom 3.2.1997 haben die Beteiligten zu 1) die Grundstücke an J verkauft und aufgelassen. In dieser Urkunde ist in Abschnitt III Nr. 2 bestimmt:

„Um den vertragsgemäßen Eigentumsübergang zu sichern, bewilligt der Veräußerer und beantragt der Erwerber die Eintragung einer Vormerkung. Der Erwerber bewilligt und beantragt schon jetzt wieder die Löschung der Vormerkung bei Eigentumsumschreibung ...“

In Abschnitt VIII Nr. 2 ist bestimmt:

„Der Notar wird ermächtigt, den Vollzug dieser Urkunde umfassend zu betreiben ... Zudem ist der Notar ermächtigt, die Beteiligten im Grundbuchverfahren uneingeschränkt zu vertreten. Er darf insbesondere Bewilligungen, Anträge und Rangbestimmungen abgeben, klarstellen und zurücknehmen.“

Am 16.4.1997 hat der Notar eine Vereinbarung zwischen J als Ersterwerber, der Beteiligten zu 2) als Zweiterwerberin und den Beteiligten zu 1) als Veräußerer beurkundet, wonach die Beteiligte zu 2) sämtliche Rechte und Pflichten aus dem am 3.2.1997 beurkundeten Rechtsgeschäft übernimmt. Die Urkunde vom 16.4.1997 vermerkt:

„Diese Urkunde (vom 3.2.1997) lag bei Beurkundung in Urschrift vor, sie ist den Beteiligten bekannt, sie verzichten auf nochmalige Verlesung sowie auf Beifügen einer beglaubigten Abschrift. Auf sie wird Bezug genommen.“

Der Vertrag ist noch nicht vollzogen, der Kaufpreis ist noch nicht entrichtet.“

In Abschnitt IV Nr. 2 b der Urkunde vom 16.4.1997 ist bestimmt:

„Um den ... Eigentumsübergang zu sichern, bewilligt der Veräußerer und beantragt der Zweiterwerber die Eintragung einer Vormerkung ... Der Zweiterwerber bewilligt und beantragt schon jetzt wieder die Löschung der Vormerkung bei Eigentumsumschreibung ...“

In Nr. V der Urkunde werden „insbesondere die dem Notar erteilten Vollzugsvollmachten von allen Beteiligten nochmals ausdrücklich bestätigt“.

Die Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2) ist am 15.9.1997 unter der laufenden Nr. 1 in Abt. II des Grundbuchs eingetragen worden. Die Eigentumsumschreibung auf die Beteiligte zu 2) ist nicht beantragt worden.

Am 7.8.2001 hat der Notar dem Grundbuchamt eine Eigenurkunde vom 2.8.2001 zum Vollzug vorgelegt. Darin erklärt der Notar:

„Aufgrund der mir in den Urkunden vom 3.2.1997 und vom 16.4.1997 erteilten umfassenden Vollzugsvollmacht bewillige und beantrage ich hiermit namens der Beteiligten die Löschung der Belastung II/1 im Grundbuch ...“

Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes hat mit Zwischenverfügung vom 11.9.2001 dem Notar die Vorlage einer Löschungsbewilligung der Beteiligten zu 2) aufgegeben, weil der Notar zu einer solchen Erklärung keine Vollmacht habe.

#### Aus den Gründen:

(...)

3. Das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Die Löschungsbewilligung vom 2.8.2001 ist vollziehbar.

a) Die Löschung der am 15.9.1997 zugunsten der Beteiligten zu 2) eingetragenen Vormerkung ist nicht von der Beteiligten zu 2) als Löschungsbetroffene selbst bewilligt. Zwar hat die Beteiligte zu 2) in der Urkunde vom 16.4.1997 eine Löschungsbewilligung in Bezug auf die hier fragliche Auflassungsvormerkung erklärt. Diese Bewilligung ist jedoch in ihrer Vollziehbarkeit davon abhängig gemacht, dass die vormerkungsberechtigte Beteiligte zu 2) als Grundstückseigentümerin eingetragen ist, so dass die Vormerkung infolge Erfüllung des gesicherten Anspruchs gegenstandslos geworden ist. Dieser Fall ist hier nicht gegeben.

b) Die Löschungsbewilligung ist jedoch wirksam durch Notar (...) als Vertreter der Beteiligten zu 2) erklärt worden.

Notar (...) hat erkennbar als Stellvertreter der Beteiligten zu 2) die Löschung bewilligt. Er hat hierzu auch Vertretungsmacht. Die Vollmacht ergibt sich aus einer Zusammenschau des Inhalts der Notarurkunde vom 16.4.1997 mit dem der Notarurkunde vom 3.2.1997. Der insoweit maßgebliche Abschnitt VIII der Urkunde vom 3.2.1997 enthält zunächst nur die sog. Vollzugsvollmacht. Diese ist eng auszulegen und auf die Durchführung eines beurkundeten Geschäfts ihn zur Grundbucheintragung als dem das Geschäft vollendenden Element begrenzt (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2001, 376).

Zu der bloßen Vollzugsvollmacht tritt jedoch gemäß dem Inhalt der in Abschnitt VIII der Urkunde vom 3.2.1997 beurkundeten Erklärungen der Beteiligten zu 2) eine weitere Vollmacht, denn „zudem“ wird der Notar zur uneingeschränkten Vertretung der Beteiligten im Grundbuchverfahren ermächtigt. Diese Vollmacht ist im Außenverhältnis wirksam. Es steht den Beteiligten frei, den Urkundsnotar gelegentlich eines Beurkundungsvorganges zu Rechtshandlungen zu ermächtigen, die nicht unmittelbar die rechtliche Vollendung des beurkundeten Geschäftswillens herbeiführen. Ob eine neben einer Vollzugsvollmacht „uneingeschränkt“ erteilte Vertretungsmacht jedwedes Vertreterhandeln trägt oder ob sie auch ohne besondere Bestimmung dort ihre Grenzen findet, wo eine Rechtshandlung zu dem beurkundeten Ausgangsrechtsgeschäft keinen Bezug mehr hat, kann hier offen bleiben. Die Löschung einer Auflassungsvormerkung vor Eigentumsübergang steht mit dem beurkundeten Kaufvertrag jedenfalls in enger Verbindung, weil eine Bewilligungsvollmacht, indem sie den Eigentümer des Unrichtigkeitsnachweises enthebt, die Grundbuchberichtigung dort erleichtert, wo die Vormerkung infolge des Erlöschens des gesicherten Anspruchs vor der Vertragserfüllung gegenstandslos geworden ist.

Mit diesem, auch eine Löschungsbewilligung vor Vertragsdurchführung umfassenden Inhalt ist die Bestimmung in Abschnitt VIII der Urkunde vom 3.2.1997 nach Abschnitt V der

Urkunde vom 16.4.1997 übernommen worden. Dort ist zwar von „Vollzugsvollmachten“ die Rede. Damit ist jedoch weder der Inhalt des Abschnitts VIII der Urkunde vom 3.2.1997 durch die Beteiligten authentisch im Sinne des angefochtenen Beschlusses festgelegt worden, noch haben die Vertragsbeteiligten den Umfang der am 16.4.1997 beurkundeten Vollmachtserklärungen gegenüber der Vollmachterteilung vom 3.2.1997 eingrenzen wollen. Dieses ergibt sich zweifelsfrei aus dem Einleitungsteil der Urkunde (...) [vom 16.4.1997] wie auch aus den anderen Passagen dieser Urkunde sowie aus dem Gesamtzusammenhang der Erklärungen. Auch bei dem am 16.4.1997 beurkundeten Vorgang ging es darum, für ein aus dem DDR-Volkseigentum stammendes Erholungsobjekt erheblicher Größe (Gesamtfläche der Grundstücke: 46 727 m<sup>2</sup>) nach gescheiterten Versuchen einen geeigneten Investor zu verpflichten. Das Risiko, dass auch der mit der Beteiligten zu 2) abgeschlossene Kaufvertrag vorzeitig scheitern kann, war bereits bei Vertragsabschluss deutlich, so dass auch vor dem am 16.4.1997 beurkundeten Vertrag neben der reinen Vollzugsvollmacht im eigentlichen Sinn eine Rückabwicklungsvollmacht nahe lag und gewollt ist.

c) Die Löschungsbewilligungsvollmacht für Notar (...) ist in diesem Umfang dem Grundbuchamt und auch in Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen. Indem bei der Beurkundung am 16.4.1997 in Bezug auf die am 3.2.1997 erstellte Urkunde die Voraussetzungen des § 13 a BeurkG gewahrt sind, stehen aufgrund öffentlicher Urkunde die Erklärungen fest, aus denen die Löschungsbewilligungsvollmacht des Notars (...) sich ergibt. Demgemäß kann die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben.

10. BGB § 1587 (*Ausgleich von Anrechten aus Renten-Lebensversicherungsvertrag mit Kapitalwahlrecht bei Scheidung*)

**Zum Ausgleich von Anrechten aus einem Renten-Lebensversicherungsvertrag mit Kapitalwahlrecht, wenn der Berechtigte sein Wahlrecht erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ausübt.**

BGH, Beschluss vom 5.2.2003, XII ZB 53/98; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Die am 20.8.1965 geschlossene Ehe der Parteien wurde auf den dem Ehemann (Antragsgegner) am 18.12.1991 zugestellten Antrag durch Verbundurteil vom 22.1.1993 geschieden (insoweit rechtskräftig seit 3.7.1993) und der Versorgungsausgleich geregelt. Während der Ehezeit (1.8.1965 bis 30.11.1991; § 1587 Abs. 2 BGB) erwarben die Ehegatten jeweils Rentenansparungen der gesetzlichen Rentenversicherung, und zwar die am 12.12.1942 geborene Ehefrau bei der Landesversicherungsanstalt Westfalen (weitere Beteiligte zu 2., LVA) in Höhe von 148,21 DM und der am 17.2.1938 geborene Antragsgegner bei der Bundesknappschaft (weitere Beteiligte zu 1.) in Höhe von 716,77 DM, jeweils monatlich und bezogen auf den 30.11.1991. Daneben ist für den Ehemann eine Rentenanwartschaft mit Kapitalwahlrecht aus einem Lebensversicherungsvertrag bei der V. Lebensversicherungs-AG (weitere Beteiligte zu 3.) festgestellt.

Das Amtsgericht hat den Versorgungsausgleich dahin geregelt, dass es Rentenanwartschaften des Ehemannes bei der Bundesknappschaft in Höhe von 284,28 DM, monatlich und bezogen auf den 30.11.1991, auf das Versicherungskonto der Ehefrau bei der LVA übertragen hat. Außerdem hat es zu Lasten der Rentenanwartschaft des Ehemannes bei der V. Lebensversicherungs-AG auf einem bei dieser einzurichtenden Konto eine Rentenanwartschaft in Höhe von 85,52 DM, monatlich und bezogen auf den 30.11.1991, begründet.

Das Oberlandesgericht hat die dagegen gerichtete Beschwerde des Ehemannes, mit der er u. a. den Ausgleich seiner Anwartschaft bei der V. Lebensversicherungs-AG beanstandet hat, zurückgewiesen. Auf die dagegen gerichtete weitere Beschwerde hat der Senat mit Beschluss vom 2.10.1996 den angefochtenen Beschluss aufgehoben und die Sache zu neuer Behandlung und Entscheidung zurückverwiesen, weil das Beschwerdegericht die Realteilung durchgeführt habe, ohne der Frage nachzugehen, ob und in welcher Weise die V. Lebensversicherungs-AG für die Realteilung der bei ihr bestehenden Anrechte ein bestimmtes Teilungsverfahren vorgeschrieben habe.

Mit einem an die V. Lebensversicherungs-AG gerichteten Schreiben vom 21.1.1998 hat der Ehemann sein Wahlrecht ausgeübt und die Auszahlung des Kapitals bei Fälligkeit beansprucht. Das Oberlandesgericht hat daraufhin die vom Amtsgericht getroffene Regelung des Versorgungsausgleichs teilweise dahin abgeändert, dass die Realteilung der Rentenanwartschaft des Ehemannes bei der V. Lebensversicherungs-AG ersatzlos entfällt. Hiergegen richtet sich die zugelassene weitere Beschwerde der Ehefrau.

*Aus den Gründen:*

(...)

II. Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts unterliegt die Anwartschaft des Ehemannes aus dem Lebensversicherungsvertrag mit der V. Lebensversicherungs-AG nicht mehr dem Versorgungsausgleich, nachdem der Ehemann sein Kapitalwahlrecht ausgeübt habe. Der Umstand, dass die Option erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags wahrgenommen worden sei, ändere daran nichts.

Diese Ansicht ist frei von Rechtsirrtum.

Für den Ausgleich von Lebensversicherungen, die dem Berechtigten für den Versicherungsfall die Wahl zwischen einer Kapital- und einer Rentenleistung eröffnen, ist nach der Rechtsprechung des Senats zu unterscheiden: Ein Anrecht aus einer Kapitallebensversicherung mit Rentenwahlrecht unterliegt dem Versorgungsausgleich, wenn das Wahlrecht bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ausgeübt und das Anrecht aus dem Versicherungsvertrag damit vor diesem Stichtag zu einem Rentenrecht wird (BGHZ 88, 386, 393; Senatsurteil vom 15.1.1992, XII ZR 247/90, FamRZ 1992, 411, 412; Senatsbeschluss vom 13.1.1993, XII ZB 75/89, FamRZ 1993, 684, 685; zur Maßgeblichkeit des Rechtshängigkeitszeitpunkts auch für den Versorgungsausgleich: BGHZ, a. a. O.). Umgekehrt bleibt ein solches Anrecht dem Zugewinnausgleich unterworfen, wenn der Berechtigte erst nach dem genannten Stichtag von seinem Wahlrecht Gebrauch macht (Senatsurteil vom 15.1.1992, a. a. O.): Die Fortgeltung des Zugewinnausgleichs bereitet keine Probleme; das Anrecht kann ohne weiteres mit seinem sich aus der vereinbarten Kapitalleistung ergebenden und auf den Stichtag bezogenen Wert in das Endvermögen des Anrechtsinhabers eingestellt werden. Ein Anrecht aus einer Rentenlebensversicherung mit Kapitalwahlrecht, wie es hier vorliegt, unterfällt dem Zugewinn- und nicht dem Versorgungsausgleich, wenn das Wahlrecht bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ausgeübt und das Anrecht aus dem Versicherungsvertrag damit vor diesem Stichtag zu einem Kapitalanrecht wird (Senatsbeschluss vom 10.2.1993, XII ZB 80/88, FamRZ 1993, 793, 794). Fraglich ist indes, ob sich auch dieser Satz umkehren lässt, ein Anrecht aus einer Rentenlebensversicherung mit Kapitalwahlrecht also nicht dem Zugewinn-, sondern weiterhin dem Versorgungsausgleich unterliegt, wenn das Kapitalwahlrecht erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ausgeübt und die Versicherung somit erst nach diesem Stichtag in eine Kapitallebensversicherung umgewandelt wird.

Diese Frage ist für die Entscheidung des vorliegenden Falles erheblich. Der Ehemann hat das ihm versicherungsvertraglich eingeräumte Wahlrecht zwar erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ausgeübt. Gründe, die der Wirksamkeit der Wahlrechtsausübung entgegenstehen könnten, sind nicht ersichtlich. § 10 d VAHRG hindert die Ausübung des Wahlrechts schon seinem Wortlaut nach nicht. Auch begründet die Vorschrift kein – über ihren Wortlaut hinausgehendes – relatives Verfügungsverbot (Senatsbeschluss vom 19.10.1994, XII ZB 158/93, FamRZ 1995, 31, 32), das der Wahlrechtsausübung entgegenstehen könnte, wenn man diese als eine Verfügung über das Versicherungsanrecht ansehen wollte. Dahinstehen kann dabei, ob der Ehemann gegenüber seiner Ehefrau gegen Treu und Glauben verstoßen hat, weil er sein Versicherungsanrecht mit seiner Wahlrechtsausübung möglicherweise dem Versorgungsausgleich und damit hier zugleich dem Zugriff der Ehefrau entzogen hat. Denn ein solcher Verstoß beträfe nur das Innenverhältnis zwischen den Parteien, ließe aber die Wirksamkeit der Wahlrechtsausübung im Verhältnis des Ehemannes zur V. Lebensversicherungs-AG unberührt. Aufgrund des wirksam ausgeübten Kapitalwahlrechts hat sich die Rentenlebensversicherung somit nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags in eine auf Kapitalleistung gerichtete Versorgung umgewandelt.

Die danach maßgebende Frage, ob das ursprünglich auf Rentenleistung gerichtete Versicherungsanrecht trotz der erst nach dem Stichtag erfolgten Umwandlung weiterhin dem Versorgungsausgleich unterliegt, hat der Senat bislang nicht entschieden (vgl. aber – nicht tragend – Senatsbeschluss vom 10.2.1993, a. a. O.). Sie wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet (gegen die fortdauernde Einbeziehung in den Versorgungsausgleich OLG Hamburg, FamRZ 1987, 721; *Schwab/Hahne*, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl., VI 25; *Rolland/Wagenitz*, Familienrechtskommentar, § 1587 Rdnr. 20, 54; MünchKomm/Dörr, BGB, 4. Aufl., § 1587 Rdnr. 13 mit Fn. 31; *Soergel/Lipp*, BGB, 13. Aufl., § 1587 Rdnr. 29; Familiengerichtsbarkeit/Wick, § 10 a VAHRG Rdnr. 37; für die fortdauernde Einbeziehung in den Versorgungsausgleich OLG Celle, FamRZ 1999, 1200 [noch nicht rechtskräftig]; MünchKomm/Glockner, BGB, 4. Aufl., § 1587 a Rdnr. 437; *Glockner/Übelhack*, Die betriebliche Altersversorgung im Versorgungsausgleich, S. 169; beschränkt auf den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich auch OLG Karlsruhe, FamRZ 1996, 674; vgl. auch OLG Düsseldorf, FamRZ 1999, 1208). Der Senat folgt der ersten Auffassung.

Wie der Senat bereits wiederholt dargelegt hat, können nur im Zeitpunkt der Entscheidung über den Versorgungsausgleich noch vorhandene Anrechte in den Versorgungsausgleich einbezogen werden. Der Versorgungsausgleich kann deshalb solche Rentenrechte nicht erfassen, die bereits vor der Entscheidung über den Versorgungsausgleich erloschen sind, mag das Erlöschen – etwa durch Beitragerstattung – auch erst nach dem Ende der Ehezeit eingetreten sein (Senatsbeschlüsse vom 18.9.1991, XII ZB 92/89, FamRZ 1992, 45, 46, und vom 19.10.1994, a. a. O.). Für den hier vorliegenden Fall kann im Ergebnis nichts anderes gelten. Zwar ist die Rechtsposition des Ehemannes aus dem mit der V. Lebensversicherungs-AG geschlossenen Versicherungsvertrag durch das vom Ehemann ausgeübte Kapitalwahlrecht nicht ersatzlos untergegangen. Es hat sich vielmehr in ein Anrecht auf Zahlung des vereinbarten Kapitals verwandelt. Dieses Anrecht unterliegt, weil auf Kapitalleistung gerichtet, jedoch nicht dem Versorgungsausgleich (etwa BGHZ 88, a. a. O.). Der Ausschluss eines solchen umgewandelten und nunmehr auf Kapitalleistung gerichteten Anrechts aus dem Versorgungsausgleich erklärt sich dabei nicht schon aus der notwendigen Abgrenzung

zum Zugewinnausgleich; eine solche Abgrenzung könnte, wie der Senat es auch für den umgekehrten Fall des Ausgleichs von Kapitalversicherungen mit Rentenwahlrecht als richtig befunden hat (BGHZ, a. a. O.; Senatsurteil vom 15.1.1992, a. a. O.; Senatsbeschluss vom 13.1.1993, a. a. O.), nämlich auch nach der Erscheinungsform des Anrechts im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags erfolgen mit der Konsequenz, dass ein zum Stichtag dem Versorgungsausgleich unterliegendes Anrecht unabhängig von einer künftigen Wahlrechtsausübung weiterhin nach Maßgabe der §§ 1587 ff. BGB auszugleichen wäre. Entscheidend ist vielmehr, dass der Versorgungsausgleich – jedenfalls in seiner Ausformung durch das geltende Recht – auf den Ausgleich von Rentenrechten zugeschnitten ist und für den Ausgleich von Kapitalforderungen keine geeigneten Ausgleichsmechanismen zur Verfügung stellt (BGHZ, a. a. O., 397). Das belegt auch der vorliegende Fall. Anrechte, die – wie die bei der V. Lebensversicherungs-AG begründete Anwartschaft – nicht nach § 1587 b Abs. 1, 2 BGB ausgeglichen werden können, sind vorrangig im Wege der Realteilung auszugleichen, falls die für das Anrecht maßgebende Regelung dies vorsieht (§ 1 Abs. 2 VAHRG). Die V. Lebensversicherungs-AG eröffnet ausweislich des bei den Akten befindlichen Geschäftsplans die Realteilung aber nur für Rentenversicherungen. Das bei der V. Lebensversicherungs-AG bestehende Anrecht könnte, soweit nicht ein erweiterter öffentlich-rechtlicher Ausgleich nach § 3 b VAHRG in Betracht käme, deshalb nur schuldrechtlich ausgeglichen werden. Die Vorschriften über den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich setzen jedoch ebenso wie auch § 3 b VAHRG voraus, dass das auszugleichende Anrecht auf Rentenleistung gerichtet ist: § 1587 g BGB verlangt einen Vergleich der vom ausgleichsberechtigten und vom ausgleichsverpflichteten Ehegatten bezogenen Monatsrente und gewährt dem ausgleichsberechtigten Ehegatten einen Anspruch auf eine Geldrente in Höhe der Hälfte des übersteigenden Betrags; für den Mechanismus des § 3 b VAHRG gilt im Grundsatz nichts anderes. Der Vorschlag, dem ausgleichsberechtigten Ehegatten stattdessen einen der hälftigen Wertdifferenz der beiderseitigen Anrechte entsprechenden Anteil an der Kapitalleistung zuzuerkennen (*Glockner/Übelhack*, a. a. O.), mag de lege ferenda diskussionswürdig sein; im geltenden Recht findet er keine Grundlage.

Der Senat verkennt nicht, dass seine Auffassung den einen Ehegatten benachteiligen kann, wenn der andere Ehegatte nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags von seinem Kapitalwahlrecht Gebrauch macht und damit das bis dahin dem Versorgungsausgleich unterliegende Anrecht dem Versorgungsausgleich entzieht. Einer solchen Benachteiligung kann dadurch vorgebeugt werden, dass rechtzeitig vor Ausübung des Wahlrechts die Realteilung durchgeführt und das Wahlrecht des ursprünglichen Anrechtsinhabers damit auf den ihm verbleibenden Anteil beschränkt oder das Versicherungsanrecht, falls nicht real teilbar, nach § 1587 l BGB durch eine Abfindung ausgeglichen wird. Beide Möglichkeiten helfen freilich nicht weiter, wenn der Anrechtsinhaber von seinem Kapitalwahlrecht zwar erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, aber noch vor der Durchführung der Realteilung oder Zuerkennung einer Abfindung Gebrauch macht. In einem solchen Fall wird allerdings zu erwägen sein, das nicht länger dem Versorgungsausgleich unterliegende Anrecht im Wege des Zugewinnausgleichs zu berücksichtigen. Die in der Rechtsprechung des Senats gefundene Abgrenzung beider Institute steht einer solchen Berücksichtigung nicht entgegen. Denn sie will nur eine praktikable Zuordnung zur einen oder anderen Ausgleichsform sicherstellen, es aber nicht ermöglichen, dass in der Ehe erworbene Anrechte auf-



grund besonderer vertraglicher Gestaltung materiell von jedem Ausgleich ausgenommen bleiben. Auch das Stichtagsprinzip des § 1384 BGB hindert eine Einbeziehung eines solchen Anrechts in den Zugewinnausgleich nicht: Das Anrecht ist als wirtschaftlicher Wert bei Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags im Endvermögen des Anrechtsinhabers vorhanden; der bloße Wechsel der Anrechtsform schließt es nicht aus, das Anrecht mit eben diesem Wert in die Zugewinnausgleichsbilanz einzustellen. Auch dieser Ausweg ist freilich versperrt, wenn vor der Ausübung des Wahlrechts über den Zugewinnausgleich bereits rechtskräftig entschieden oder – wie offenbar im vorliegenden Fall – von den Ehegatten eine bestandskräftige Vereinbarung geschlossen worden ist. Soweit ein Ehegatte in der Ehe ein Rentenrecht mit Kapitalwahlrecht erworben hat, werden deshalb anwaltliche Beratung und – im Rahmen ihrer verfahrensrechtlichen Möglichkeiten – auch die Instanzgerichte auf einen Gleichlauf von Zugewinn- und Versorgungsausgleich Bedacht zu nehmen haben, um einem manipulativen Wechsel zwischen beiden Instituten zu begegnen. Verbleibende Risiken dürfen angesichts der begrenzten Häufigkeit von Rentenrechten mit Kapitalwahlrecht (*Johannsen/Henrich/Hahne*, Eherecht, 3. Aufl., § 1587 a BGB Rdnr. 224) quantitativ nicht überschätzt werden und können – jedenfalls durch Richterrecht – nicht völlig ausgeschlossen werden.

2. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts liegt in der Ausübung des Kapitalwahlrechts kein treuwidriges Verhalten des Ehemannes gegenüber der Ehefrau, das es rechtfertigen könnte, den Versorgungsausgleich in Ansehung seines Anrechts bei der V. Lebensversicherungs-AG dennoch durchzuführen. Es sei davon auszugehen, dass der Ehemann von seinem Wahlrecht Gebrauch gemacht habe, um den Nachteil auszugleichen, der ihm dadurch entstanden sei, dass eine für die Ehefrau bei der B. Lebensversicherung a.G. bestehende Kapitallebensversicherung bei der von den Parteien getroffenen Vereinbarung über die Ausgleichung des Zugewinns unberücksichtigt geblieben sei, weil die Ehefrau dieses Anrecht unzutreffend als Rentenrecht deklariert habe.

Es kann dahinstehen, ob die Würdigung des Oberlandesgerichts, dass eine solche Nachteilsausgleichung keinen Verstoß gegen § 242 BGB begründe, zutrifft. Auch wenn nämlich in der Ausübung des Kapitalwahlrechts ein treuwidriges Verhalten des Ehemannes gegenüber der Ehefrau läge, wäre es dennoch nicht möglich, den Versorgungsausgleich in Ansehung seines Anrechts bei der V. Lebensversicherungs-AG durchzuführen. Denn insoweit fehlt es – wie ausgeführt – an geeigneten Ausgleichsformen.

11. BGB § 1767 (*Sittliche Rechtfertigung einer Volljährigen-adoption*)

**Besteht zwischen den Adoptionsbeteiligten ein der natürlichen Generationenfolge entsprechender Altersunterschied, so kann das ernsthafte Motiv der Annehmenden, für einen jungen Mann aus einer ihr langjährig befreundeten ausländischen Familie eine dauerhafte Verantwortung zu übernehmen, um dem Anzunehmenden eine berufliche Ausbildung in Deutschland zu ermöglichen, für die Erwartung der Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses sprechen.**

OLG Hamm, Beschluss vom 7.1.2003, 15 W 406/02; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligte zu 1) ist deutsche Staatsangehörige. Sie lebte seit 1966 in Guinea und war in der Hauptstadt Conakry als Lehrerin tätig. 1971 heiratete sie dort den guineischen Staatsangehörigen F. Die Beteiligte zu 1) hat in der Ehe den Ehenamen K und ihren vorangestellten Geburtsnamen N als Begleitnamen geführt. Aus der Ehe sind zwei 1970 bzw. 1973 geborene Kinder hervorgegangen, die jetzt in Dortmund bzw. Münster leben. Im Jahre 1976 kehrte die Beteiligte zu 1) mit ihren Kindern nach Deutschland zurück. Ihr Ehemann folgte ihr später nach und verstarb hier 1985. Die Beteiligte zu 1) hat nach dem Tod ihres Ehemannes ihre persönlichen Kontakte zu Verwandten ihres Ehemannes sowie anderen Bekannten durch häufige Besuche in Guinea aufrechterhalten.

Der im Jahre 1976 geborene Beteiligte zu 2) ist eines von mehreren Kindern eines mit der Beteiligten zu 1) langjährig befreundeten Ehepaars in Conakry. Die Ehegatten leben zwischenzeitlich getrennt. Bei einem Besuch der Beteiligten zu 1) in Guinea im Februar 2001 haben sich die Beteiligten näher kennen gelernt. Danach hat die Beteiligte zu 1) dem Beteiligten zu 2) vorgeschlagen, zu ihr nach Deutschland zu kommen und sich von ihr adoptieren zu lassen, um ihm die Möglichkeit zu einer Berufsausbildung zu geben, die ihm nach den sozialen Verhältnissen in Guinea nicht möglich ist. Der Beteiligte zu 2) ist mit einem befristeten Touristenvisum nach Deutschland gereist und hat bei der Beteiligten zu 1) Wohnung genommen.

Die Beteiligten haben in notarieller Urkunde beim Vormundschaftsgericht beantragt, die Annahme des Beteiligten zu 2) als Kind der Beteiligten zu 1) mit der Maßgabe auszusprechen, dass der Beteiligte zu 2) weiterhin den Familiennamen M führt. Diesen Antrag haben sie in weiterer notarieller Urkunde dahin ergänzt, dass sie mit Rücksicht auf die leiblichen Kinder der Beteiligten zu 1) einen Verzicht des Beteiligten zu 2) auf alle gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsansprüche nach der Beteiligten zu 1) vereinbart haben. Ferner haben sie ihren Antrag dahin geändert, dass der Beteiligte zu 2) nach dem Ausspruch der Annahme den Familiennamen N-M führen soll. Die Beteiligte zu 1) hat auf einen Hinweis des Senats durch weitere notariell beglaubigte Erklärung gem. § 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB ihren Geburtsnamen wieder angenommen.

*Aus den Gründen:*

In der Sache hat das Landgericht unter teilweiser Bezugnahme auf die Gründe der amtsgerichtlichen Entscheidung ausgeführt, nach dem Ergebnis der persönlichen Anhörung verblieben erhebliche Zweifel daran, ob im Sinne des § 1767 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 1741 Abs. 1 BGB ein Eltern-Kind-Verhältnis zwischen den Beteiligten bereits entstanden sei bzw. dessen Begründung erwartet werden könne. Die Beziehung zwischen den Beteiligten bestehe erst seit kurzer Zeit. Die Beteiligte zu 1) habe den Beteiligten zu 2) erst vor einem Jahr kennen gelernt, ein näherer persönlicher Kontakt zwischen ihnen bestehe erst seit drei Monaten. Gegen die Erwartung der Entstehung einer Eltern-Kind-Beziehung spreche zudem, dass beide Beteiligten aus völlig unterschiedlichen Kulturkreisen stammten. Beide Adoptionsbeteiligten seien zudem ihren eigenen Familien sehr verbunden. Die Adoption diene dem Zweck, dem Beteiligten zu 2) eine Ausbildung in Deutschland zu ermöglichen. Es sei nicht erkennbar, dass die Beziehung der Beteiligten über die Ausbildung hinaus auf Dauer auf eine seelisch-geistige Beziehung angelegt sei; der von dem Beteiligten zu 2) erklärte Erbverzicht bestätige die Bedenken in dieser Hinsicht. Das Landgericht hat diesen Gründen die Erwägung hinzugefügt, der Adoptionswunsch der Beteiligten zu 1) sei zwar von dem anerkanntenswerten Motiv getragen, dem Beteiligten zu 2) und seiner Familie zu helfen. Dies allein reiche jedoch für die Erwartung der Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses nicht aus, dessen Begründung nach der gesetzlichen Vorschrift des § 1767 Abs. 1 BGB Hauptzweck der Annahme sein müsse.

Diese Ausführungen halten im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Bei der Frage, ob die Annahme im Sinne des § 1767 Abs. 1 Hs. 1 BGB sittlich gerechtfertigt ist, handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Anwendung hinsichtlich der vorgenommenen Bewertung auf der Grundlage der verfahrenfehlerfrei festgestellten Tatsachen der uneingeschränkten rechtlichen Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht unterliegt (vgl. *Keidel/Kahl*, FG, 14. Aufl., § 27 Rdnr. 30).

Nach Auffassung des Senats liegt der Bewertung des Landgerichts ein zu enges Verständnis des Begriffs des Eltern-Kind-Verhältnisses zugrunde, das im Rahmen einer Volljährigenadoption zwischen den Adoptionsbeteiligten entweder bereits entstanden sein oder dessen Begründung zumindest zu erwarten sein muss. In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Anforderungen, die an die Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses zu stellen sind, im Rahmen der Erwachsenenadoption nicht dieselben sein können wie bei der Minderjährigenadoption. Bei der Annahme von Personen vorgerückten Alters sind an die Unterhaltung dauernder persönlicher Beziehungen weniger weitgehende Anforderungen zu stellen als bei der Adoption minderjähriger Kinder, wie auch bei leiblichen Verwandten die Familienbeziehungen sich im Lauf der Jahre zu lockern oder andere Formen anzunehmen pflegen. Deshalb ist das Eltern-Kind-Verhältnis unter Erwachsenen im Sinne des § 1767 Abs. 1 BGB wesentlich durch eine auf Dauer angelegte Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand geprägt, wie ihn sich leibliche Eltern und Kinder typischerweise leisten (*BayObLG*, FamRZ 1996, 183, 184; FamRZ 1997, 638, 639; FamRZ 2001, 118; OLG Frankfurt, NJWE-FER 2000, 56). Für dieses auch als Beistandsgemeinschaft beschriebenes persönliches Verhältnis kann nicht gefordert werden, dass ein Gleichgewicht der beiderseitigen Bedürfnisse bestehen muss. Der sittlichen Rechtfertigung der Adoption steht danach nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung das Bedürfnis nach Beistandsgewährung einseitig, sei es auf der Seite des Annehmenden, sei es auf der Seite des Anzunehmenden, besteht (*BayObLG*, FGPrax 2002, 223, 224). Die Begründung einer solchen, dem natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis nachgebildeten, familienbezogenen Beziehung muss Hauptzweck der Volljährigenadoption sein; wirtschaftliche Ziele oder öffentlich-rechtliche Konsequenzen (wie etwa eine günstigere Rechtsstellung für die Erlangung einer Aufenthaltserlaubnis) dürfen nur Nebenfolge sein (KG, FamRZ 1982, 641; OLG Zweibrücken, NJWE-FER 1999, 295; *BayObLG*, FamRZ 1997, 638, 639; FamRZ 2001, 118, 119; *Soergel/Liermann*, BGB, 13. Aufl., § 1767 Rdnr. 5). Nach Auffassung des Senats kann im Rahmen dieser Kriterien nach dem Gesamtbild der festgestellten Umstände die sittliche Rechtfertigung der beantragten Adoption nicht verneint werden.

Zwischen den Adoptionsbeteiligten besteht ein erheblicher, der natürlichen Generationenfolge entsprechender Altersunterschied (*BayObLG*, NJWE-FER 1998, 78; FGPrax 2000, 25). Die Beziehung zwischen den Beteiligten ist aufgrund der familiären und freundschaftlichen Kontakte entstanden, die die Beteiligte zu 1) aufgrund ihrer Ehe mit Herrn K über dessen Tod im Jahre 1985 hinaus in Conakry/Guinea aufrechterhalten hat. Die Beteiligte zu 1) hat nach ihrer glaubhaften Darstellung in dem Zeitraum von 1966 bis 1976 mit ihrem Ehemann in Guinea gelebt und dort als Lehrerin gearbeitet. Zu dem Kreis ihrer persönlichen Bekannten aus dieser Zeit gehört auch die Familie der Eltern des Beteiligten zu 2). Die Beteiligte zu 1) ist aufgrund ihres langjährigen Aufenthalts in Guinea mit der Sprache und Kultur der Bevölkerung dieses Landes eng vertraut. Die Zugehörigkeit der Adoptionsbeteiligten zu verschiedenen Kulturkreisen kann der Erwartung der Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses nicht maßgebend entgegenstehen, weil die Beteiligte zu 1) mit beiden Kultur-

kreisen vertraut und in der Lage ist, dem Beteiligten zu 2) gegenüber seinem Heimatland unterschiedliche Lebens- und Anschauungsweisen in Deutschland zu vermitteln. Nach ihrer insoweit ebenfalls glaubhaften Darstellung war sie es, die dem Beteiligten zu 2) den Vorschlag unterbreitet hat, ihn zu adoptieren. Dieser Adoptionswunsch entspringt einer – wie bereits das Landgericht ausgeführt hat – aner kennenswerten Hilfsbereitschaft mit dem Ziel, dem Beteiligten zu 2) eine Ausbildung und eine berufliche Existenz in Deutschland zu ermöglichen. Die Beteiligte zu 1) ist sich darüber im Klaren, dass sie mit dem Ausspruch der Annahme und das dadurch begründete Verwandtschaftsverhältnis die Verpflichtung übernimmt, für den Unterhalt des Beteiligten zu 2) zu sorgen, solange dieser ein ausreichendes Einkommen nicht erzielt. Die Bereitschaft der Beteiligten zu 1), für einen jungen Mann aus einer ihr langjährig bekannten und befreundeten Familie in dieser Weise eine dauerhafte Verantwortung durch Beistandsleistung zu übernehmen, ist in der Gesamtschau der Umstände nicht lediglich ein Art von Freundschaftsdienst, sondern die Beteiligte zu 1) will eine elternähnliche Rolle für den Beteiligten zu 2) übernehmen, die dem natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis entspricht (OLG Zweibrücken, a. a. O., S. 296). Dem steht nicht entgegen, dass der Beteiligte zu 2) mit einem etwaigen Abschluss seiner Ausbildung und der Begründung einer eigenen beruflichen Existenz ein höheres Maß an Selbstständigkeit wird entwickeln können, weil eine solche Entwicklung auch in dem natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis eine Entsprechung findet. Hauptzweck der Adoption ist danach insgesamt ein familienbezogenes Motiv, das sittlich durchaus gerechtfertigt ist. Die Ernsthaftigkeit ihrer Motivation hat die Beteiligte zu 1) zusätzlich dadurch unter Beweis gestellt, dass sie im Lauf des Verfahrens der weiteren Beschwerde auf den Hinweis des Senats durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten vom 14.12.2002 gem. § 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB ihren Geburtsnamen wieder angenommen hat, um die in dem Annahmeantrag beantragte Namensführung des Beteiligten zu 2) zu ermöglichen (siehe dazu nachstehend). Der Annahmeantrag und die Erklärung des Beteiligten zu 2) bei seiner persönlichen Anhörung durch das Amtsgericht ergeben, dass er seinerseits bereit ist, sich in diesem Sinne unter die Verantwortung der Beteiligten zu 1) zu stellen und deren Beistand anzunehmen.

Der sittlichen Rechtfertigung der Annahme steht nicht entgegen, dass beide Adoptionsbeteiligten ihre eigenen familiären Bindungen aufrechterhalten wollen. Dass aus der Sicht der Beteiligten zu 1) als Annehmender die bestehenden Bindungen zu ihren leiblichen Kindern die Begründung eines weiteren Eltern-Kind-Verhältnisses zu dem Anzunehmenden nicht ausschließt, folgt bereits aus der Vorschrift des § 1769 BGB, die eine Prüfung erfordert, ob der Volljährigenadoption überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden entgegenstehen (siehe dazu nachstehend). Das Gesetz geht deshalb davon aus, dass bestehende familiäre Bindungen des Annehmenden zu leiblichen Kindern der sittlichen Rechtfertigung einer Volljährigenadoption nicht entgegenstehen. Aus der Sicht des Anzunehmenden folgt dasselbe Ergebnis aus der Vorschrift des § 1770 Abs. 2 BGB, die die Wirkungen der Annahme nicht auf die Verwandten des Angenommenen erstreckt, das Verwandtschaftsverhältnis insbesondere zu seinen Eltern also nicht erlischt. Das Leitbild der Volljährigenadoption ist also im Gegensatz zu demjenigen der Minderjährigenadoption nicht auf einen Ersatz der leiblichen Elternschaft durch den Annehmenden gerichtet. Loyalitätskonflikte zu den leiblichen Eltern des Beteiligten zu 2) (siehe zu diesem Gesichtspunkt OLG Zweibrücken, a. a. O.) sind nicht zu befürchten, weil diese in Guinea wohnen.

Auch der Umstand, dass der Beteiligte zu 2) in der notariellen Urkunde vom 14.2.2002 auf sein gesetzliches Erbrecht nach der Beteiligten zu 1) verzichtet hat, steht der sittlichen Rechtfertigung der Adoption nicht entgegen. Der Beteiligte zu 2) erlangt zwar durch den Ausspruch der Annahme die Rechtsstellung als Kind der Beteiligten zu 1) (§§ 1767 Abs. 2 Satz 1, 1754 Abs. 2 BGB) und gehört damit auch zu ihren gesetzlichen Erben. Der vertragliche Ausschluss eines Teils der vermögensrechtlichen Wirkungen der Annahme lässt jedoch nicht den Schluss darauf zu, dass die Begründung eines Eltern-Kind-Verhältnisses in dem oben beschriebenen Sinne nicht beabsichtigt ist. In diesem Zusammenhang kommt maßgebend hinzu, dass der Erbverzicht in der notariellen Urkunde vom 14.2.2002 ausdrücklich mit Rücksicht auf die leiblichen Kinder der Beteiligten zu 1) erklärt worden ist.

Nach § 1769 BGB darf die Annahme eines Volljährigen nicht ausgesprochen werden, wenn ihr überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden oder des Anzunehmenden entgegenstehen. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Sache zur abschließenden Entscheidung durch den Senat noch nicht reif. Die Beteiligte hat zwar mit der Begründung ihrer Erstbeschwerde vorgetragen, ihre beiden leiblichen Kinder seien uneingeschränkt mit der Adoption des Beteiligten zu 2) durch ihre Mutter einverstanden; das Verhältnis zwischen ihnen und dem Beteiligten zu 2) sei ausgezeichnet. Indessen haben die Vorinstanzen – von ihrem Standpunkt aus folgerichtig – die leiblichen Kinder der Beteiligten zu 1) noch nicht persönlich zu der Frage angehört, ob sie ihre Interessen durch den Ausspruch der Annahme nachteilig berührt sehen. Bei der nach § 1769 BGB vorzunehmenden Abwägung sind auch vermögensrechtliche Interessen zu berücksichtigen, weil die anders lautende Vorschrift des § 1745 Satz 2 BGB aus dem Recht der Minderjährigenadoption bei der Volljährigenadoption nicht anwendbar ist (§ 1768 Abs. 1 BGB). Den leiblichen Kindern der Beteiligten zu 1) muss deshalb noch Gelegenheit gegeben werden, selbst zu der beantragten Adoption Stellung zu nehmen und dabei zu erwägen, ob sie ihre Interessen durch den Erbverzicht im Hinblick auf dessen Aufhebbarkeit (§ 2351 BGB) hinreichend berücksichtigt sehen.

Der Annahmeantrag ist in der Fassung der notariellen Urkunde vom 14.2.2002 auf den Ausspruch eines zweigliedrigen Familiennamens des Beteiligten zu 2) gerichtet, der aus dem von der Beteiligten zu 1) geführten Familiennamen N sowie dem angefügten bisherigen Familiennamen M des Beteiligten zu 2) bestehen soll. Die Hinzufügung des bisherigen Familiennamens des Beteiligten zu 2) kann nach den §§ 1767 Abs. 2 Satz 1, 1757 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB von dem Vormundschaftsgericht zugelassen werden, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Angenommenen erforderlich ist. Dazu haben die Vorinstanzen von ihrem Standpunkt aus folgerichtig bislang eine Entscheidung nicht getroffen. Die restriktiven Voraussetzungen des § 1757 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB sind bei der Volljährigenadoption großzügig zu handhaben (BayObLG FamRZ 2002, 1649, 1650). Durchgreifende Bedenken gegen die beantragte Namensführung bestehen deshalb nicht, wenn der Beteiligte zu 2) seine Bindungen zu seiner leiblichen Familie aufrechterhalten will.

Zwar konnte die beantragte Namensführung solange nicht ausgesprochen werden, als die verwitwete Beteiligte zu 1) den Ehenamen K und ihren Geburtsnamen N lediglich als Begleitnamen führte (§§ 1757 Abs. 1 Satz 2, 1355 Abs. 4 BGB). Dieses Hindernis hat die Beteiligte zu 1) indessen im Lauf des Verfahrens der weiteren Beschwerde dadurch ausgeräumt, dass sie in notariell beglaubigter Erklärung vom 14.12.2002 gem. § 1355 Abs. 5 Satz 2 BGB ihren Geburtsnamen wieder angenommen hat.

Da die abschließende Entscheidung somit noch weiterer tatsächlicher Ermittlungen (§ 12 FGG) bedarf, die im Verfahren der weiteren Beschwerde nicht vorgenommen werden können, musste der Senat die Sache an eine der Tatsacheninstanzen zurückverweisen.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beschluss des BayObLG vom 24.7.2002, 1Z BR 54/02, MittBayNot 2002, 140.

### Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. HGB § 12 (*Heilung einer formunwirksamen Anmeldung des Notars durch formgerechte Eigen-Anmeldung*)

**Die Handelsregister-Anmeldung eines Notars per Telefax entspricht nicht der Form des § 12 HGB, wenn das Original nicht gesiegelt ist. Jedoch kann die formunwirksame Anmeldung des Notars nachträglich durch eine formgerechte Eigen-Anmeldung eines Beteiligten geheilt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Thür. OLG, Beschluss vom 21.10.2002, 6 W 534/02

#### Zum Sachverhalt:

Am 27.8.2002 haben die beiden Gesellschafter der Beteiligten, welche zugleich die Gesellschafter der X oHG sind, zu notarieller Urkunde erklärt, die Beteiligte übertrage mit Wirkung vom 1.1.2001 ihr Vermögen als Ganzes im Wege der Verschmelzung auf die X oHG. Sie haben als Gesellschafter der übertragenden wie der übernehmenden Gesellschaft der Verschmelzung zugestimmt und den Notar bevollmächtigt, den Urkundenvollzug zu betreiben und dabei auch Rechtsmittel einzulegen. Der Verschmelzung liegt eine Jahresabschlussbilanz per 31.12.2000 zugrunde. Auf einen Verschmelzungsbericht haben die Gesellschafter verzichtet. Gleichfalls am 27.8.2001 hat der Notar die der Anmeldung der Verschmelzung zur Eintragung im Handelsregister beigefügte Unterschrift des Geschäftsführers der Beteiligten beglaubigt.

Mit Schreiben vom 28.8.2001 hat der Notar „mit dem Antrag auf Vollzug gemäß § 129 FGG“ die Verschmelzungsurkunde nebst Anmeldung an das Registergericht mittels Einschreiben mit Rückschein auf den Postweg gebracht; dem Vorgang war die per 31.12.2000 erstellte Schlussbilanz der Beteiligten beigelegt. Das Registergericht hat den Eingang dieser Urkunden am 12.9.2001 verzeichnet. Nach einem nicht unterschriebenen „Auslieferungsbeleg für Einschreiben“ ist die Sendung am 30.8.2001 in das Gerichtspostfach gelegt worden. Hierzu hat sich die Wachtmeisterei wie folgt geäußert: „Dieser Auslieferungsschein lag zu keinem Zeitpunkt im PF 1661. Erst am 12.9.2001 sprach uns eine Schalterangestellte an, ob wir ein paar Einschreiben mitnehmen würden, obwohl kein Schein vorhanden war. Wir erklärten uns sofort bereit, und ein Ersatzzettel über die Auslieferung wurde ausgestellt. Dieser sowie der Rückschein wurden umgehend quittiert. Warum der Original-Auslieferungsschein nicht in unser Postfach gelegt wurde, entzieht sich unserer Kenntnis.“

Am 31.8.2001 ist dem Registergericht eine Telefax-Kopie des Schreibens des Urkundsnotars vom 28.8.2001 zugegangen. In dem Zuleitungsfax hat der Notar handschriftlich vermerkt: „Dieses Fax gilt als vorsorgliche Anmeldung.“

Mit Schreiben vom 22.10.2001 hat die Registerrichterin dem Notar dargelegt, dass der Eingang der Eintragungsanmeldung vom 28.8.2001 nicht für den 30.8.2001, sondern erst für den 12.9.2001 festgestellt werden könne. Das Schreiben schließt mit der Bitte, „die Verschmelzung erneut anzumelden und eine Bilanz beizugeben, die den Anforderungen des § 17 Abs. 2 UmwG entspricht“. Hiergegen hat die Beteiligte am 26.10.2001 Beschwerde eingelegt. Sie ist der Ansicht, die

Anmeldung sei am 30.8.2001 in den „Machtbereich“ des Registergerichts gelangt, so dass § 17 Abs. 2 UmwG gewahrt sei. Die Registerrichterin hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 27.8.2002 die Beschwerde zurückgewiesen. Nach seiner Ansicht hätte die auf den Stichtag 31.12.2001 erstellte Schlussbilanz, um die Eintragungsvoraussetzung des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG zu wahren, spätestens am 31.8.2001 dem Registergericht vorliegen müssen. Für die Frage der Fristberechnung komme es nicht auf den Zugang von Telefax-Schreiben an, weil gemäß § 12 HGB die Original-Urkunden vorzulegen seien. Die Beteiligte habe einen vor dem 12.9.2001 liegenden Eingangszeitpunkt nicht nachgewiesen.

*Aus den Gründen:*

(...) Die weitere Beschwerde ist auch begründet.

a) Zutreffend ist das Landgericht vom Vorliegen einer beschwerdefähigen Verfügung im Sinne des § 19 FGG ausgegangen. Zwar stellt das Schreiben des Registergerichts sich zunächst lediglich als Hinweis auf die rechtliche Würdigung der Registerrichterin dar. Seinen den Entscheidungscharakter ausmachenden Inhalt enthält das Schreiben vom 22.10.2001 jedoch darin, dass dort die Anmeldung vom 28.8.2001 zurückgewiesen wird. Dies geschieht zwar nicht ausdrücklich. Die Antragszurückweisung wird indessen darin eindeutig, dass die Beteiligte zur Neuanschuldung unter Beachtung der Anforderung des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG aufgefordert wird.

b) Die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des § 130 BGB. Das Landgericht hat nicht in Zweifel gezogen, dass ein (amts-)empfangsbedürftiges Schriftstück dem Adressaten dann zugegangen sein kann, wenn es in dessen Postfach gelegt wird. Den Eintragungsantrag hat das Landgericht vielmehr deswegen zurückgewiesen, weil es einen solchen Zugang nicht feststellen können. Insoweit steht die angefochtene Entscheidung dem Rechtsbeschwerdegericht nur zur eingeschränkten Prüfung offen. In diesem Umfang ergeben sich keine Rechtsanwendungsfehler. Das Ergebnis der Vorinstanzen, den Zugang der Originaldokumente am 30.8.2001 als nicht bewiesen anzusehen, ist sogar eher nahe liegend.

c) Rechtsfehlerhaft hat das Landgericht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG verneint, soweit es um den Zeitraum geht, der zwischen dem Stichtag der Verschmelzung zugrunde liegenden Schlussbilanz und der Anmeldung der Verschmelzung zur Eintragung ins Handelsregister liegt. Der Zeitraum darf acht Monate nicht überschreiten. Diese Frist hat die Beteiligte gewahrt, denn die Anmeldung ist genau acht Monate nach dem Bilanzstichtag erfolgt. An diesem Tag sind dem Registergericht die per Fax übermittelten Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten vom 28.8.2001 zugegangen. Diese Schreiben enthalten die Anmeldung der Verschmelzung zum Eintrag in das Handelsregister. Das gilt auch für das Schreiben, dem nicht der handschriftliche Zusatz, dass es als Anmeldung gemeint sei, hinzugefügt ist. Mit diesem Inhalt sind die beiden Notarschreiben eindeutig. Die Anmeldung zum Handelsregister ist der verfahrenseinleitende Antrag auf Vornahme einer Eintragung. Dass beide am 31.8.2001 an das Registergericht gefaxte Schreiben in diesem Sinn gemeint sind, ist auch nicht deswegen zweifelhaft, weil es eine vom Geschäftsführer der Beteiligten unterzeichnete Anmeldung gibt. Wie die Vollzugsvollmacht zeigt, soll neben der Beteiligten auch der Notar befugt sein, die zum beurkundeten Geschäft gebotene Handelsregistereintragung herbeizuführen.

Diese Vollmacht sowie § 129 FGG haben den Notar zur Antragstellung für die Beteiligte legitimiert. Dass Notar B. am 21.8.2001 von der Vollmacht Gebrauch machen wollte, liegt angesichts des Wortlauts des Schreibens vom 28.8.2001 klar auf der Hand.

Die Antragstellung durch Notar B. ist nicht deswegen unwirksam, weil die Anmeldung am 31.8.2001 nicht die durch § 12 HGB gebotene Form gewahrt hat. Die Bestimmung, wonach die Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister die Form der öffentlichen Beglaubigung zu beachten hat, statuiert kein Wirksamkeitselement des Antrags, sondern eine Vollzugsvoraussetzung. § 12 HGB gibt den Grundsatz, dass Verfahrenshandlungen keiner besonderen Form bedürfen, nicht auf, sondern passt ihn den spezifischen Anforderungen des registergerichtlichen Verfahrens an (vgl. auch § 79 BGB für die Eintragung in das Vereinsregister). Diesen ist genügt, wenn der Vollzug der Anmeldung vom Einhalten der Form abhängt, wogegen den Belangen der vorsorgenden Rechtspflege darin Rechnung getragen ist, das Beheben des Formmangels im weiteren Verfahren zu gestatten. Daher kann auch eine § 12 HGB nicht entsprechende Anmeldung das Eintragungsverfahren einleiten mit der Folge, dass das Registergericht in die Sachbearbeitung eintreten muss und dabei den Antragsteller auf den dem Antragsvollzug entgegenstehenden Mangel hinweist.

Nachdem dem Registergericht am 12.9.2001 die Originalschreiben des Notars zugegangen waren, konnte das Registergericht den Antragsvollzug nicht mehr wegen Formmangel ablehnen. Zwar haben die Notarschreiben vom 28.8.2001 nicht die von § 12 HGB geforderte Form gewahrt. Auch wenn § 12 HGB unausgesprochen der öffentlich beglaubigten Privaturskunde die öffentliche Urkunde gleichstellt (vgl. § 129 Abs. 2 BGB; MünchKommHGB/*Bokelmann*, § 12 Rdnr. 13) und wenn das Notarschreiben als sog. Eigenurskunde des Notars und damit als öffentliche Urkunde in Betracht kommt (vgl. BGHZ 78, 36, 38; BayObLG, DNotZ 1983, 434; OLG Frankfurt, MittBayNot 2001, 225 m. Anm. *Reithmann*), so ist eine Heilung des ursprünglichen Formmangels nicht erfolgt. Die Anmeldungen hat Notar B. zwar im Original unterschrieben. Es fehlt ihr jedoch das Dienstsiegel des Notars. Die Beifügung des Dienstsiegels ist ein Wirksamkeitselement der Notareigenurskunde. Beruht deren Anerkennung darauf, dass der Notar als öffentlicher Amtswalter im Zusammenhang mit seiner einer Angelegenheit der vorsorgenden Rechtspflege geltenden Amtstätigkeit in einem Schriftstück eine eigene Handlung oder Wahrnehmung dokumentiert (BGH, a. a. O.), so sind Notareigenurkunden auch hinsichtlich der Formerfordernisse den Urkunden der staatlichen Behörden gleichzustellen. Für sie verlangt § 29 Abs. 3 GBO neben der Unterzeichnung das Hinzufügen des Behördensiegels oder Stempels. Ob § 29 Abs. 3 GBO für Notareigenurkunden über den Grundbuchverkehr hinaus verallgemeinert werden kann (vgl. für Behördenurkunden *Bauer/v. Oefele/Knothe*, GBO, § 29 Rdnr. 140) oder ob die Eigenurskunde in entsprechender Anwendung des § 39 BeurkG gesiegelt werden muss (*Reithmann*, MittBayNot 2001, 226), kann hier dahinstehen. Jedenfalls wird in Rechtsprechung wie im Schrifttum nahezu ausnahmslos als Wirksamkeitselement neben der Unterschrift des Notars dessen Dienstsiegel gefordert (vgl. die Zusammenstellung in DNotI-Report 1998, 169). Soweit das OLG Frankfurt (MittBayNot 2001, 225, 226) meint, die Notareigenurskunde unterliege keinen Formgeboten, erfordert die hier vertretene Gegenansicht keine Vorlage an den BGH, denn in dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall war das Notarschreiben gesiegelt, so dass die Entscheidung des OLG Frankfurt nicht von der dort vertretenen Rechtsansicht zur Formbedürftigkeit der Notareigenurskunde abhängt.

Letztlich hängt auch die vorliegende Entscheidung nicht davon ab, ob die Siegelung Wirksamkeitsvoraussetzung der Notareigenurkunde ist. Der der Anmeldung vom 31.8.2001 anhaftende Formmangel ist jedenfalls dadurch geheilt, dass die Anmeldung des Beteiligten vom 27.8.2001 dem Registergericht am 12.9.2001 zugegangen ist. Diese Anmeldung wahrt zweifelsfrei die von § 12 HGB vorgeschriebene Form. Der Urkundsnotar hat am 27.8.2001 die Unterschrift des Geschäftsführers der Beteiligten beglaubigt. Die Eigen-Anmeldung der Beteiligten bzw. ihres Geschäftsführers vermag den der Notaranmeldung anhaftenden Vollzugsmangel zu heilen. Da der Notar stellvertretend für die Beteiligte die Eintragung angemeldet hat, kann deren eigener Antrag dem Antrag des Notars unmittelbar in dem Sinn zugeordnet werden, dass der Beteiligtenantrag ihn inhaltlich und formal aufnimmt und fortführt (vgl. zum Verhältnis von Notar- und Beteiligtenantrag im Grundbuchverfahren *Bauer/v. Oefele/Wilke*, a. a. O., § 15 Rdnr. 36). Dies geschieht auch mit der Wirkung, dass der Eigenantrag der Beteiligten die formalen Mängel des Stellvertreterantrags heilt.

War mithin der Formmangel der Anmeldung vom 31.8.2001 am 12.9.2001 behoben, konnte das Registergericht die Eintragung aus diesem Grund nicht mehr zurückweisen. Damit war auch den Anforderungen des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG entsprochen. Denn nach allgemeiner Meinung folgt aus dieser Vorschrift nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung der Anmeldung, dass die Schlussbilanz zusammen mit der Anmeldung dem Registergericht vorliegen muss. Die Schlussbilanz kann daher im Anschluss an die Anmeldung nachgereicht werden (*Lutter/Bork*, Umwandlungsgesetz, 2. Aufl., § 17 Rdnr. 7). Da dies im Falle der Beteiligten am 12.9.2001 und damit alsbald nach Eingang der Anmeldung geschehen ist, kann dahinstehen, wie lange nach der Anmeldung die Schlussbilanz noch nachgereicht werden kann. Demgemäß wird das Registergericht abschließend zu prüfen haben, ob die sonstigen Eintragungsvoraussetzungen vorliegen.

13. GG Art. 14 Abs. 1; AktG §§ 120 Abs. 2, 314 Abs. 2, 306; UmwG §§ 306 ff.; BörsG a. F. § 43 Abs. 4 (*Zuständigkeit der Hauptversammlung für Delisting-Beschluss*)

- a) **Ein Entlastungsbeschluss ist auch dann anfechtbar, wenn Gegenstand der Entlastung ein Verhalten vom Vorstand oder Aufsichtsrat ist, das eindeutig einen schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß beinhaltet (Klarstellung von BGH, WM 1967, 503, 507).**

**Verletzt der Aufsichtsrat seine Berichtspflicht nach § 314 Abs. 2 AktG, ist der ihm Entlastung erteilende Hauptversammlungsbeschluss anfechtbar.**

- b) **Das reguläre Delisting beeinträchtigt wegen der damit verbundenen erheblichen Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit der Aktien das Aktieneigentum. Es bedarf eines Beschlusses der Hauptversammlung sowie eines Pflichtangebotes der Aktiengesellschaft oder des Großaktionärs über den Kauf der Aktien der Minderheitsaktionäre.**

**Der Beschluss bedarf keiner sachlichen Rechtfertigung. Der Vorstand braucht dazu keinen Bericht zu erstatten.**

- c) **Ein adäquater Schutz der Minderheit beim regulären Delisting ist nur dann gewährleistet, wenn Inhalt des Pflichtangebotes die Erstattung des vollen Wertes des Aktieneigentums ist und die Minderheitsaktionäre diesen Umstand in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen lassen können.**

**Die Überprüfung hat entsprechend den Regeln des Spruchverfahrens im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erfolgen.**

BGH, Urteil vom 25.11.2002, II ZR 133/01; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist vollständig abgedruckt in DNotZ 2003, 364.

### Internationales Privatrecht

14. Art. 25 EGBGB (*Konkludente Wahl deutschen Erbrechts*)

**Eine Rechtswahl im Rahmen von Art. 25 Abs. 2 EGBGB ist auch konkludent möglich, etwa durch Verwendung deutscher erbrechtlicher Fachausdrücke. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG Stuttgart, Beschluss vom 11.9.2002, 19 T 313/02; mitgeteilt von Notar *Peter Wandel*, Esslingen

#### Zum Sachverhalt:

Der Antragsteller beantragte einen auf das in Deutschland belegene unbewegliche Vermögen beschränkten Alleinerbschein in Bezug auf den Nachlass seiner verstorbenen Frau. Durch den angefochtenen Beschluss wurde ein Vorbescheid erlassen, mit dem der beantragte Erbschein angeündigt wurde.

Mit ihrer Beschwerde, die innerhalb der im angefochtenen Beschluss eingeräumten Frist eingegangen ist, richtet sich eine Tochter der Erblasserin gegen den Vorbescheid. Sie macht geltend, das privatschriftliche gemeinschaftliche Testament der Eheleute vom 23.6.1999 sei mangels wirksamer Rechtswahl des deutschen Rechtes unwirksam, so dass gesetzliche Erbfolge eingetreten sei.

#### Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet. (...)

Die Frage des anwendbaren Rechtes bestimmt sich zunächst nach der Bestimmung des Artikels 25 EGBGB. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung gilt demnach für die Erbfolge nach der Erblasserin im Grundsatz italienisches Recht. Hiervon macht jedoch Abs. 2 der Bestimmung für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen insoweit eine Ausnahme, als ein Erblasser durch Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählen kann. Die Frage, ob im konkreten Fall eine solche Rechtswahl stattgefunden hat, die insoweit, also in Bezug auf das im Inland belegene unbewegliche Vermögen, die Anwendung italienischen Rechtes ausschließt, ist demnach am Maßstab der deutschen Bestimmung des Art. 25 Abs. 2 EGBGB und nicht anhand italienischer Bestimmungen zu messen. Demnach ist eine Rechtswahl auch konkludent möglich.

Konkret wurde eine solche Rechtswahl zu Gunsten des deutschen Rechtes auch zutreffend bejaht. Ergänzend (...) ist zu bemerken, dass es auch für eine konkludente Rechtswahl zu Gunsten des deutschen Rechtes spricht, dass in dem gemein-

schaftlichen Testament der deutsche erbrechtliche Fachausdruck des „Pflichtteiles“ verwandt wurde und auch der Hinweis auf die (mögliche) Anwendung italienischen Rechtes im Einzelfall darauf schließen lässt, dass die Unterzeichner im Grundsatz von einer Anwendbarkeit deutschen Erbrechtes ausgegangen sind. Hierfür spricht auch und gerade der Umstand, dass ein gemeinschaftliches Testament nach italienischem Recht gar nicht möglich wäre (vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 28.5.2002, 3 W 218/01). Im Ergebnis hat daher die Kammer keinerlei Zweifel daran, dass die Erblasserin durch das gemeinschaftliche Testament für ihr gesamtes Vermögen deutsches Recht zur Anwendung bringen wollte und diese Rechtswahl in dem gesetzlich zulässigen Rahmen, d. h. beschränkt auf das im Inland belegene unbewegliche Vermögen, aufrechtzuerhalten ist (vgl. OLG Zweibrücken, a. a. O.).

## Beurkundungs- und Notarrecht

15. BNotO § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 (*Haftungsprivileg bei Vorkaufsrechtsanfrage*)

**Erhält der beurkundende Notar bei einem Kaufvertrag über ein mit einem Vorkaufsrecht belastetes Grundstück (nur) den Auftrag, dem Vorkaufsberechtigten eine Ausfertigung des Kaufvertrages zu übersenden und gegebenenfalls dessen Freigabeerklärung entgegenzunehmen, so betrifft dies eine im Zusammenhang mit der Beurkundung stehende „unselbstständige“ Betreuungstätigkeit, für die im Verhältnis zu den Kaufvertragsparteien das Haftungsprivileg des Notars eingreift; dies gilt auch dann, wenn der Notar in dem Übersendungsschreiben an den Vorkaufsberechtigten von sich aus – unzutreffende – Hinweise auf die im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts einzuhaltende Frist gibt.**

BGH, Urteil vom 9.1.2003, III ZR 46/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

### Zum Sachverhalt:

Die Klägerin macht gegen den beklagten Notar Schadensersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Abschluss des von dem Beklagten beurkundeten Grundstückskaufvertrags vom 22.12.1997 geltend.

Mit diesem Vertrag verkaufte die Klägerin eine Grundstücksteilfläche aus dem Flurstück 304 für 200.000 DM an Frau P. Das Grundstück war mit einem Vorkaufsrecht für die Eheleute S. belastet, wobei in dem zugrunde liegenden – ebenfalls vom Beklagten beurkundeten – Vertrag vom 10.11.1986 für die Ausübung des Rechts eine Frist von einem Monat bestimmt worden war. Mit (am nächsten Tag zugestelltem) Schreiben vom 13.1.1998 übersandte der Beklagte den Eheleuten S. eine Ausfertigung der Kaufvertragsurkunde und bat sie unter Hinweis auf die Folgen einer Fristversäumung, ihm „innerhalb der gesetzlichen Frist von zwei Monaten“ mitzuteilen, ob das Vorkaufsrecht ausgeübt werde oder nicht. Die Eheleute S. antworteten dem Beklagten unter dem 9.3.1998, sie wollten das Vorkaufsrecht ausüben. Nachdem der Beklagte sie mit Schreiben vom 11.3.1998 darauf aufmerksam gemacht hatte, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts durch Erklärung gegenüber der Verkäuferin erfolgen müsse, ließen die Eheleute S. darüber hinaus durch Anwaltsschreiben vom 19.3.1998 die Ausübung des Vorkaufsrechts bezüglich der in Rede stehenden Teilfläche gegenüber der Klägerin erklären, wobei sie den Standpunkt vertraten, die Mitteilung des Beklagten vom 13.1.1998 habe, da sie inhaltlich unrichtig gewesen sei, die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts nicht in Gang gesetzt.

Auf die daraufhin von der Klägerin erhobene Klage wurden die Eheleute S. in erster Instanz vom Landgericht verurteilt, die lastenf

frei Abschiebung der streitigen Teilfläche zu bewilligen, wogegen die auf Auflassung gerichtete Widerklage der Eheleute S. abgewiesen wurde. In der Berufungsverhandlung vor dem Oberlandesgericht gab dieses den Hinweis,

„dass die Frist des § 510 BGB mit der Mitteilung des Vorkaufsfalles zu laufen begonnen hat ... Die – nicht notwendige – Mitteilung, innerhalb welcher Frist das Vorkaufsrecht ausgeübt werden muss, seitens des Notars, der abweichend von der vertraglichen Bemessung auf einen Monat die gesetzliche Frist von zwei Monaten den Vorkaufsberechtigten mitgeteilt hat, stellt nach Ansicht des Senats eine positive Vertragsverletzung der Vorkaufsverpflichteten dar, die sich über § 278 BGB das Handeln des Notars zurechnen lassen muss. Der Notar kann für diese außerhalb seiner Beurkundungstätigkeit liegende Verrichtung als Erfüllungsgehilfe der Vorkaufsverpflichteten tätig werden. Wegen der Haftung der Vorkaufsverpflichteten aus pVV können die Vorkaufsberechtigten verlangen, so gestellt zu werden, wie sie ohne das schädigende Verhalten des Vorkaufsverpflichteten gestanden hätten; das bedeutet, dass die Beklagten so behandelt werden müssen, als hätten sie ihr Vorkaufsrecht rechtzeitig ausgeübt. Die telefonische Mitteilung vom Vorkaufsfalle durch die Vorkaufsverpflichtete persönlich ist durch das Handeln des Notars überholt worden. Im Übrigen kommt ein Mitverschulden insoweit nicht in Betracht.“

Daraufhin schloss die Klägerin mit den Eheleuten S. einen Vergleich, in dem man sich darüber einig war, dass die Eheleute S. das Vorkaufsrecht hinsichtlich der streitgegenständlichen Teilfläche rechtzeitig ausgeübt hätten; darüber hinaus kauften die Eheleute S. der Klägerin auch die noch verbleibende Teilfläche ab und bezahlten für das gesamte Flurstück einen Kaufpreis von 350.000 DM.

Im vorliegenden Prozess hat die Klägerin dem Beklagten angelastet, seine fehlerhafte Mitteilung vom 13.1.1998 habe es den Eheleuten S. ermöglicht, sich – trotz Kenntnis vom Fristablauf – auf eine rechtzeitige Ausübung des Vorkaufsrechts zu berufen. Ihren geltend gemachten Gesamtschaden von 171.717,99 DM hat die Klägerin wie folgt aufgeschlüsselt:

- 140.000 DM Mindererlös für das Flurstück 304: Die Klägerin hat hierzu behauptet, Frau P. habe ihr für den Fall der Durchführung des Kaufvertrages vom 22.12.1997 für die verbliebene Restfläche 290.000 DM geboten;
- 26.470,58 DM Zinsschaden im Zeitraum 1.3.1998 bis 14.6.2000 im Hinblick auf das Ausbleiben des Kaufpreises von 200.000 DM wegen der Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Eheleute S.;
- 5.247,41 DM aus dem Vorprozess auf die Klägerin entfallende Prozesskosten.

### Aus den Gründen:

(...)

1. 1. Mit dem Berufungsgericht ist davon auszugehen, dass der Beklagte durch die fehlerhafte Belehrung der Eheleute S. über die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts in dem Schreiben vom 13.1.1998 eine Amtspflichtverletzung (auch gegenüber der Klägerin als Verkäuferin und Vorkaufsverpflichteten begangen hat; die gegenteilige Auffassung der Revisionserwiderung trifft nicht zu. Da der Notar mit der Mitteilung des Vertrages an die Vorkaufsberechtigten eine Verpflichtung der Klägerin als Vorkaufsverpflichteter erfüllte (vgl. § 510 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.), bestand jedenfalls die Gefahr, dass – wie es sich auch im vorliegenden Fall ergab – die Klägerin aus in diesem Zusammenhang vom Notar hinzugefügten Belehrungen mit haftbar gemacht werden konnte.

2. Das Berufungsgericht nimmt auch zutreffend einen Ursachenzusammenhang im Sinne adäquater Kausalität zwischen der Amtspflichtverletzung des Beklagten und den von der Klägerin geltend gemachten Schäden an. Entscheidend ist, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Notars genommen hätten (vgl. nur BGH, Urteile vom 24.10.1985, a. a. O., 27.5.1993, IX ZR 66/92, NJW 1993,

2744, und 18.11.1999, IX ZR 412/97, NJW 2000, 664). Hätte im Streitfall der Beklagte in seinem Schreiben vom 13.1.1998 die richtige Ausübungsfrist für das Vorkaufsrecht genannt oder überhaupt keine Aussage zur Ausübungsfrist gemacht, so hätten die Eheleute S. nicht – erfolgreich – geltend machen können, das Vorkaufsrecht noch wirksam ausgeübt zu haben. Innerhalb der richtigen (bei der Rechtsbegründung vereinbarten) Ausübungsfrist von einem Monat, die ihnen – wie im vorliegenden Prozess unstrittig ist – bekannt war, hätten die Eheleute S. nach der im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Behauptung der Kläger das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt.

3. Gleichwohl ist das Berufungsgericht der Auffassung, es fehle – mit Ausnahme der Position Zinsschaden (26.470,58 DM = 13.534,19 €) – an einem Zurechnungszusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung des Beklagten und den von der Klägerin geltend gemachten Schäden: Die Frage der Schadenszurechnung könne im vorliegenden Fall nicht anders gelöst werden, als wenn die Klägerin den Vorprozess zu Ende geführt hätte. Die Klägerin habe im Vorprozess durch den Vergleichsabschluss „bewusst auf die Wirkungen ihrer Streitverkündung gegenüber den Beklagten verzichtet“. Weder seien die von der Klägerin angebotenen Beweismittel ausgeschöpft gewesen, noch habe sich der Rechtsstreit in der letzten Instanz befunden. Wenn man allein darauf abstellte, dass die Klägerin aufgrund des Hinweises des Oberlandesgerichts den Vergleich hätte abschließen müssen, so hätte dies zur Folge, dass man der (vorläufigen) Auffassung des Gerichts des Vorprozesses faktisch eine Bindungswirkung für den Schadensersatzprozess zumesse, die der einer Streitverkündung entspreche. Der Beklagte würde „in seiner Rechtsverteidigung mehr eingeschränkt, als wenn die Klägerin den Vorprozess rechtskräftig verloren hätte“.

Hänge – so das Berufungsgericht weiter – die Beurteilung des Zurechnungszusammenhangs eines Schadens davon ab, wie ein Gericht eine bestimmte Frage entschieden hätte, so sei auf die Beurteilung des jetzt zuständigen Gerichts abzustellen, wobei entsprechend der Rechtsprechung zur Rechtsanwalts haftung sämtliche verfügbaren Beweismittel heranzuziehen seien, auch die, die in früheren Verfahren noch nicht zur Verfügung standen. Danach wäre hier ein Anspruch der Eheleute S. aus positiver Forderungsverletzung, so gestellt zu werden, wie wenn die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrecht nicht bestanden hätte, ausgeschlossen, weil sie – was das Berufungsgericht im Anschluss an die erstinstanzliche Aussage der Zeugin P. insbesondere auch aufgrund der eigenen Angaben der Klägerin in ihrer Berufungsbegründung als unstrittig zugrunde legt – gewusst hätten, dass die Mitteilung des Beklagten vom 13.1.1998 fehlerhaft war. Bei einem Obsiegen im Vorprozess hätte die Klägerin das gesamte Grundstück an Frau P. veräußern können. Prozesskosten hätten die Klägerin nicht getroffen.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Im Ansatz mit Recht unterzieht das Berufungsgericht den Geschehensablauf über die Prüfung der adäquaten Kausalität hinaus einer wertenden Beurteilung. Im Streitfall ist insoweit zunächst von Bedeutung, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die von der Klägerin geltend gemachten Vermögenseinbußen maßgeblich auf ein vorsätzliches Fehlverhalten Dritter (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 62. Aufl., Vorbem. vor § 249 Rdnr. 73 ff.) zurückgehen, nämlich die wahrheitswidrige Behauptung der Eheleute S. im Vorprozess, auf die Angaben des Beklagten in seinem Schreiben vom 13.1.1998 vertraut zu haben. Indessen hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass ein adäquater Zurechnungszusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung des Notars und dem entstandenen Schaden auch dann vorliegt, wenn ein durch einen notariellen Beurkundungsfehler Begünstigter in Kenntnis des Fehlers entgegen der wahren Sach- und Rechtslage bewusst von der vorteilhaften Position Gebrauch macht und sie zur gerichtlichen Durchsetzung materiell unberechtigter Ansprüche benutzt (Urteil vom 16.11.1989, IX ZR 190/88, NJW-RR 1990, 204). Der im Streitfall vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt liegt, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, ähnlich.

Weiterhin ist der Umstand zu bewerten, dass der Vergleichsabschluss, der im Streitfall den geltend gemachten Schaden letztlich herbeigeführt hat, auf einem eigenen Willensentschluss der Klägerin beruhte. Wie das Berufungsgericht im Ansatz ebenfalls nicht übersehen hat, kommt es in den Fällen der sog. psychisch vermittelten Kausalität darauf an, ob die Handlung des Verletzten durch das haftungsbegründende Ereignis „herausgefordert“ worden ist und eine nicht ungewöhnliche Reaktion auf dieses darstellt (*Palandt/Heinrichs*, a. a. O., Rdnr. 77 ff. m. w. N.). Ob der Abschluss eines Vergleichs, der den Schaden erst herbeiführt, hier einzuordnen ist oder ob er den Ursachenzusammenhang unterbricht, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, wobei die Erfolgsaussichten des Geschädigten im Falle einer gerichtlichen Entscheidung zu berücksichtigen sind (BGH, Urteile vom 7.1.1993, IX ZR 199/91, NJW 1993, 1139, 1141, und vom 11.2.1999, IX ZR 14/98, NJW 1999, 1391). Dient der Vergleich beispielsweise der Beseitigung der Unsicherheit, die ein Rechtsanwalt durch pflichtwidriges Verhalten geschaffen hat, wird eine Unterbrechung des Ursachenzusammenhangs nur ausnahmsweise in Betracht kommen (vgl. BGH, Urteil vom 11.2.1999, a. a. O.). Auch im Streitfall liegt die Würdigung nahe, dass der Abschluss des Vergleichs im Vorprozess eine angemessene Reaktion der Klägerin auf die prozessuale Lage war, die durch die Pflichtverletzung des Beklagten (mit) geschaffen worden war. Das Oberlandesgericht hatte durch seinen Hinweis in der mündlichen Verhandlung vom 19.1.2000 deutlich gemacht, dass es – unter Annahme einer Einstandspflicht der Klägerin für den Fehler des Beklagten gemäß § 278 BGB – den Rechtsstandpunkt der Eheleute S. teilte. Die Klägerin musste also damit rechnen, dass, wenn sie sich nicht verglich, das Oberlandesgericht unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung ihre Klage abweisen und der Widerklage der Eheleute S. stattgeben werde. Soweit im Urteil des Berufungsgerichts anklingt, die von der Klägerin angebotenen Beweismittel seien nicht ausgeschöpft gewesen, wird dies nicht näher ausgeführt. Die Revisionserwiderung verweist insoweit zwar auf den von der Klägerin in der ersten Instanz des Vorprozesses benannten Zeugen B., der bekunden sollte, dass unmittelbar nach Abschluss des Vertrages vom 22.12.1997 die Klägerin Frau S. telefonisch darauf hingewiesen habe, dass den Eheleuten S. vertraglich lediglich eine Frist von einem Monat zur Ausübung des Vorkaufsrechts eingeräumt worden sei. Diesen Parteivortrag hat aber das Oberlandesgericht in seinen zitierten rechtlichen Hinweis vom 19.1.2000 (vorletzter Satz) der Sache nach mit einbezogen.

b) Den Blick für eine rechtsfehlerfreie Würdigung der Frage, ob der Vergleichsabschluss der Klägerin im Vorprozess – nach der damaligen Situation – eine vertretbare Reaktion war, hat sich das Berufungsgericht durch den Gedanken verbaut, es müsse auf den hypothetischen Ausgang des Vorprozesses bei Zugrundelegung der heutigen Beweislage abgestellt werden. Dafür gibt es jedoch keinen Grund. Es geht hier nicht, wie etwa im Haftpflichtprozess gegen einen Rechtsanwalt, der einen Prozess fehlerhaft geführt hat, um die Frage, wie der Prozess bei richtiger Handhabung hätte ausgehen

Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind im Hinblick auf die oben genannten Gründe nicht haltbar. Die Revisionserwiderung verweist insoweit zwar auf den von der Klägerin in der ersten Instanz des Vorprozesses benannten Zeugen B., der bekunden sollte, dass unmittelbar nach Abschluss des Vertrages vom 22.12.1997 die Klägerin Frau S. telefonisch darauf hingewiesen habe, dass den Eheleuten S. vertraglich lediglich eine Frist von einem Monat zur Ausübung des Vorkaufsrechts eingeräumt worden sei. Diesen Parteivortrag hat aber das Oberlandesgericht in seinen zitierten rechtlichen Hinweis vom 19.1.2000 (vorletzter Satz) der Sache nach mit einbezogen.

müssen, sondern darum, ob die Entscheidung der durch die Amtspflichtverletzung eines Notars betroffenen Klägerin, den daraus erwachsenen Prozess mit einem Dritten durch einen Vergleich zu beenden, angemessen war und deshalb dem haftungsrechtlichen Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden zuzurechnen ist. Die Würdigung des Berufungsgerichts wird auch nicht durch die Erwägung getragen, dass es für die Klägerin – im Blick auf einen etwaigen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten – unter Umständen besser gewesen wäre, den Vorprozess streitig zu Ende zu führen, weil bei einem Obsiegen der hier in Rede stehende Schaden vermieden worden, bei einem Unterliegen hingegen das prozessuale Vorgehen gegen den Beklagten möglicherweise erleichtert (vgl. §§ 68, 74 Abs. 3 ZPO) worden wäre. Solche Überlegungen mochten – neben anderen – bei der Abwägung der Vor- und Nachteile und der Risiken eines Vergleichsabschlusses im Vorprozess durch die (anwaltlich beratene) Klägerin in deren eigenen Interesse geboten sein. Gleichwohl war die Entscheidung, den Vorprozess mit den Eheleuten S. wie geschehen vergleichsweise zu beenden, nicht unvertretbar. Schließlich führt auch der vom Berufungsgericht angesprochene Gesichtspunkt, der Beklagte dürfe nicht durch die Verfahrensweise der Klägerin Nachteile in seiner Rechtsverteidigung erleiden, zu keiner anderen Beurteilung. Ein schützenswertes rechtliches Interesse des Beklagten, wegen dessen die Klägerin sich so behandeln lassen müsste, als hätte sie den Vorprozess – mit einem aus heutiger Sicht absehbaren Ergebnis – zu Ende geführt, ist nicht ersichtlich.

4. Da nach allem die (teilweise) endgültige Abweisung der Klage von den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht getragen wird und diese Entscheidung im Revisionsverfahren auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten werden kann, muss diese in diesem Teil der Entscheidung des Berufungsgerichts liegende zusätzliche Beschwerde (vgl. Senatsbeschluss, BGHZ 143, 169) beseitigt werden.

II. Dagegen hat das angefochtene Urteil Bestand, soweit das Berufungsgericht die Klage in Höhe von 26.470,58 DM (= 13.534,19 €; Zinsschaden) als zurzeit unbegründet abgewiesen hat. Die gleiche Entscheidung kann der Senat als Revisionsgericht hinsichtlich des zu I. erörterten restlichen Klaganspruchs, also weiterer 145.247,47 DM (= 87.798,01 €), treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO a.F.).

1. Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen den Beklagten scheitere hinsichtlich aller drei Schadenspositionen an der Möglichkeit anderweitigen Ersatzes (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Der die Verweisung auf anderweitige Ersatzmöglichkeiten ausschließende 2. Halbsatz des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO sei nicht einschlägig, weil in der fehlerhaften Mitteilung des Beklagten an die Eheleute S. wegen des inneren Zusammenhangs mit der vorausgegangenen Vertragsbeurkundung keine selbstständige Betreuungstätigkeit im Sinne des § 24 BNotO gelegen habe. Als anderweitige Ersatzmöglichkeiten sieht das Berufungsgericht Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen die Eheleute S. wegen Verletzung einer nachvertraglichen Treuepflicht und aus Delikt, außerdem bezüglich der mit dem Vorprozess verbundenen Schadenspositionen mögliche Ersatzansprüche gegen den damaligen Prozessbevollmächtigten der Klägerin wegen unzureichender Beratung vor dem Vergleichsabschluss.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Subsidiaritätsklausel des § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BNotO sei auf die vorliegende Fallgestaltung nicht anwendbar.

a) Wie die Revision nicht verkennt, gilt die Ausnahme des § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BNotO von der grundsätzlich nur subsidiären Haftung des Notars – im Verhältnis zwischen dem Notar und dem Auftraggeber „bei Amtsgeschäften der in §§ 23, 24 bestimmten Art“ – nur bei selbstständigen Betreuungstätigkeiten des Notars, nicht dagegen bei unselbstständigen, im Zusammenhang mit einer Urkundstätigkeit stehenden Betreuungstätigkeiten (vgl. BGH, Urteile vom 10.6.1983, V ZR 4/82, DNotZ 1984, 425, 426 f., 15.11.1984, IX ZR 31/84, NJW 1985, 2028, und 22.6.1995, IX ZR 122/94, WM 1995, 1883, 1885; *Haug*, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl., Rdnr. 176 ff.; *Schippel*, BNotO, 7. Aufl., § 19 Rdnr. 80, 83).

Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt erschöpfte sich zu dem hier maßgeblichen Vorgang der Auftrag an den Beklagten darin, den Vorkaufsberechtigten eine Ausfertigung des Kaufvertrages zuzuleiten und gegebenenfalls ihre Freigabeerklärung entgegenzunehmen. Das war eine – eher „technische“ – geschäftsmäßige Aufgabe zur Durchführung des Kaufvertrages, die in einem nicht weniger engen Bezug zur Urkundstätigkeit des Notars stand als beispielsweise die Einreichung von Urkunden beim Grundbuchamt oder die Abgabe notarieller Bestätigungen, soweit diese in unmittelbarem Zusammenhang mit Beurkundungen ohne selbstständige Überwachungspflichten erteilt werden (vgl. dazu *Haug*, a. a. O., Rdnr. 178, 180; *Schippel*, a. a. O., Rdnr. 84). Wenn nun der Beklagte bei der Ausführung des besagten Übersendungsauftrags den Vorkaufsberechtigten von sich aus Hinweise auf die Frist gab, innerhalb derer sie ihr Vorkaufsrecht auszuüben hätten, so gab dies dem Vorgang noch nicht das Gepräge einer „selbstständigen“ Betreuung der Beteiligten des Kaufvertrages. Andererseits verbietet es sich – entgegen der Auffassung der Revision –, die Hinweise des Beklagten an die Vorkaufsberechtigten in dem Schreiben vom 13.1.1998 als überhaupt nicht durch die Beurkundungstätigkeit beziehungsweise den Übersendungsauftrag an den Notar veranlasst anzusehen; mit einer solchen Sicht würde ein einheitlicher Vorgang künstlich auseinander gerissen werden.

b) Weiterhin beanstandet die Revision, es liege ein „Wertungswiderspruch“ darin, einerseits die Haftung einer Vertragspartei nach § 278 BGB für bestimmte Tätigkeiten des Notars im Zusammenhang mit einem beurkundeten Vertragsschluss in Betracht zu ziehen (vgl. BGHZ 62, 119; BGH, Urteil vom 13.1.1984, V ZR 205/82, NJW 1984, 1748), andererseits dieselbe Tätigkeit in den Bereich der Subsidiaritätsklausel des § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BNotO einzubeziehen: Eine sachgerechte Anwendung der Subsidiaritätsklausel könne nur darin bestehen, dass der Kreis derjenigen Tätigkeiten, bei denen der Notar gemäß § 278 BGB als Erfüllungsgehilfe eines Beteiligten tätig werde, mit denjenigen übereinstimme, bei denen im Verhältnis zu demjenigen Beteiligten, als dessen Erfüllungsgehilfe er tätig geworden sei, der Subsidiaritätseinwand gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BNotO weg falle; denn zum einen setze die Tätigkeit als Erfüllungsgehilfe gerade voraus, dass der Notar die Pflichten desjenigen erfüllte, für den er als Erfüllungsgehilfe tätig werde, dessen Interesse er folglich in erster Linie zu beachten habe; zum anderen erscheine es unbillig, wenn der Beteiligte sich zwar ein fehlerhaftes Verhalten des Notars als eigenes Verschulden gemäß § 278 BGB zurechnen lassen müsse, diesen für einen dadurch entstandenen Schaden aber nur subsidiär in Anspruch nehmen dürfe.

Dieser Meinung kann nach geltendem Recht und auf der Grundlage der Rechtsprechung zu § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO nicht beigetreten werden. Bei der Prüfung, ob und inwieweit am Urkundsprozess Beteiligte sich Tätigkeiten des Notars



gemäß § 278 BGB zurechnen lassen müssen, und der Prüfung der Anwendung der „Subsidiaritätsklausel“ (§ 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) handelt es sich um Fragen, die sich gegebenenfalls in ganz unterschiedlichen Rechtsbeziehungen stellen, die jeweils ihren eigenen Wertungen unterliegen. Für die Abgrenzung zwischen „unselbstständigen“ und „selbstständigen“ Betreuungstätigkeiten im Blick auf die §§ 19, 23, 24 BNotO hilft eine Differenzierung je nach den etwaigen Auswirkungen nach § 278 BGB nicht weiter. Umgekehrt ist es nicht ausgeschlossen, dass der Notar sowohl bei unselbstständiger als auch bei sonstiger betreuender Tätigkeit auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege Erfüllungsgehilfe eines Beteiligten sein kann. Der Rechtsprechung, die sich mit der Anwendbarkeit des § 278 BGB bei Amtstätigkeiten des Notars befasst (BGH, Urteile BGHZ 62, 119, 121 ff., vom 13.1.1984, a. a. O., und – in Abgrenzung hierzu – vom 15.10.1992, IX ZR 43/92, NJW 1993, 648; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 123, 1, 13), ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen.

### Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung vom 9.1.2003 ist die dritte Entscheidung zum Notarhaftungsrecht, die der nun zuständige III. Senat des BGH gefällt hat. Hier handelt es sich um ein in der Praxis nicht seltenes Problem. Der Notar hat einen Kaufvertrag beurkundet über ein Grundstück, an dem ein Vorkaufsrecht eingetragen war. Auf Ansuchen der Vertragsteile übersandte er dem eingetragenen Vorkaufsberechtigten eine Ausfertigung des Kaufvertrags nach § 510 BGB a. F. (nun § 469 n. F.). Dabei gab der Notar (was nicht erforderlich gewesen wäre) an, dass die Vorkaufsfrist zwei Monate betrage. Dies ist zwar die gesetzliche Frist des § 510 BGB a. F. (§ 469 BGB n. F.). Dieser Hinweis war aber unrichtig, weil im vorstehenden Fall vertraglich bei der Vorkaufsrechtsbestellung eine Frist von *einem* Monat vereinbart worden war.

Das Vorkaufsrecht wurde nicht rechtzeitig ausgeübt. Daraus ergaben sich Prozesse, die schließlich mit einem Vergleich endeten. Die Entscheidung befasst sich sehr eingehend mit der Frage der Kausalität des entstandenen Schadens und stellt unter Berufung auf BGH vom 16.11.1989, IX ZR 190/85, darauf ab, dass ein adäquater Zurechnungszusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung des Notars und dem entstandenen Schaden auch dann vorliege, „wenn ein durch einen notariellen (Beurkundungs-)fehler Begünstigter in Kenntnis des Fehlers entgegen der wahren Sach- und Rechtslage bewusst von der vorteilhaften Position Gebrauch macht und sie zur gerichtlichen Durchsetzung materiell unberechtigter Ansprüche nutzt“.

Für die Abweisung der Klage gegen den Notar kam es aber auf § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO an. Diese Vorschrift entspricht dem „Beamtenprivileg“ (§ 839 BGB). Danach kann der Beamte, dem nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, „nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag“. Dieses Beamtenprivileg soll verhindern, dass der Beamte, um seine Haftung zu vermeiden, allzu ängstlich vorgeht. Das Gleiche gilt nach der vorgenannten Vorschrift des § 19 BNotO für den Notar. Auch hier soll einer allzu großen Ängstlichkeit des Notars vorgebeugt werden, zumal der Notar seine „Urkundstätigkeit“ (§ 10 Abs. 2 BNotO) nicht grundlos verweigern darf (§ 15 BNotO).

Anders ist es jedoch im Falle notarieller Rechtsbetreuung. Das Privileg des § 19 BNotO nimmt die „Amtsgeschäfte der in §§ 23, 24 bezeichneten Art“ im Verhältnis zwischen dem Notar und dem Auftraggeber ausdrücklich aus. Solche Tätigkeiten muss der Notar nicht übernehmen (§ 15 BNotO gilt

hier nicht); sie können auch von anderen Rechtskundigen ausgeführt werden. Hier steht der Notar im „Rechtsberatungsmarkt“ in Konkurrenz zu anderen Rechtskundigen und soll deshalb auch nicht anders behandelt werden. Fraglich war aber, ob die hier vom Notar übernommene Aufgabe der Übersendung einer Ausfertigung an den Vorkaufsberechtigten darunter fällt.

In § 24 BNotO nennt das Gesetz neben der „Beratung der Beteiligten“ auch die „sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege“. Diese Tätigkeiten sind als „notarielle Rechtsbetreuung“ von der „Urkundstätigkeit“ abzugrenzen, was oft nicht ohne Schwierigkeiten geschehen kann.

Dies gilt zunächst für die in § 24 BNotO genannte „Beratung“: Neben der Formulierung der mündlich abgegebenen Erklärungen in Schriftform übernimmt der Notar sehr häufig die Gestaltung des Rechtsverhältnisses. Geklärt ist, dass diese Gestaltung (gestaltende Beratung) nicht zur Beratung i. S. des § 24 BNotO zählt, sondern Teil der Urkundstätigkeit ist.<sup>1</sup> Dafür fällt keine besondere Gebühr an. Die Haftung hierfür ist ebenso zu beurteilen wie die Haftung für die Formulierung und die notwendige Rechtsbelehrung (§ 17 BeurkG), also wie bei der Urkundstätigkeit.

Ebenso häufig wie eine Vertragsgestaltung übernimmt der Notar Betreuungstätigkeiten, um den mit dem beurkundeten Rechtsgeschäft erstrebten Erfolg zu erreichen.<sup>2</sup> Der BGH erwähnt die Einreichung von Willenserklärungen beim Grundbuchamt und beim Registergericht,<sup>3</sup> die § 53 BeurkG dem Notar zur Pflicht macht. Hier handelt es sich nicht um eine Betreuungstätigkeit nach § 24 BNotO, sondern um eine Hilfstätigkeit zur Beurkundung, für die keine besondere Gebühr anfällt. Der BGH unterscheidet nun „selbstständige Betreuungstätigkeiten“ des Notars von „unselbstständigen Betreuungstätigkeiten“. Nur bei selbstständigen Betreuungstätigkeiten haftet der Notar primär, bei unselbstständigen Betreuungstätigkeiten gelte dagegen das vorgenannte Haftungsprivileg. Zu solchen unselbstständigen Betreuungstätigkeiten zählt die Entscheidung im vorliegenden Fall auch die Übersendung einer Ausfertigung des Kaufvertrags an den Vorkaufsberechtigten und zitiert dazu ältere Entscheidungen zu dieser Frage, und zwar des damals zuständigen V. Senats vom 10.6.1983<sup>4</sup> und des IX. Senats vom 15.11.1984<sup>5</sup> und vom 22.6.1995<sup>6</sup>.

In der erstgenannten Entscheidung ging es um eine Rangbestätigung des Notars. Der Notar hatte dem Kreditgeber bestätigt, dass eine an ihn abgetretene Eigentümergrundschuld den verlangten Rang erhalten könne. Diese Erklärung war falsch. Dass der Notar hier eine Amtspflicht (fahrlässig) verletzt hatte, die er gegenüber dem Kreditgeber übernommen hatte, stand außer Frage. Fraglich aber war, ob der vom Notar übernommene Auftrag „das Gepräge eines selbstständigen Treuhandauftrags“ hatte. Dafür lagen nach Ansicht des damals entscheidenden V. Senats Anhaltspunkte nicht vor; im Zweifel handele es sich um eine Nebentätigkeit zur Beurkundung. In den weiter zitierten Entscheidungen des IX. Senats

<sup>1</sup> *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. 2001, Rdnr. 171.

<sup>2</sup> Vollzugs- und Treuhändertätigkeiten (notarielle Rechtsbetreuung) in *Reithmann/Albrecht* (Fn. 1), Rdnr. 251 ff.

<sup>3</sup> Zu den Hilfstätigkeiten im Einzelnen *Reithmann/Albrecht* (Fn. 1), Rdnr. 256 ff.

<sup>4</sup> V ZR 4/82, DNotZ 1984, 425.

<sup>5</sup> IX ZR 31/84, NJW 1985, 2028 = DNotZ 1985, 235.

<sup>6</sup> IX ZR 122/94, WM 1995, 1883.

wird dagegen auf das „Gepräge“ der übernommenen Tätigkeit nicht abgestellt, der Begriff des „unselbstständigen Betreuungsgeschäfts“ nicht erwähnt.

Mit Recht hat der BGH im vorliegenden Fall die Klage gegen den Notar, der ohne Rechtspflicht und ungefragt einen unrichtigen Hinweis gab, abgewiesen. Das Berufungsgericht hatte diesen Hinweis „überhaupt nicht durch die Beurkundungstätigkeit bzw. den Übersendungsauftrag an den Notar veranlasst“ angesehen. In der Tat handelte es sich wohl um eine Gefälligkeitshandlung. Das rechtsuchende Publikum erwartet häufig solche Hinweise, die aber nichts kosten dürfen. *Lichtenberger*<sup>7</sup> verneint hier eine Amtspflicht des Notars, weil ein „Rechtsbindungswille“ fehle. Wenn man aber mit *Ganter*<sup>8</sup> (zutreffend) eine Amtshaftung aus der Amtspflicht, einen falschen Anschein zu vermeiden, bejaht, muss dafür, wie für die „Urkundstätigkeit“, das Beamtenprivileg gelten. Mit der die Einschränkung dieses Privilegs begründenden Gleichstellung auf dem Rechtsberatungsmarkt hat dies nichts zu tun. Die aus der allgemeinen Vertrauensstellung des Notars hergeleitete Amtspflicht, einen falschen Anschein zu vermeiden, besteht nicht nur den Beteiligten, sondern jedermann gegenüber. Die Einschränkung des Haftungsprivilegs im Verhältnis zwischen Notar und Auftraggeber kommt schon deshalb nicht in Frage, weil es hier keinen Auftraggeber gibt.

Notar a. D. Dr. *Christoph Reithmann*, Wolfratshausen

<sup>7</sup> Dies gilt insbesondere für Auskünfte bei Einwirken ausländischen Rechts: „Es kann nicht angehen, dass derjenige, der sich auf § 17 Abs. 3 BeurkG zurückzieht und damit den Beteiligten Steine statt Brot gibt, besser dasteht als derjenige, der nach bestem Wissen und Gewissen, wenn auch ohne Obligo, versucht, ausländischem Recht, steuerlichen Vorschriften, ggfs. auch wirtschaftlichen Tatbeständen Rechnung zu tragen“ (Festschrift für Schippel, S. 738).

<sup>8</sup> Buchbesprechung DNotZ 1999, 768.

#### 16. BNotO § 14 (Fehlende Belehrung über die Unwirksamkeit eines Vorkaufsrechts)

**Muss der Urkundsnotar erkennen, dass das Vorkaufsrecht eines Dritten, der mit Rücksicht auf dieses Recht zu der Verhandlung über die Veräußerung eines Grundstücks hinzugezogen wurde, entgegen der Annahme sämtlicher Beteiligten nicht wirksam ist, hat er den vermeintlich Vorkaufsberechtigten über die Unwirksamkeit des Rechts zu belehren.**

BGH, Urteil vom 9.1.2003, IX ZR 422/99; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### Zum Sachverhalt:

Der Kläger schloss am 4.2.1992 mit zwei für eine Erbengemeinschaft handelnden Testamentsvollstreckern privatschriftlich einen Pachtvertrag über landwirtschaftliche Grundstücke und eine Zusatzvereinbarung. Der Pachtvertrag wurde auf zwölf Jahre geschlossen, sollte jedoch vorzeitig enden, falls die Grundstücke veräußert werden. Für diesen Fall wurde dem Kläger in der Zusatzvereinbarung ein dingliches Vorkaufsrecht eingeräumt. Bis zur Eintragung im Grundbuch – zu der es nicht gekommen ist – sollte es als schuldrechtliches behandelt werden.

Schon nach kurzer Zeit wollten die Testamentsvollstrecker die Grundstücke veräußern. An einer Vorbesprechung am 7.12.1993 im Büro des verklagten Notars nahm neben den späteren Kaufvertragsparteien auch der Vater des Klägers als dessen Vertreter teil. Dieser war von den Testamentsvollstreckern im Hinblick auf das vermeintliche Vorkaufsrecht des Klägers eingeladen worden. Bei der Bespre-

chung, die noch nicht zu einer Einigung führte, wurde auch über das Vorkaufsrecht gesprochen. Alle Beteiligten gingen von dessen wirksamem Bestehen aus.

Am 21.12.1993 beurkundete der Beklagte den Kaufvertrag. Zwei Tage später zeigten die Testamentsvollstrecker dem Kläger den Vertragsabschluss an. Dieser erklärte im Januar 1994, dass er das Vorkaufsrecht ausübe. Die Testamentsvollstrecker, die erst jetzt bemerkten, dass die Zusatzvereinbarung vom 4.2.1992 formunwirksam war, wiesen dies zurück.

Der Kläger begehrt mit seiner Klage die Feststellung, dass der Beklagte ihm wegen Amtspflichtverletzung nach § 19 BNotO zum Schadensersatz verpflichtet sei. Er hat vorgetragen, sowohl der Pachtvertrag als auch die Zusatzvereinbarung seien dem Beklagten durch Schreiben der Testamentsvollstrecker vom 24.11.1993 zur Prüfung übersandt worden und hätten bei der Vorbesprechung am 7.12.1993 vorgelegen. Der Beklagte hätte den Vertreter des Klägers darauf hinweisen müssen, dass das Vorkaufsrecht wegen der fehlenden Beurkundung nicht wirksam vereinbart sei. Gegebenenfalls hätten die Testamentsvollstrecker die wirksame Bestellung des Vorkaufsrechts unverzüglich nachgeholt, und er hätte dieses nach dem Verkauf der Grundstücke ausüben können.

#### Aus den Gründen:

(...)

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe gegenüber dem Kläger keine Belehrungs- und Beratungspflicht verletzt. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei der Kläger zwar als „mittelbar Beteiligter“ anzusehen. Indes sei der Beklagte nicht gehalten gewesen, von sich aus zu überprüfen, ob das Vorkaufsrecht wirksam begründet worden sei. Dieses sei für die Beurkundung ohne Relevanz gewesen und von niemandem angezweifelt worden; auch habe der Vertreter des Klägers bei der Vorbesprechung noch kein Kaufinteresse erkennen lassen. Eine Belehrungspflicht wäre nur dann anzunehmen, wenn der Vertreter des Klägers den Beklagten direkt nach der Wirksamkeit des Vorkaufsrechts befragt hätte. Die dahingehende Behauptung des Klägers sei jedoch nicht bewiesen.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Allerdings hat das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass dem Beklagten Amtspflichten auch gegenüber dem Kläger obliegen haben, weil dieser an dem Amtsgeschäft mittelbar beteiligt und in dessen Schutzbereich einbezogen war.

a) Notarielle Belehrungs-, Hinweis- und Warnpflichten dienen auch dem Schutz mittelbar Beteiligter, wenn andernfalls der Zweck, um dessentwillen diese Pflichten bestehen, nicht oder nur unvollkommen erfüllt würde (vgl. BGH, Urt. v. 28.9.1959, III ZR 92/58, DNotZ 1960, 157; v. 26.6.1997, IX ZR 163/96, WM 1997, 1901, 1902).

Bei einem Beurkundungsgeschäft ist mittelbar Beteiligter, wer – ohne dass von ihm abgegebene Erklärungen beurkundet werden sollen – im eigenen Interesse bei der Beurkundung anwesend ist, etwa weil er aus dem beurkundeten Rechtsgeschäft verpflichtet werden oder Rechte erwerben soll oder sich aus Anlass der Beurkundung an den Notar gewandt und ihm eigene Belange anvertraut hat (BGHZ 58, 343, 353; BGH, Urt. v. 21.1.1988, IX ZR 252/86, WM 1988, 545, 547; v. 19.12.1991, IX ZR 8/91, WM 1992, 527, 530).

b) Der Kläger war an der Beurkundung des Kaufvertrages zwischen den Testamentsvollstreckern und dem Käufer mittelbar beteiligt, weil seine rechtlichen Interessen dadurch in mehrfacher Weise berührt wurden und er deshalb – vertreten durch seinen Vater – an der Vorbesprechung vom 7.12.1993 teilgenommen hat. Zum einen war er als Pächter des Kauf-

gegenstands betroffen, weil das Pachtverhältnis endete, falls der Kaufvertrag zustande kam. Zum anderen war der Kläger als (vermeintlich) Vorkaufsberechtigter an dem Inhalt der Kaufvertragsverhandlungen und deren Ergebnis interessiert, weil er sich danach entscheiden musste, ob er von dem „Vorkaufsrecht“ Gebrauch machte. Zudem waren – aus der Sicht des „Vorkaufsberechtigten“ – die Rechte und Pflichten des Käufers auch für ihn maßgeblich, falls er sich zur Ausübung seines „Rechts“ entschloss. Gerade im Hinblick auf seine (vermeintliche) Vorkaufsberechtigung war der Kläger zu dem Gespräch am 7.12.1993 hinzugebeten worden. Das hat das Berufungsgericht beanstandungsfrei festgestellt.

Umgekehrt waren – worauf es hier freilich nicht entscheidend ankommt – auch die rechtlichen Interessen der Kaufvertragsparteien durch das „Vorkaufsrecht“ berührt. Der Kaufinteressent hat sich möglicherweise von der Überlegung leiten lassen, er müsse ein so hohes Angebot abgeben, dass der „Vorkaufsberechtigte“ von der Ausübung seines „Rechts“ abgeschreckt werde. Jedenfalls mussten sowohl die Verkäufer als auch der Kaufinteressent davon ausgehen, dass der Kaufvertrag nicht in der von ihnen beabsichtigten Weise durchgeführt werden können, wenn der Kläger von seinem „Vorkaufsrecht“ Gebrauch machte. Die Beteiligung des Klägers an dem Vorgespräch lag deshalb auch im Interesse der Kaufvertragsparteien, weil sie so u.U. frühzeitig erkennen konnten, ob der Kläger wohl sein „Vorkaufsrecht“ ausübte.

Die (mittelbare) Beteiligung des – von seinem Vater vertretenen – Klägers war für den Beklagten offensichtlich. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wurde bei der Vorbesprechung vom 7.12.1993 auch über das Vorkaufsrecht des Klägers gesprochen. An diesem Gespräch hat der Vater des Klägers aktiv teilgenommen.

2. Nicht gefolgt werden kann indes der Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte habe sich um die Wirksamkeit des Vorkaufsrechts nicht kümmern und den Kläger nicht über dessen Unwirksamkeit belehren müssen.

a) Die Rüge der Revision, in den Vorinstanzen sei verkannt worden, dass der Beklagte dem Kläger gegenüber betreuungspflichtig gemäß § 24 Abs. 1 BNotO gewesen sei, greift allerdings nicht durch. Eine während der Vorbesprechung vom 7.12.1993 erfolgte Beratung der Beteiligten war kein selbstständiges Betreuungsgeschäft im Sinne von § 24 BNotO. Es handelte sich vielmehr um eine unselbstständige Betreuung im Rahmen der Beurkundung (zur Abgrenzung vgl. BGH, Urte. v. 14.5.1992, IX ZR 262/91, WM 1992, 1533, 1534; v. 5.11.1992, IX ZR 260/91, WM 1993, 260, 261).

b) Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass der Beklagte durch sein Gesamtverhalten den Eindruck erweckt hat, das Vorkaufsrecht sei wirksam. Falls der Beklagte dadurch die Pflicht zur Vermeidung eines falschen Anscheins (vgl. hierzu BGHZ 134, 100, 107; BGH, Urte. v. 4.6.1992, IX ZR 58/91, WM 1992, 1497, 1500) verletzt haben sollte, wäre das für den eingetretenen Schaden nicht kausal geworden. Denn an der Wirksamkeit des Vorkaufsrechts haben die Beteiligten nach der Einschaltung des Beklagten so wenig gezweifelt wie zuvor.

c) Ob der Beklagte eine Rechtsbelehrungspflicht (§ 17 BeurkG), die in Ausnahmefällen auch gegenüber bloß mittelbar Beteiligten zu erfüllen ist (BGH, Urte. v. 30.6.1981, VI ZR 197/79, NJW 1981, 2705), verletzt hat, erscheint zweifelhaft.

aa) Eine vom Notar gegebene Auskunft muss richtig sein. Der Beklagte hätte deshalb eine Rechtsbelehrungspflicht verletzt, wenn er auf entsprechendes Befragen seitens des Vaters des Klägers geantwortet hätte, das Vorkaufsrecht sei wirksam. Die dahingehende Behauptung des Klägers hat das Berufungs-

gericht jedoch nicht für erwiesen erachtet, und dagegen wendet sich die Revision nicht.

bb) Fraglich ist, ob eine Rechtsbelehrungspflicht dem Beklagten gebot, den Vertreter des Klägers auf Bedenken gegen die Wirksamkeit des Vorkaufsrechts aufmerksam zu machen. Bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages muss der Notar die Vertragsparteien zwar auf das Bestehen eines rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechts hinweisen, wenn er davon Kenntnis erlangt (*Albrecht* in Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl., Rdnr. 615; *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 17 Rdnr. 85; vgl. ferner zur Hinweispflicht bei gesetzlichen Vorkaufsrechten an Grundstücken § 20 BeurkG, beim Vorkaufsrecht des Miterben BGH, Urte. v. 2.7.1968, VI ZR 168/66, BB 1968, 1016). Ob das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht wirksam bestellt worden ist, muss er aber ohne besonderen Auftrag nicht prüfen.

Andererseits entfiel für diejenigen Bestimmungen des Kaufvertrages, die das Bestehen des Pachtvertrages voraussetzten (...), die Grundlage, wenn die das Vorkaufsrecht enthaltende Zusatzvereinbarung nichtig war. Denn diese Nichtigkeit erfasste auch den Pachtvertrag (so bereits das von dem Beklagten vorgelegte Urteil des LG Schwerin vom 6.3.1997, 4 O 153/94).

Letztlich muss der Senat die eingangs formulierte Frage nicht entscheiden.

d) Der Beklagte war jedenfalls aufgrund der analog § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO, § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG bestehenden erweiterten („betreuenden“) Belehrungspflicht zu einem warnenden Hinweis verpflichtet. Diese Pflicht hat er schuldhaft verletzt.

aa) Der Notar als Träger der vorsorgenden Rechtspflege darf es nicht untätig geschehen lassen, dass ein Beteiligter in die Gefahr eines folgenschweren Schadens gerät, der durch eine mit wenigen Worten zu gebende Belehrung zu vermeiden ist (BGH, Urte. v. 29.11.1953, III ZR 270/52, DNotZ 1954, 330, 331). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes erwachsen demgemäß für den Notar Schutzpflichten, wenn er aufgrund besonderer Umstände des Falles – namentlich wegen der rechtlichen Anlage oder der Art der Durchführung des konkreten Geschäfts – Anlass zu der Besorgnis haben muss, einem Beteiligten entstehe ein Schaden, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage oder von Sachumständen, welche das beurkundete Rechtsgeschäft als für seine Vermögensinteressen bedeutsam erscheinen lassen, einer Gefährdung dieser Interessen nicht bewusst ist (BGHZ 58, 343, 348; BGH, Urte. v. 29.9.1981, VI ZR 2/80, WM 1981, 1309, 1310; v. 10.11.1988, IX ZR 31/88, WM 1988, 1853, 1854; v. 24.6.1993, IX ZR 216/92, NJW 1993, 2744, 2749 f.).

bb) Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte Anlass zu der Besorgnis, dass dem Kläger ein schwerer Schaden drohte, ohne dass er sich der Gefahr bewusst war.

Es ist als unstrittig davon auszugehen, dass der Beklagte die über das Vorkaufsrecht getroffene Zusatzvereinbarung kannte und zugleich wusste, dass sie lediglich privatschriftlich getroffen worden war. Bereits auf Seite 6 der Klageschrift hat der Kläger vorgetragen, dem Beklagten seien „der Pachtvertrag und die Zusatzvereinbarung ... bekannt“ gewesen; auf Seite 8 hat er behauptet, die Zusatzvereinbarung sei „dem Beklagten als Notar vorgelegt worden“. Dazu hat der Beklagte (Seite 2 seines Schriftsatzes vom 12.5.1997) lediglich erklärt, es sei nicht richtig, dass ihm zu Beginn der Besprechung die Vertragsunterlagen, namentlich der Pachtvertrag und die Zusatzvereinbarung, übergeben worden seien; vielmehr habe es

sich so verhalten, dass ihm „ein Teil (!) der Vertragsunterlagen wenige Tage vor dem Besprechungstermin per Telefax übermittelt worden“ sei. Um welche Unterlagen es sich handelte, hat der Beklagte offen gelassen. Daraufhin hat der Kläger in der Berufungsbegründung (auf Seite 4) seinen Vortrag unter Beweisantritt wie folgt präzisiert:

„Dem Beklagten war sowohl der Landpachtvertrag ... sowie die Zusatzvereinbarung ... vom gleichen Tage bekannt. Sowohl der Landpachtvertrag als auch die Zusatzvereinbarung wurden dem Beklagten durch die Testamentsvollstrecker mit Schreiben vom 24.11.1993 zur Prüfung übersandt.“

Daraufhin erfolgte von Seiten des Beklagten keine Stellungnahme mehr. Somit ist für die rechtliche Beurteilung zugrunde zu legen, dass die Zusatzvereinbarung dem Beklagten rechtzeitig „zur Prüfung“ übersandt wurde. Dann ist ferner davon auszugehen, dass er sie sich angesehen hat. Denn der Beklagte hat nicht behauptet, den „Prüfauftrag“ nicht ernst genommen zu haben. Hat er sich aber die Zusatzvereinbarung angesehen, musste er auf den ersten Blick erkennen, dass sie privatschriftlich abgefasst war. Da er nicht annehmen konnte, dass es neben der privatschriftlichen Zusatzvereinbarung noch eine weitere notariell beurkundete gab, mussten ihn seine Erkenntnisse zwingend zu dem Schluss veranlassen, dass die Zusatzvereinbarung – und somit auch das Vorkaufsrecht (die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufrechts) – mangels Einhaltung der in § 313 Satz 1 BGB a. F. vorgeschriebenen Form unwirksam war (vgl. BGH, Urt. v. 7.11.1990, XII ZR 11/89, NJW-RR 1991, 205, 206; *Albrecht* in Reithmann/Albrecht, a. a. O., Rdnr. 612; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 61. Aufl., § 313 Rdnr. 11; 62. Aufl., § 311 b Rdnr. 11).

Unter diesen Umständen musste sich dem Beklagten aufdrängen, dass die Interessen des Klägers in schwerwiegender Weise gefährdet waren, ohne dass dieser mit der Gefahr rechnete. Zwar hatte der Kläger vor der Beurkundung ein Vorkaufsrecht so wenig wie danach. Der Beklagte war nicht verpflichtet, dem Kläger ein solches Recht zu verschaffen. Er musste ihn nur vor unerkannten Gefahren für seine Vermögensinteressen warnen, falls diese Gefahren aus besonderen Umständen des notariellen Geschäfts erwachsen. Diese Voraussetzungen waren im Streitfall gegeben. Der Kläger hatte, solange der Kaufvertrag mit dem Dritten noch nicht beurkundet war, Aussicht auf die wirksame Bestellung des Vorkaufrechts. Dadurch hätte er die Rechtsstellung erhalten, die er nach der irrtümlichen Annahme aller Beteiligten bisher schon innehatte. Die Verwirklichung dieser Aussicht hing nur davon ab, dass die Unwirksamkeit der bisherigen Bestellung erkannt wurde. Gegebenenfalls hätten die Testamentsvollstrecker umgehend das Vorkaufsrecht erneut – nunmehr formwirksam – bestellt. Denn der Kläger wäre ihnen als Vorkaufsberechtigter willkommen gewesen; sie hätten sogar lieber an ihn verkauft als an den Dritten. Für den Kläger verschlechterte sich die Lage entscheidend, als der Kaufvertrag mit dem Dritten beurkundet wurde. Denn nunmehr konnte der Formmangel des Vorkaufrechts nicht mehr mit Wirkung gegenüber dem Käufer „geheilt“ werden. Diese Gefahr erwuchs auch aus besonderen Umständen des Beurkundungsgeschäfts. Das Schicksal des beurkundeten Kaufvertrages hing vom Bestehen des Vorkaufrechts sowie gegebenenfalls davon ab, ob der Vorkaufsberechtigte von seinem Recht Gebrauch machte. Wenn der Notar den Eindruck hätte gewinnen müssen, die Kaufvertragsparteien hielten das Vorkaufsrecht zu Unrecht für unwirksam, hätte sich seine Besorgnis, dass ihnen aus der Nichtbeachtung des Vorkaufrechts ein Schaden drohte, fraglos aus besonderen Umständen des Geschäfts ergeben. Wenn umgekehrt das Vorkaufsrecht allseits für wirksam gehalten wurde, obwohl es in Wahrheit unwirksam war, muss Entsprechendes

für die Gefährdung des vermeintlich Vorkaufsberechtigten gelten. Es liegt nahe, dass dieser im Vertrauen darauf, er könne nach einem anderweitigen Verkauf durch Ausübung seines Rechts problemlos den Käufer verdrängen, davon absah, sich rechtzeitig vor dem Verkauf über sein Kaufinteresse schlüssig zu werden und dieses anzuzeigen, um es gar nicht erst zu dem Verkauf an den anderen Interessenten kommen zu lassen. Dass die verkauften Grundstücke nach dem Verkauf für den vermeintlich Vorkaufsberechtigten verloren waren, stellt einen besonderen Umstand des konkreten Geschäfts dar.

Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang gemeint, da das Vorkaufsrecht von keinem der Anwesenden angezweifelt worden sei, habe der Beklagte nicht darauf eingehen müssen. Das Gegenteil ist richtig. Da unverkennbar alle davon ausgingen, das Vorkaufsrecht sei wirksam bestellt, musste er diesem Irrtum entgegenwirken.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist unerheblich, ob der Vater des Klägers seinerzeit für seinen Sohn bereits ein Kaufinteresse bekundete oder nicht. Nach seinem damaligen Kenntnisstand konnte sich der Kläger mit seiner Entschließung noch Zeit lassen, und dass er – sein damaliges Desinteresse unterstellt – seine Haltung bis zum Ende der Überlegungsfrist beibehalten werde, war ungewiss.

Der Beklagte durfte von dem warnenden Hinweis auf die Formunwirksamkeit des Vorkaufrechts nicht deshalb absehen, weil unsicher war, wie die Beteiligten darauf reagieren würden und ob der Hinweis insbesondere für den in erster Linie zu schützenden Kläger hilfreich sein würde. Es mag ungewöhnlich sein, dass ein zunächst formunwirksam bestelltes Vorkaufsrecht zu einem Zeitpunkt, in dem bereits Verkaufsverhandlungen mit einem Dritten schweben, formgerecht neu bestellt wird. Ausgeschlossen war es nicht.

Mit der Frage, ob der Beklagte durch eine Warnung seiner Verpflichtung zur notariellen Neutralität zuwidergehandelt hätte, hat sich das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – nicht befasst. Diese Frage ist zu verneinen. Kann die Pflicht, einen Beteiligten vor nicht bedachten Gefahren zu warnen, mit den Verpflichtungen zur Unabhängigkeit und Verschwiegenheit kollidieren, muss der Notar abwägen. Er muss sich um so mehr für die Warnung entscheiden, je größer die Gefahr und je geringer das Interesse der anderen Beteiligten ist, dass die Warnung unterbleibt (BGH, Urt. v. 14.5.1992, IX ZR 262/91, WM 1992, 1533, 1536). Im Streitfall war die Gefahr für den Kläger schwerwiegend. Demgegenüber war das Interesse der Kaufvertragsparteien, dass die Unwirksamkeit des Vorkaufrechts nicht zur Sprache kommen möge, geringer. Zwar hat die Revisionserwiderung den Vortrag des Beklagten aufgegriffen, insbesondere zwischen dem Kläger und dem Käufer habe ein Interessengegensatz bestanden. Das ist jedoch nicht erkennbar. Die Mitteilung, dass das von dem Kläger in Anspruch genommene Vorkaufsrecht nicht bestehe, wäre dem Käufer sogar zustatten gekommen, weil er – jedenfalls zunächst – nicht mehr hätte befürchten müssen, letztlich durch den Kläger verdrängt zu werden. Interessen der Verkäuferseite waren kaum berührt. Dort hätte man sich nunmehr ohne Rücksicht auf ein Vorkaufsrecht für einen beliebigen Kaufinteressenten entscheiden können.

cc) Der Beklagte ist seiner Warnpflicht nicht nachgekommen. Er hat – worauf die Revision mit Recht hinweist – im Gegenteil durch sein Gesamtverhalten den Eindruck erweckt, das Vorkaufsrecht sei wirksam.

dd) Der Beklagte hat keine Umstände dargelegt, bei deren Vorliegen die Amtspflichtverletzung als nicht schuldhaft begangen anzusehen wäre (zur Darlegungs- und Beweislast vgl. BGHZ 145, 265, 275).

III. Das Berufungsurteil ist auch nicht aus anderen Gründen richtig (§ 563 ZPO a.F.).

1. Der Kläger hat mit Wahrscheinlichkeit einen Schaden erlitten. Der Einwand des Beklagten, ein Schaden des Klägers sei unter keinen Umständen denkbar, etwaige Ansprüche seien in Ziffer II § 3 des Kaufvertrages abgedeckt, greift nicht durch. Jene Bestimmung verhält sich lediglich über den Ersatz von Aufwendungen, die der Kläger auf die Pachtgrundstücke getätigt hat. Dieser erhebt darüber hinaus Anspruch auf Ersatz der verlorenen landwirtschaftlichen Flächen.

2. Es fehlt auch nicht an der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Die Testamentsvollstrecker hätten, falls der Beklagte am 7.12.1993 auf die Unwirksamkeit des Vorkaufsrechts aufmerksam gemacht hätte, dieses umgehend formwirksam bestellt. Der Beklagte hat zwar gemeint, der Käufer hätte den Testamentsvollstrecker die formwirksame Nachholung der Vorkaufsrechtsbestellung vor Abschluss des Kaufvertrages untersagen können; eine Rechtsgrundlage ist dafür jedoch nicht ersichtlich.

3. Ebenso wenig steht die Subsidiarität der Notarhaftung (§ 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BNotO) dem Erfolg der Klage entgegen.

a) Entgegen der Ansicht der Revision folgt dies allerdings nicht aus § 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BNotO. Denn der Beklagte hat keine Pflicht im Zusammenhang mit einem Betreuungsgeschäft nach den §§ 23, 24 BNotO verletzt (siehe oben II 2 a).

b) Der Kläger hat jedoch keine anderweitige Ersatzmöglichkeit und hat eine solche auch früher nicht besessen.

aa) Schadensansprüche gegen die Testamentsvollstrecker standen ihm nicht zu.

(1) Allerdings wurde die von dem Kläger entworfene Zusatzvereinbarung von einem der Testamentsvollstrecker überarbeitet. Dabei hätte auffallen müssen, dass eine privatschriftliche Vereinbarung nicht genügt. Das Versehen auf Seiten des Testamentsvollstreckers begründet aber keine Schadensersatzansprüche des Klägers aus Verschulden bei Vertragsschluss. In der Regel gehören bei Grundstücksgeschäften die Beachtung der gesetzlichen Beurkundungsform (§ 313 Satz 1 BGB a.F.) und die bei Nichtbeachtung daraus folgende Nichtigkeit (§ 125 BGB) zum Risikobereich beider Vertragsteile (BGHZ 116, 251, 257). Eine Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens könnte indirekt einen Zwang zur Erfüllung des Grundstücksgeschäfts ausüben und läuft deshalb dem Zweck des § 313 Satz 1 BGB a.F. zuwider (BGHZ 116, 251, 258). Die Wirksamkeit des Vertrages sicherzustellen, ist zuvörderst ein Gebot des eigenen Interesses, aber keine Rechtspflicht gegenüber dem anderen Teil. Allerdings hat die ältere Rechtsprechung vereinzelt bei verschuldetem Formfehler einer Vertragspartei dem anderen Teil wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung einen Schadensersatzanspruch zugebilligt (vgl. BGH, Urt. v. 29.1.1965, V ZR 53/64, NJW 1965, 812, 814; v. 19.4.1967, VIII ZR 8/65, WM 1967, 798, 799). Dabei lagen aber besondere Umstände vor, aufgrund deren eine Partei der anderen Betreuung oder zumindest Aufklärung schuldete (vgl. auch OLG Hamm, NJW-RR 1994, 243, 245; OLG Frankfurt, NJW-RR 1997, 170, 172; Palandt/Heinrichs, § 276 BGB Rdnr. 77). Dem Urteil vom 29.1.1965 lag zugrunde, dass ein gemeinnütziges Wohnungsbaunehmen Eheleute, die sich als Bewerber für ein Kaufeheheim vertrauensvoll an es gewandt hatten, zum Abschluss einer nach §§ 313, 125 BGB nichtigen Vereinbarung veranlasste, indem es ihnen ein von ihm selbst entworfenes Schriftstück zur Unterzeichnung vorlegte, von dem die Eheleute glaubten, damit sei alles Erforderliche geschehen und sie wür-

den, soweit sie die ihrerseits geschuldeten Leistungen erbrachten, ordnungsgemäß als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Im Falle des Urteils vom 19.4.1967 hatte der eine Teil dem anderen den bevorstehenden Vertragsschluss als gesichert hingestellt. Damit ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar.

(2) An dem Vorstehenden ändert auch nichts der Umstand, dass der Testamentsvollstrecker, der die Zusatzvereinbarung überarbeitet hat, Rechtsanwalt ist. Er ist in dieser Eigenschaft nicht für den Kläger, sondern ausschließlich im eigenen Interesse oder im Interesse des von ihm repräsentierten Nachlasses tätig geworden (vgl. BGH, Urt. v. 17.5.1990, IX ZR 86/89, WM 1990, 1554, 1556).

bb) Der in den Vorinstanzen geäußerten Meinung des Beklagten, der Kläger hätte sein Vorkaufsrecht gegenüber den Verkäufern durchsetzen können, weil diese nach Treu und Glauben daran gehindert gewesen seien, sich auf die Formunwirksamkeit der Zusatzvereinbarung zu berufen, ist nicht zu folgen.

Gesetzliche Formvorschriften dürfen im Interesse der Rechtssicherheit nicht aus bloßen Billigkeitserwägungen außer Acht gelassen werden. Ausnahmen sind nur zulässig, wenn es nach den gesamten Umständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, das Rechtsgeschäft am Formmangel scheitern zu lassen. Das Ergebnis muss für die betroffene Partei nicht bloß hart, sondern schlechthin untragbar sein (ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 138, 339, 348). Ob ein schlechthin untragbares Ergebnis vorliegen kann, wenn dem Betroffenen wegen des Formmangels ein Schadensersatzanspruch gegen einen Notar zusteht, erscheint zweifelhaft. Insofern besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der Rechtssicherheit, die ein Außerachtlassen des Formmangels nur als *ultima ratio* gestattet, und der Subsidiarität der Notarhaftung, wonach der Notar für einen Schaden nur eintreten muss, wenn dem Geschädigten keine zumutbare andere Ersatzmöglichkeit zusteht. Letztlich braucht der Senat zu dieser Frage nicht abschließend Stellung zu nehmen. Denn der vorliegende Fall ist in keine der von der Rechtsprechung als Ausnahmen anerkannten Fallgruppen einzuordnen. Weder haben die Testamentsvollstrecker den Kläger arglistig von der Wahrung der Form abgehalten, noch fällt ihnen eine andere schwerwiegende Treupflichtverletzung zur Last. In diesem Zusammenhang darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Testamentsvollstrecker sich zunächst selbst nicht über den Formzwang im Klaren waren und sich durch das Beharren auf dem Formerfordernis nur vor den Folgen eines Doppelverkaufs schützen wollten. Schließlich kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass bei Unwirksamkeit des Vorkaufsrechts die Existenz des Klägers gefährdet ist.

cc) Endlich hat der Kläger es auch nicht schuldhaft versäumt, sein Vorkaufsrecht gegenüber dem Käufer durchzusetzen. Er hat in einem gegen diesen geführten Vorprozess vor dem Amts- und Landgericht Schwerin versucht, dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben Geltung zu verschaffen. Das Landgericht hat in seinem Schlussurteil vom 6.3.1997 die Berufung des Käufers auf die Formnichtigkeit als nicht rechtsmissbräuchlich bezeichnet.

#### Anmerkung:

Dass ein privatschriftlicher Pachtvertrag auch eine Verpflichtung zur Bestellung eines Vorkaufsrechts enthält, ist nicht selten. Wenn der Notar davon zufällig Kenntnis erlangt, kann er darauf hinweisen, dass die Verpflichtung zur Bestellung des Vorkaufsrechts nach § 311 b Abs. 1 BGB unwirksam ist und

der damit eine rechtliche Einheit bildende Pachtvertrag unwirksam sein kann.

Im vorliegenden Fall war bei der Beurkundung des Kaufvertrags über das (vermeintlich) mit einem Vorkaufsrecht belastete Grundstück der (vermeintliche) Vorkaufsberechtigte anwesend. Der Notar wies nicht auf die Unwirksamkeit der Vorkaufsrechtsbestellung hin. Der (vermeintlich) Vorkaufsberechtigte machte deshalb dem Notar den Vorwurf einer Amtspflichtverletzung. Bei LG und OLG blieb er ohne Erfolg, anders beim BGH.

Der IX. Zivilsenat stellt zunächst die verschiedenen Amtspflichten heraus, die der Senat unterschieden hat, seit er 1984 die Zuständigkeit für die Notarhaftung übernommen hatte.

1. Zunächst geht es um die Amtspflichten, die dem Notar obliegen, wenn er einen *Beratungsauftrag* übernimmt (§ 24 BNotO). Im vorliegenden Fall war dem Notar der privatschriftliche Pachtvertrag, der die formnichtige Verpflichtung zur Bestellung des Vorkaufsrechts enthielt, übersandt worden mit der Bitte um Prüfung. Ob der Notar dieses Schriftstück tatsächlich las, ist nicht unzweifelhaft, jedenfalls übernahm der Notar keinen Prüfungsauftrag; eine „planende Beratung“ (nach § 24 BNotO) kam nicht in Frage.

2. Von der planenden Beratung ist die Vertragsgestaltung (gestaltende Beratung)<sup>1</sup> zu unterscheiden. Sie gehört (anders als die Beratung nach § 24 BNotO) zur Beurkundung selbst, fällt also ebenso wie die Belehrung über die rechtliche Tragweite unter § 17 BeurkG. Diese Pflicht obliegt dem Notar gegenüber den Beteiligten der Beurkundung. Der vermeintlich Vorkaufsberechtigte (Pächter des Kaufgrundstücks) war bei der Beurkundung des Kaufvertrags zwar anwesend, war aber bei diesem Kaufvertrag nicht Vertragsteil. Der BGH schloss deshalb eine Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG mit Recht aus. Diese Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG geht ausschließlich auf die rechtliche Tragweite des beurkundeten Rechtsgeschäfts und obliegt dem Notar nur den Vertragsteilen gegenüber.

3. Weiter als die Belehrungspflicht des § 17 BeurkG geht die *Warnpflicht*, die der IX. Zivilsenat in langer Rechtsprechung aus der Stellung des Notars unter Berufung auf § 14 BNotO entwickelt hat (früher als erweiterte Belehrungspflicht aus allgemeiner Betreuungsverpflichtung bezeichnet).<sup>2</sup> Dabei zitiert der IX. Zivilsenat die schon vom III. Zivilsenat im Urteil vom 29.11.1953 (DNotZ 1954, 330, 331) entwickelte Formel, „dass der Notar als Träger der vorsorgenden Rechtspflege es nicht untätig geschehen lassen [darf], dass ein Beteiligter in die Gefahr eines folgenschweren Schadens gerät, der durch eine mit wenigen Worten zu gebende Belehrung zu vermeiden ist.“

Diese Warnpflicht setzt freilich (wie schon in der vorgenannten Entscheidung vom 29.11.1953 ausgeführt) voraus, „dass besondere Umstände vermuten lassen, einem Beteiligten drohe ein Schaden, der Beteiligte sei sich dessen namentlich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage nicht oder nicht voll bewusst“. Diese Voraussetzungen bejaht der BGH, weil der Kläger (Pächter) „im Hinblick auf seine vermeintliche Vorkaufsberechtigung zu der Kaufvertragsverhandlung hinzu gebeten worden war“. Er hätte Aussicht auf eine wirksame Beschränkung des Vorkaufsrechts gehabt: „Die Verwirklichung dieser Aussicht hing nur davon ab, dass die Unwirksamkeit der bisherigen Bestellung erkannt wurde, gegebenenfalls hätten die (Verkäufer) umgehend das Vorkaufsrecht erneut –

nummehr formwirksam – bestellt, denn der Kläger wäre ihnen als Vorkaufsberechtigter willkommen gewesen.“

4. Dem anderen Beteiligten aber, der das Grundstück kaufen wollte, wäre ein solcher Hinweis keineswegs willkommen gewesen. Dieser hätte wohl den Notar erbost der Parteilichkeit bezichtigt. Dies zeigt, dass die Formulierung der Warnpflicht einer Einschränkung bedarf. Zwar obliegt die Belehrungspflicht des § 17 BeurkG dem Notar strikt, unverzichtbar und ohne jede Rücksicht auf Parteiinteressen. Dies gilt aber für die Warnpflicht nicht. Diese steht in einem Spannungsverhältnis zur *Pflicht zur Unparteilichkeit*. Darauf hat der IX. Zivilsenat bereits 1986 hingewiesen:<sup>3</sup> In solchen Fällen ist stets eine Abwägung erforderlich.

Der BGH nimmt in der vorliegenden Entscheidung eine solche Abwägung auch durchaus vor: Der Notar müsse sich „umso mehr für die Warnung entscheiden, je größer die Gefahr und je geringer das Interesse der anderen Beteiligten ist, dass die Warnung unterbleibt“. Meines Erachtens ist neben diesen konkreten wirtschaftlichen Interessen auch das abstrakte Interesse am Vertrauen des Publikums auf „Redlichkeit“ (§ 14 BNotO) und Unparteilichkeit des Notars zu sehen.

5. Die Besonderheit des Falles liegt wohl darin, dass der Pächter des Kaufgrundstücks (Kläger) zur Verhandlung des Grundstückskaufvertrags „hinzu gebeten“ worden war. Hatte der Notar dies veranlasst, so hat er wohl einen Vertrauenstatbestand geschaffen, der die Warnpflicht begründet. Man kann hier die Pflicht des Notars zitieren, einen falschen Anschein zu vermeiden<sup>4</sup> oder jedenfalls einen vom Notar selbst geschaffenen Vertrauenstatbestand nicht zu enttäuschen. Auch hier kann § 14 BNotO Grundlage sein, der in Abs. 2 das Postulat der „Redlichkeit“ voraussetzt.

Hier trifft sich diese Entscheidung mit der des nun zuständigen III. Zivilsenats, der den Notar wegen einer unrichtigen Auskunft verurteilt hat, obwohl der Notar zu dieser Auskunft keinesfalls verpflichtet war.<sup>5</sup> Jedenfalls sind die konsultativen Pflichten des Notars nach § 24 BNotO (Beratung), § 17 BeurkG (Belehrung) und § 14 BNotO (Warnung) zu unterscheiden. Deren Vermengung führt zur Rechtsunsicherheit, in praxi meist dazu, einen entstandenen Schaden auf die (breiteren) Schultern der Versicherung zu laden. Es geht aber nicht um Risikoverteilung, sondern um den Vorwurf der Amtspflichtverletzung, der den Notar persönlich schwer trifft. Der heutige Stand von Rechtsprechung und Literatur erlaubt es nicht mehr, sich auf „Fingerspitzengefühl“ oder „delicatesse“<sup>6</sup> zurückzuziehen. Rechtssicherheit setzt eine Unterscheidung voraus, die auf die in Gesetz und Rechtsprechung verwendeten Rechtsbegriffe abstellt.

Notar a. D. Dr. *Christoph Reithmann*, Wolftratshausen

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die beiden vorstehenden Urteile sind am gleichen Tag ergangen. Für die Amtshaftung ist derzeit der III. Senat zuständig; der IX. Senat erledigt nur noch die anhängigen Verfahren.

<sup>3</sup> BGH v. 3.7.1986, WM 1986, 1283; dazu *März*, Festschrift Bay. Notariat, 1987, S. 190.

<sup>4</sup> *Ganter*, DNotZ 1999, 820; *Reithmann/Albrecht* (Fn. 2), Rdnr. 192.

<sup>5</sup> BGH v. 9.1.2003, III ZR 46/02, MittBayNot 2003, 306 (in diesem Heft).

<sup>6</sup> „La profession du notaire aura ses règles écrites; mais la première, la plus essentielle des qualités, dont un notaire doit être décoré, c'est la delicatesses.“ So der berühmte Ausspruch des Tribun *Jaubert* bei der Verabschiedung des für das Notariat in Europa grundlegenden *Ventôse-Gesetzes*, der der ersten Kommentierung der BNotO vorangestellt wurde (*Seybold/Hornig/Weber/Reithmann/Schippel*, BNotO, 1962).

<sup>1</sup> Vertragsgestaltung (gestaltende Beratung) ist Teil der Beurkundung selbst und fällt damit als „Urkundstätigkeit“ unter § 15 BNotO, aber auch unter das Privileg der subsidiären Haftung.

<sup>2</sup> Im Einzelnen *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. 2001, Rdnr. 174 ff.

## Kostenrecht

17. KostO § 145 Abs. 1 (*Kein Eigenentwurf trotz Hinzufügung wesentlicher Bestimmungen*)

**Ergänzt der Notar bei einer Unterschriftsbeglaubigung ein teilweise ausgefülltes Grundschuldfomular um für die Verkehrstauglichkeit „wesentliche“ Bestimmungen (Grundstücksbeschrieb, Rangverhältnisse), so liegt dennoch nur eine Ergänzung eines fremden Entwurfs nach § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO und kein „Eigenentwurf“ nach Satz 1 vor. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 10.6.2002, 8 W 558/00; mitgeteilt von Notarassessor *Alexander Krafka*, München

### Zum Sachverhalt:

Der beschwerdeführende Notar einerseits und der Bezirksrevisor bzw. der Landgerichtspräsident als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars sind unterschiedlicher Auffassung darüber, ob im Zusammenhang mit einer Grundschuldbestellung eine volle Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO oder nur eine halbe Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 2 Satz 2 KostO anzusetzen ist.

Das Grundschuldfomular des Kreditinstituts war bereits mit dem Namen des zuständigen Grundbuchamts, dem Namen der Eigentümer, dem Betrag der Grundschuld (2,5 Mio. DM), der Zinshöhe und dem Zinsbeginn versehen. Bei der der Unterschriftsbeglaubigung hat der Notar dieses teilweise ausgefüllte Formular noch durch folgende Angaben ergänzt: die „Feststellung des Belastungsgegenstands“ (Grundstücksbeschrieb), eine Erklärung zu den „Rangverhältnissen“ und eine „Vollzugsvollmacht“.

Dafür hat der Notar eine  $\frac{5}{10}$ -Gebühr gemäß § 145 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO zzgl. Nebenkosten in Rechnung gestellt. Der mit der Kostenprüfung beauftragte Bezirksrevisor hat diesen Ansatz unter Bezugnahme auf die Senatsentscheidung vom 1.6.1992 beanstandet und nur eine  $\frac{5}{20}$ -Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO zzgl. Nebenkosten für berechtigt erachtet.

Der Notar vertritt – bestärkt durch eine Stellungnahme der Notarkasse vom 7.12.1999 – die Ansicht, ihm stehe die volle Entwurfsgebühr für einen „Eigenentwurf“ zu, weil er „wesentliche Ergänzungen“ vorgenommen habe; durch die Einfügung des (aus dem Grundbuch erhobenen) Belastungsgegenstands habe er erst eine für den Rechtsverkehr taugliche Urkunde hergestellt. Die vom Bezirksrevisor angeführte Senatsentscheidung beziehe sich nur auf eine Rangrücktrittserklärung und habe die hier zu entscheidende Frage ausdrücklich offen gelassen.

### Aus den Gründen:

(...)

II.

Die wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage zugelassene und auch ansonsten zulässige weitere Beschwerde (§ 156 Abs. 2 KostO) des Notars hat in der Sache *keinen Erfolg*.

Das Landgericht hat zu Recht die Senatsentscheidung vom 1.6.1992 (Die Justiz 1992, 412 = JurBüro 1992, 618 m. abl. Anm. *Mümmeler* = BWNotZ 1993, 12 m. Anm. *Firnauf*) auch auf die hier vorliegende Entwurfs Ergänzung erstreckt. Der Senat hält an seiner damals – unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung – dargelegten Auffassung fest, dass die ab 1.1.1987 geltende Neufassung von § 145 Abs. 1 KostO die bisherigen Abgrenzungskriterien (zwischen Entwurf und Nicht-Entwurf) hinfällig gemacht hat. Zwar hatte der Senat damals nur über die Ergänzung der Urkunde durch Rangerklärungen und sonstige schuldrechtliche Bestimmungen zu befinden und deshalb die Frage offen gelassen, wie bei anderen Ergänzungen zu entscheiden sei. Allerdings liegt es in der erkennbaren – und deshalb vom Landgericht zu Recht gezogenen – Konse-

quenz dieser Entscheidung, dass auch die Ergänzung durch den Grundstücksbeschrieb nur eine Ergänzung im Sinne des § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO ist.

Für die früher erforderliche Abgrenzung zwischen „unwesentlichen“ (und deshalb gebührenrechtlich unerheblichen) Ergänzungen eines fremden Entwurfs und „wesentlichen“ Ergänzungen, die zu einem „Eigenentwurf“ des Notars führen, der die für die Beurkundung anfallende volle Gebühr auslöst (§ 145 Abs. 1 Satz 1 KostO), hatte das vom beschwerdeführenden Notar herausgestellte Kriterium der Verkehrstauglichkeit der Urkunde seine Berechtigung und ist deshalb wohl einhellig in der Rechtsprechung – auch des Senats – entscheidungserheblich gewesen. Mit der Einfügung des neuen Gebührentatbestands für die Überprüfung und Ergänzung eines Fremdentwurfs (Satz 2) sollte – wie der Senat ausgeführt hat – diese traditionelle und schwer handhabbare Unterscheidung zwischen „wesentlichen“ und „unwesentlichen“ Ergänzungen eines Entwurfs ebenso beseitigt werden wie zahlreiche weitere Unsicherheiten des § 145 Abs. 1 (vgl. amtl. Begründung z. KostÄndG v. 9.12.1986, abgedr. auch bei *Rohs/Wedewer*, KostO, 2. Aufl., § 145 Rdnr. 3). Die zum früheren Recht entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen „Entwurf und „Nicht-Entwurf“ haben damit ihre Bedeutung verloren (im Wesentlichen zustimmend *Rohs/Wedewer*, a. a. O., Rdnr. 18 b).

Zwar ist dem Rechtsbeschwerdeführer zuzugeben, dass die bisherigen Abgrenzungskriterien teilweise weiter verwendet werden und dass verbreitet die Ansicht vertreten wird, die Ergänzung eines Entwurfs zur Grundschuldbestellung durch Angabe des Belastungsgegenstands führe zu einem „Eigenentwurf“ mit der Kostenfolge aus Satz 1 (so Notarkasse, Streifzug durch die KostO, 4. Aufl., Rdnr. 193; *Korintenberg/Bengel*, KostO, 14. Aufl., § 145 Rdnr. 32; *Göttlich/Mümmeler/Assenmacher/Mathias*, KostO, 20. Aufl., S. 296 [ebenso *Mümmeler* in der abl. Anm. zum Sen-Beschl. JurBüro 1992, 618 – wobei die zur Begründung herangezogene Entscheidung des AG Schwäb. Gmünd, BWNotZ 1985, 126 vor der Gesetzesänderung ergangen ist]; vgl. auch *Schmidt*, JurBüro 1987, 322, 325).

Mit diesem Festhalten an vertrauten Abgrenzungskriterien wird jedoch das Reformanliegen, das der Gesetzgeber mit Einfügung der halbierten Ergänzungsgebühr verfolgt hat, zu sehr verkürzt. Wie sich der Gesetzesbegründung (a. a. O.) entnehmen lässt, sollte die halbierte Gebühr gerade das Problem der Ergänzung von Grundschuldbestellungsanträgen lösen helfen. Diese auf eine einfache Handhabung gerichtete Zielsetzung würde weithin unterlaufen, wenn der Anwendungsbereich des Satzes 2 auf Entwürfe begrenzt wird, die auch ohne die Ergänzung für den Rechtsverkehr tauglich sind; für eine derartige einschränkende Auslegung enthält die Gesetzesbegründung keine Anhaltspunkte. Der Senat vermag auch einen rechtfertigenden Grund dafür, dass die Ergänzung eines Fremd-Entwurfs gerade durch den Belastungsgegenstand diesen zu einem „Eigenentwurf“ des überprüfenden Notars machen soll, nicht zu erkennen (zutreffend *Firnauf*, BWNotZ 1993, 14). Dass die Praxis in benachbarten OLG-Bezirken an der vom Senat als überholt angesehenen Rechtsansicht bislang noch festgehalten wird, wie der Notar geltend macht, vermag der Rechtsbeschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Obergerichtliche Entscheidungen, die sich gegen die Senatsentscheidung vom 1.6.1992 stellen, hat der Senat nicht feststellen können. Deshalb besteht angesichts der Gesetzesänderung von 1987 auch keine Möglichkeit, den – seit Anfang 2002 eröffneten – Weg einer Divergenzvorlage zum BGH nach § 28 Abs. 2 FGG (vgl. *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 156 Rdnr. 1) zu beschreiten.

**Anmerkung:**

Das OLG Stuttgart hat sich bereits im Jahre 1992 mit der Frage befasst, welcher Gebührenansatz für die Ergänzung eines dem Notar vorgelegten Entwurfes einer Grundschuldbestellung, die nicht nur grundbuchrechtliche Erklärungen, sondern auch schuldrechtliche Bestimmungen enthält, vorzunehmen ist. Zu Recht hat das OLG Stuttgart in seiner Entscheidung vom 1.6.1992 (JurBüro 1992, 618) festgestellt, dass für die vom Notar vorgenommenen Einfügungen (Rangrücktrittserklärungen und zusätzliche schuldrechtliche Bestimmungen) die halbierte Entwurfsgebühr, also eine  $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 2, § 36 Abs. 1 KostO angefallen ist. Offen gelassen wurde, welche Qualität eine Änderung oder Ergänzung haben muss, damit ggf. ein Eigenentwurf des Notars angenommen werden kann mit der Folge des Gebührenansatzes nach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO.

In der Kostenrechtsliteratur wurden seit der Änderung des § 145 KostO durch das KostRÄndG vom 9.12.1986 (BGBl I, 2326 ff.) Grundsätze entwickelt, wonach nicht jede Änderung oder Ergänzung die halbierte Entwurfsgebühr rechtfertigt. So ist z. B. für das Ergänzen eines noch nicht ausgefüllten Grundschuldförmulars die volle Entwurfsgebühr zu erheben, ebenso bei Ergänzungen die notwendig sind, um überhaupt die Grundschuldbestellung im Grundbuch vollzugsfähig zu machen. Hierzu gehören z. B. Einfügen von Pfandobjekt, Grundschuldbetrag, Zinssatz u. a. m. (*Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 15. Aufl., § 145 Rdnr. 28 ff.; *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 145 Rdnr. 18 b); Streifzug durch die KostO, 5. Aufl., Rdnr. 254 ff.).

In der obigen Entscheidung vom 10.6.2002 kommt das OLG Stuttgart zum Ergebnis, dass ein Fall der Entwurfsergänzung nach § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO auch dann gegeben ist, wenn das teilweise ausgefüllte Formular einer Grundschuldbestellung um „wesentliche“ Bestimmungen – hier: Feststellung des Belastungsgegenstandes – ergänzt wird. Auf die rechtliche Bedeutung der vom Notar vorgenommenen Änderungen und Ergänzungen soll es nicht ankommen.

Die nunmehrige Auffassung des OLG Stuttgart würde für die Kostenpraxis zweifellos eine erhebliche Vereinfachung darstellen, da die Beurteilung der Frage, ob kostenrechtlich eine Entwurfsergänzung oder ein Eigenentwurf des Notars vorliegt, nunmehr entbehrlich ist. Nach Ansicht der Prüfungsabteilung der Notarkasse sollte jedoch abgewartet werden, ob die Auffassung des OLG Stuttgart von anderen Kostenobergerichten geteilt und sich in der Kostenrechtsliteratur durchsetzen wird. Der bisherige kostenrechtliche Standpunkt wird daher zunächst beibehalten.

Die Änderung und Ergänzung eines dem Notar vorgelegten Entwurfes einer Grundschuldbestellung ist also dann mit der halben Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 2 KostO zu belegen, wenn der Entwurf bereits vorher für den Rechtsverkehr objektiv tauglich war, d. h. die wesentlichen, auf die Sache bezogenen Angaben darin enthalten sind (Streifzug Rdnr. 257). Enthält in diesem Fall der Entwurf nur formellrechtliche Erklärungen, ist eine  $\frac{1}{4}$ -Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 2, § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO zu erheben (keine Höchstgebühr). Enthält der vorgelegte Entwurf auch schuldrechtliche Erklärungen, fällt eine  $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 2, § 36 Abs. 1 KostO an.

Prüfungsabteilung der Notarkasse

18. KostO § 19 Abs. 4, § 46 Abs. 4 (*Anteiliger Abzug von Verbindlichkeiten bei Kostenprivileg*)

1. **Erbt ein Ehegatte, der im Rahmen eines Ehe- und Erbvertrags mit gegenseitiger Einsetzung zum Alleinerben einen von ihm ununterbrochen geführten landwirtschaftlichen Betrieb in das Gesamtgut eingebracht hat, später den Anteil des anderen Ehegatten am Gesamtgut, ist die Eröffnung der diesbezüglichen Verfügung von Todes wegen ein nach § 19 Abs. 4 KostO privilegiertes Geschäft.**
2. **Es kann im Einzelfall geboten sein, betriebsbezogene Verbindlichkeiten von den Nachlassaktiva lediglich in einem im Verhältnis des Vierfachen des Betriebseinheitswerts zum Verkehrswert des Anwesens herabgesetzten Umfang abzuziehen.**

BayObLG, Beschluss vom 4.9.2002, 3Z BR 131/02 = BayObLGZ 2002 Nr. 48

*Zum Sachverhalt:*

Die am 29.9.2001 verstorbene Erblasserin war mit dem Beteiligten seit 19.2.1988 verheiratet. Die Eheleute haben am 11.3.1988 einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen. Darin haben sie Gütergemeinschaft vereinbart; der Beteiligte hat ein landwirtschaftliches Anwesen in das Gesamtgut eingebracht. Die Ehegatten haben sich gegenseitig als Alleinerben eingesetzt.

Das Amtsgericht eröffnete am 29.10.2001 den Erbvertrag. Durch Beschluss vom 25.2.2002 setzte es den Geschäftswert hierfür auf 539.991,53 DM fest. Mit der hiergegen eingelegten Beschwerde machte der Beteiligte geltend, dass § 19 Abs. 4 KostO angewendet werden müsse.

Das Landgericht hat dem Einwand des Beteiligten Rechnung getragen und am 17.5.2002 den amtsgerichtlichen Beschluss aufgehoben sowie den Geschäftswert auf 54.914,23 EUR festgesetzt.

*Aus den Gründen:*

## II.

(...)

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Überprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) stand.

1. Das Landgericht hat der Ermittlung des Geschäftswerts zutreffend die Vorschriften der § 103 Abs. 1, § 46 Abs. 4 KostO zugrunde gelegt. Da durch den eröffneten Erbvertrag über einen Nachlass insgesamt verfügt wurde, ist danach der Wert des nach Abzug der Verbindlichkeiten verbleibenden reinen Vermögens maßgeblich; Vermächtnisse, Pflichtteilsrechte und Auflagen werden nicht abgezogen. Bei der Bewertung des Vermögens der Verstorbenen hat das Landgericht zu Recht das so genannte Landwirtschaftsprivileg (§ 19 Abs. 4 KostO) angewandt.

a) § 19 Abs. 4 KostO privilegiert Geschäfte, welche die Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs mit Hofstelle oder die Fortführung des Betriebes in sonstiger Weise betreffen, indem er das Vierfache des letzten Einheitswerts als Grundlage der Gebührenberechnung vorsieht. Gesetzgeberisches Ziel ist die Förderung der frühzeitigen Regelung der Hofnachfolge und die Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe (BT-Drs. 11/2342, S. 6). Durch die Fassung „oder die Fortführung des Betriebes in sonstiger Weise betrifft“ wird klargestellt, dass die vorangehende Aufzählung von Überlassungstatbeständen nicht abschließend ist und unter die Regelung im Einzelfall auch solche Geschäfte fallen können, die nur mittelbar der Fortführung des Betriebes dienen (BayObLGZ 1991, 200/202).



Zwar soll § 19 Abs. 4 KostO insbesondere die Hofnachfolge und deren frühzeitige Regelung fördern. Er dient aber auch im Übrigen der Erhaltung landwirtschaftlicher Betriebe in der bäuerlichen Familie. Wie die Erwähnung der Gesamtgutsauseinandersetzung in § 19 Abs. 4 Satz 1 KostO zeigt, wollte der Gesetzgeber Geschäfte aus Anlass der Beendigung der Ehe, die üblicherweise mit einer Gesamtgutsauseinandersetzung verbunden sind, nicht von der Privilegierung ausschließen. Auch sie sind in aller Regel für die Fortführung des Betriebes von erheblicher Bedeutung, zumal sie zu einem Zeitpunkt stattfinden, zu dem die Betriebsführung ohnehin durch den Ausfall eines Familienmitglieds besonders belastet ist. Deshalb kann im Rahmen des § 19 Abs. 4 KostO nicht generell gefordert werden, dass das privilegierte Geschäft einen Generationswechsel zum Gegenstand haben soll. Vielmehr ist die Privilegierung auch auf andere güter- und erbrechtliche Geschäfte zu erstrecken, die im Rahmen des Erhalts und der Fortführung des Betriebes in einer bäuerlichen Familie üblich und erforderlich sind. Demgemäß können auch Eheverträge (z. B. die Vereinbarung einer Gütergemeinschaft) und Scheidungsvereinbarungen, die naturgemäß auch weitere, den landwirtschaftlichen Betrieb nicht betreffende Vermögensvereinbarungen zum Gegenstand haben, unter § 19 Abs. 4 KostO fallen (BayObLGZ 1991, 200/202 m. w. N.), soweit sie die Fortführung des Betriebes regeln und sichern (vgl. auch BT-Drs., a. a. O., S. 8). Dies hat zur Folge, dass auch Ehegatten zum Personenkreis der „Fortführenden“ zählen (*Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 15. Aufl., § 19 Rdnr. 86 und 94; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 19 Rdnr. 55 k; *Göttlich/Mümmeler/Assenmacher/Mathias*, a. a. O., Ziff. 6.9; *Reimann*, MittBayNot 1989, 117/121; *Tiedtke*, Notarkosten im Grundstücksrecht, 1. Aufl., Rdnr. 564). Der Hinweis in der Entschließung des Bundesrats (BT-Drs., a. a. O., S. 9), wonach die Privilegierung eine rechtzeitige Betriebsübergabe auf die nachfolgende Generation ermöglichen soll, stellt lediglich eine äußerst knappe Wiedergabe der gesetzgeberischen Motive dar, die im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden hat und damit einer Auslegung, die Ehegattengeschäfte in das Privileg einbezieht, nicht entgegensteht.

b) Nach diesen Grundsätzen durfte das Landgericht den Ehe- und Erbvertrag, in dem ein Ehegatte seinen landwirtschaftlichen Betrieb in das Gesamtgut eingebracht hat und worin sich beide Ehegatten gegenseitig als Alleinerben eingesetzt haben, und das im Zusammenhang mit dessen Durchführung stehende Geschäft der Eröffnung des Erbvertrags zu Recht in die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO einbeziehen.

Das Landgericht hat den Ehe- und Erbvertrag vom 11.3.1988 zu Recht als der Fortführung des Betriebes dienend angesehen. Es hat zutreffend ausgeführt, dass dem Vertrag der Wille der Eheleute zu entnehmen ist, ihre gleichmäßige Teilhabe am bäuerlichen Betrieb und nach dem Tod eines von ihnen dessen Fortführung durch den Überlebenden zu sichern.

Bei einem Vorversterben des Beteiligten wäre eine Hofnachfolge im eigentlichen Sinne eingetreten, weil dann seine Ehefrau nach einem Zeitabschnitt der Mitberechtigung (§ 1416 Abs. 1 Satz 1 BGB) nach Maßgabe des Erbvertrags Alleineigentümerin des Anwesens und Nachfolgerin in der Betriebsführung geworden wäre; der Erwerb des zweiten Gesamtgutsanteils von Todes wegen hätte einen einheitlichen Überlassungsvorgang abgeschlossen (vgl. BayObLG, RdL 1996, 216; MittBayNot 2002, 127/128; zur gleitenden Hofübergabe allgemein BayObLGZ 1997, 240/242 sowie BayObLG, NJW-RR 2000, 215 und 1999, 224; zur Auseinandersetzung einer Gesamtgutsgemeinschaft vgl. *Göttlich/Mümmeler/Assenmacher/Mathias*, KostO, 14. Aufl., „Grundbesitzwert“ Ziff. 6.3).

Dass die Ehefrau zuerst verstorben ist und der Beteiligte ihren Gesamtgutsanteil geerbt hat, insoweit also ein Heimfall an den ursprünglichen Alleininhaber des landwirtschaftlichen Betriebs stattgefunden hat, ändert nichts an der Zielrichtung der Fortführung des Betriebes. Auch in dieser Fallgestaltung dient die Gesamtregelung dem Erhalt des landwirtschaftlichen Betriebes in der Hand der bäuerlichen Familie zur Fortführung durch den überlebenden Ehegatten.

2. Die Art und Weise, wie das Landgericht die Verbindlichkeiten abgezogen hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

a) Die Frage, in welchem Umfang betriebsbezogene Verbindlichkeiten von den Aktiva eines Nachlasses abzuziehen sind, zu dem ein mit dem Vierfachen seines Einheitswerts bewerteter landwirtschaftlicher oder forstwirtschaftlicher Betrieb gehört, kann dem Wortlaut des § 46 Abs. 4 KostO nicht ohne weiteres entnommen werden.

Ein vollständiger Ausschluss eines solchen Abzugs, wie er bei der Bewertung nach Erbscheinserteilung unter Berufung auf den Wortlaut von § 107 Abs. 2 Satz 1 KostO zum Teil vertreten wird (vgl. OLG Oldenburg, JurBüro 1990, 1187 und Agrarrecht 1993, 116/117), findet im Wortlaut des § 46 Abs. 4 KostO keine Stütze. Umgekehrt können auch die Entscheidungen zur Höfeordnung, wonach kapitalisierte Altenteilsverpflichtungen von dem mit dem Einheitswert bzw. dessen 1/2fachen bewerteten Hofwert grundsätzlich voll abziehbar sind (vgl. BGH, NJW-RR 1986, 1014/1016; OLG Celle, AgrarR 2001, 264), wegen des speziellen Charakters des Verfahrens nach der Höfeordnung und der außerhalb des Kostenrechts liegenden Zielrichtung der einschlägigen Vorschriften nicht ohne weiteres für die hier zu entscheidende Frage herangezogen werden, zumal die Höfeordnung in Bayern nicht gilt.

Die betriebsbezogenen Verbindlichkeiten werden nicht selten das Vierfache des Betriebseinheitswerts übersteigen. Zur Vermeidung eines unangemessen niedrigen Geschäftswerts erscheint es deshalb im Einzelfall geboten, die Verbindlichkeiten nicht in voller Höhe abzuziehen. Dabei bietet es sich an, für den Umfang der Minderung den Maßstab heranzuziehen, der auch für die Privilegierung hinsichtlich des Aktivvermögens, also des Betriebswertes gilt. Die Verbindlichkeiten sind dann in dem Verhältnis zu mindern, das dem Verhältnis des vierfachen Einheitswerts zum Verkehrswert des Anwesens entspricht (vgl. OLG Hamm, AgrarR 1991, 191/192; *Korintenberg/Reimann*, § 46 Rdnr. 34; *Göttlich/Mümmeler/Assenmacher/Mathias*, a. a. O., Ziff. 6.2). Eine solche Handhabung ist jedenfalls dann angemessen, wenn wie hier das landwirtschaftliche Anwesen den wesentlichen Teil des Nachlasses bildet, sein Verkehrswert um ein Mehrfaches höher ist als sein vierfacher Einheitswert und die Verbindlichkeiten zum größten Teil aus Altenteilsverpflichtungen bestehen, deren Bewertung anhand ihrer Grundbucheintragung aufgrund abstrakt-formelhafter Schätzung erfolgte.

b) Das Landgericht ist zutreffend von Nachlassverbindlichkeiten in Höhe von 28.632,34 € ausgegangen. Es durfte hierbei die Annahmen des Kostenbeamten des Amtsgerichts, die dieser im Nachlassverzeichnis niedergelegt hat, zugrunde legen. Dieser hat die auf dem Hof lastenden, aus dem Grundbuch ersichtlichen Rechte wie folgt durch Schätzung und mit nach Erfahrungswerten abstrakt gebildeten Rechenformeln bewertet:

(...)

Nach den oben genannten Grundsätzen durfte das Landgericht nur einen Teil dieser Verbindlichkeiten von den Aktiva abziehen und diesen Teil durch das Verhältnis ermitteln, in dem das Vierfache des Betriebseinheitswerts zum Verkehrswert des Anwesens steht.

## Steuerrecht

19. GrEStG § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1; AO § 41 (*Baulandausweisung als Gegenleistung bei der Grunderwerbsteuer*)

**Weist eine Gemeinde beim Erwerb eines Grundstücks die vom Veräußerer zurückbehaltenen Flächen als Bauland aus, so stellt dies eine zusätzliche, der Grunderwerbsteuer zu unterwerfende Gegenleistung dar. (Leitsatz der Schriftleitung)**

FG München, Urteil vom 22.8.2001, 4 K 3206/01, rkr.

### Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 24.7.1996 (Nachtrag zur notariellen „Rahmenvereinbarung über die Bebauung eines Grundstücks und Kaufvertrag“), erwarb die Klägerin verschiedene insgesamt 2 388 m<sup>2</sup> große Teilflächen aus mehreren Grundstücken zum Kaufpreis von 50 DM/m<sup>2</sup>. Beim Veräußerer verblieben Teilflächen in der Größe von gleichfalls 2 388 m<sup>2</sup>. Alle Flächen liegen im Gebiet eines Bebauungsplans, zu dessen Aufstellung sich die Klägerin in der Vorvereinbarung verpflichtet hatte. Die Erschließungsflächen sowie ca. die Hälfte der bebaubaren Fläche sollten an die Klägerin verkauft werden; für einen Teil der den Verkäufern verbleibenden Fläche war eine Bauverpflichtung vorgesehen. Der Kaufpreis für die von der Klägerin erworbenen Flächen war mit 50 DM vorgesehen. Die Verkäufer waren berechtigt, von der Rahmenvereinbarung samt Vorvertrag zurückzutreten, wenn die Bebaubarkeit nicht innerhalb von fünf Jahren eingetreten sei. Der von der Klägerin aufgestellte Bebauungsplan trat am 27.9.1993 in Kraft. Er wurde 1994 geändert. Eine weitere Änderung erfolgte nach dem Abschluss des streitbefangenen Vertrags.

Mit Bescheid vom 12.12.1996 setzte der Beklagte (das FA) gegen die Klägerin Grunderwerbsteuer in Höhe von 11.940 DM fest. Neben dem ausgewiesenen Kaufpreis i. H. v. 119.400 DM bezog es in die Grunderwerbsteuerrechtliche Bemessungsgrundlage als zusätzliche Gegenleistung auch die Wertsteigerung ein, die die beim Veräußerer verbliebenen Flächen durch die Baulandausweisung erfahren hatten (250 DM ./ 50 DM = 200 DM × 2 388 m<sup>2</sup> = 477.600 DM).

### Aus den Gründen:

Die Klage ist nicht begründet. (...)

Das FA hat zu Recht die durch den Bebauungsplan eingetretene Wertsteigerung der bei dem Veräußerer verbliebenen Teilfläche als Gegenleistung i. S. der §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG angesehen.

Die Ausweisung von Bauland war ausdrückliche Geschäftsgrundlage für den Verkauf der Teilflächen an die Klägerin. Beide Vorgänge waren, wie sich aus der Rahmenvereinbarung mit Kaufvorvertrag eindeutig ergibt, kausal miteinander im Sinne eines Austauschverhältnisses verknüpft. Ohne die versprochene und dann auch tatsächlich erfolgte Baulandausweisung hätten – wie auch das Rücktrittsrecht zeigt – die Veräußerer der Klägerin die streitbefangenen Grundstücke nicht übertragen.

Der kausale Zusammenhang zwischen der Rahmenvereinbarung, der Aufstellung des Bebauungsplans und dem Erwerb der streitbefangenen Grundstücke durch die Klägerin wird auch durch den vorliegenden Zeitablauf nicht unterbrochen, da letztlich die Rahmenvereinbarung mit Kaufvorvertrag tatsächlich und planmäßig vollzogen worden ist.

Auch wenn die Klägerin eine Verpflichtung zur Baurechtsausweisung als hoheitliche Maßnahme möglicherweise nicht rechtswirksam eingehen konnte, ändert dies nichts an der Beurteilung, da nach § 41 Abs. 1 AO die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts für die Besteuerung unerheblich sei, soweit

und solange die Beteiligten das wirtschaftliche Ergebnis gleichwohl eintreten und bestehen lassen.

Aufgrund der Ausgestaltung der streitbefangenen Verträge ist ein echtes Austauschverhältnis gegeben, bei dem auf Seiten des Veräußerers der Grundabtretung als Gegenleistung der Klägerin der mit der Baurechtsausweisung verbundene Wertzuwachs der verbleibenden Flächen gegenübersteht. Ein Ansatz nur der Kosten der Aufstellung des Bebauungsplans oder der Kosten der Erschließungsmaßnahmen (wie von der Klägerin angeregt) kommt deshalb nicht in Betracht. Obwohl die Wertsteigerung bei den Veräußerern eingetreten ist, kommt aufgrund der eindeutigen Regelung des GrEStG eine gesonderte steuerliche Erfassung bei diesen nicht in Betracht. Nach dem Wortlaut des Vertrags vom 24.7.1996 (...) hat die Klägerin die Grunderwerbsteuer zu tragen, die nach der von ihr zu erbringenden bzw. erbrachten Gegenleistung zu berechnen war. Der Senat vermochte auch nicht zu erkennen, dass die als Gegenleistung anzusetzende Wertsteigerung der den Verkäufern verbliebenen Flächen durch die zum Teil vereinbarte Bauverpflichtung gemindert worden wäre.

Der Senat hält die in der den Beteiligten bekannten OFD-Verfügung vom 3.5.1999 S. 4520 – 3/3 SV 352, GrESt-Kartei 1/81 C Karte 3 vertretene Auffassung, die mit der vom Senat in einem früheren ähnlich gelagerten Fall geäußerten Meinung übereinstimmt, weiterhin für zutreffend.

### Anmerkung:

1. Nach § 8 Abs. 1 GrEStG bemisst sich die Steuer nach dem Wert der Gegenleistung. Zur Gegenleistung gehört jede Leistung, die der Erwerber als Entgelt für den Erwerb des Grundstücks gewährt oder die der Veräußerer als Entgelt für die Veräußerung des Grundstücks empfängt.<sup>1</sup> Gegenleistung im Sinn des Grunderwerbsteuergesetzes ist hierbei jede geldwerte Leistung, d. h. Geld-, Sach-, Dienst-, oder sonstige Leistung. Zur Gegenleistung gehören gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG auch Leistungen, die der Erwerber des Grundstücks dem Veräußerer neben der beim Erwerbvorgang vereinbarten Gegenleistung zusätzlich gewährt, sofern sie mit dem Erwerbvorgang in kausalem Zusammenhang stehen.<sup>2</sup> Es ist folglich eine kausale Verknüpfung zwischen Grundstückserwerb und Gegenleistung erforderlich. Abgrenzungskriterium ist die Frage, ob der Erwerber das zusätzliche Entgelt für den Erwerb des gekauften Grundstücks aufzuwenden hat. Es muss sich um vertragsobjektbezogene Gegenleistungen handeln. Gegenleistungen für sonstige Dienstleistungen des Verkäufers sind dagegen Grunderwerbsteuerfrei. Es ist ferner zu differenzieren zwischen Verpflichtungen, die den rechtlichen oder tatsächlichen Zustand des verkauften Grundstücks betreffen, und sonstigen Verpflichtungen, die nicht den Grundstückszustand betreffen. Zahlt der Erwerber ein Entgelt dafür, dass der Veräußerer das Grundstück in einem bestimmten tatsächlichen Zustand übereignet, stellt dies eine Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks dar. Wird etwa für Bauleistungen oder sonstige Veränderungen des Vertragsobjektes (z. B. Abbruch vorhandener Gebäude oder Abholzungen) eine zusätzliche Entschädigung geleistet, so ist die Entschädigung Teil der Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung, da der Erwerber das gebäudefreie bzw. abgeholzte (und dementsprechend wertvollere) Grundstück kauft.

<sup>1</sup> Vgl. Pahlke/Franz, GrEStG, § 8 Rdnr. 4 m. w. N.; BFH, BStBl II 1989, 466; Hofmann, GrEStG, § 8 Rdnr. 3; Gottwald, Grunderwerbsteuer, S. 138.

<sup>2</sup> Vgl. Pahlke/Franz, § 8 Rdnr. 4.

Entsprechendes gilt für eine Entschädigung, welche der Käufer für eine noch vom Verkäufer durchzuführende Dekontaminierung bezahlt. Die Entschädigung ist Teil der Gegenleistung für das (wertvollere) dekontaminierte Grundstück (Vertragsobjekt) und erhöht somit die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer. Auch Veränderungen auf einem (z. B. dem Verkäufer gehörenden) Nachbargrundstück, die mittelbar den tatsächlichen Zustand des Kaufgrundstücks verändern, z. B. zum Wegfall von Emissionen führen oder für eine bessere Aussicht sorgen, sind vertragsobjektbezogene Leistungen. Ein gesondert ausgewiesenes Entgelt, welches für eine bestimmte Eigenschaft des Vertragsobjektes (gute Lage, freie Aussicht usw.) gezahlt wird, erhöht somit ebenfalls die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer.

Anders verhält es sich dagegen mit solchen Verpflichtungen, die nicht den Grundstückszustand des verkauften Objektes betreffen. Verpflichtet sich der Veräußerer zu derartigen weiteren (Dienst-)Leistungen, die nicht den Grundstückszustand des Vertragsobjektes betreffen, so ist das dafür gezahlte Entgelt keine Gegenleistung im Sinne des Grunderwerbsteuergesetzes. Ausnahmsweise erlangen solche Gegenleistungen Grunderwerbsteuerrechtliche Relevanz, wenn entweder wegen Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung oder wegen Nutzlosigkeit der Leistung für den Erwerber angenommen werden muss, dass das Entgelt ganz oder teilweise eine verdeckte Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks darstellt.

Ein Extrembeispiel mag dies verdeutlichen: Wenn etwa der Verkäufer eines Grundstücks ein Friseurgeschäft besitzt und nur unter der Bedingung zum Verkauf bereit ist, dass der Erwerber sich in den nächsten 20 Jahren vom Verkäufer die Haare schneiden lässt, so ist das für die Friseurleistung geschuldete Entgelt kein Teil der Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung. Vielmehr handelt es sich um eine sonstige, nicht den Grundstückszustand des verkauften Vertragsobjektes betreffende Leistung; obwohl die Verpflichtung des Käufers zur Inanspruchnahme der Friseurleistung kausal für den Abschluss des Grundstückskaufvertrages ist, zählt das hierfür an den Verkäufer zusätzlich zu erbringende Entgelt nicht zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage.

Etwas anderes würde nur gelten, wenn das Entgelt für das Haarschneiden unausgewogen hoch wäre; in diesem Fall würde das Finanzamt unterstellen, dass eine verdeckte Gegenleistung für den Grundstückserwerb vorliegen könnte. Entsprechendes würde gelten, wenn der Erwerber eine Glatze hätte und infolgedessen die Inanspruchnahme der Friseurleistungen für ihn sinnlos wäre (so genannter nutzloser Aufwand). Auch in diesem Fall würde das Finanzamt eine verdeckte Gegenleistung für den Grundstückserwerb unterstellen und folglich die Grunderwerbsteuer entsprechend höher bemessen.

Die gleichen Grundsätze gelten beispielsweise für ein Entgelt, welches für die Übergabe von Bauplänen gezahlt wird. Der entgeltliche Erwerb der Baupläne unterliegt deshalb regelmäßig nicht der Grunderwerbsteuer; dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Baupläne zusammen mit einem Grundstück erworben werden, welches Gegenstand der Planung ist.<sup>3</sup> Die Beplanung eines Grundstücks verändert dessen Zustand nicht. Es wird lediglich eine Werk- und Dienstleistung weitergegeben. Anders verhält es sich dagegen bei einem so genannten einheitlichen Vertragswerk, d. h. wenn Grundstücksveräußerer und Architekt zielgerichtet zusammenwirken.<sup>4</sup>

In allen Fällen, in denen sich nach dem vorstehend Gesagten die Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage nicht erhöht, wird gleichwohl der Verkauf des Grundstücks vom Verkäufer von der Eingehung dieser weiteren Verpflichtungen durch den Käufer (Bezahlung des Haarschneidens, der Baupläne usw.) abhängig gemacht.

2. Übertragen auf den zu besprechenden Fall des Finanzgerichts München zeigt dies Folgendes: Es ist nicht ausreichend, wenn das Finanzgericht München lediglich darauf abstellt, dass der Verkäufer nur bereit war, die Grundstücke an die Klägerin zu verkaufen, wenn diese im Gegenzug auch hinsichtlich der beim Verkäufer verbliebenen Restflächen durch die Aufstellung eines Bebauungsplanes eine entsprechende Wertsteigerung herbeiführen würde. Vielmehr handelt es sich auch in diesem Fall um eine Verpflichtung, die nicht den rechtlichen oder tatsächlichen Zustand des Vertragsobjektes (verkaufte Teilfläche) betraf. Auch mittelbar hatte die zusätzliche Ausweisung des Bebauungsplans für die vom Verkäufer zurückbehaltene Restfläche keine weitere Auswirkung auf den tatsächlichen oder rechtlichen Zustand des Vertragsobjektes. Diese zusätzliche Verpflichtung betraf vielmehr lediglich den rechtlichen und tatsächlichen Zustand der zurückgehaltenen Restfläche. Demzufolge ist der vorliegenden Entscheidung nicht zuzustimmen.

Erschwerend hinzu kommt, dass sich der Käufer nicht einmal wirksam zur Aufstellung eines Bebauungsplanes verpflichten konnte. Vielmehr handelt es sich bei der Planungstätigkeit der Gemeinde um eine öffentlich-rechtliche Aufgabe, welche nach § 1 Abs. 3 BauGB nicht zum Gegenstand einer zivilrechtlichen Verpflichtung gemacht werden kann. Sofern ein Planungsbedürfnis besteht, muss die Gemeinde ihrer Planungsaufgabe vielmehr nachkommen. Die bloße Ausübung des planerischen Ermessens durch die Gemeinde kann somit keinesfalls der Grunderwerbsteuer unterworfen werden. Einer der vorbezeichneten Ausnahmefälle (unausgewogen hohe Gegenleistung oder nutzloser Aufwand) lag ebenfalls nicht vor, so dass meines Erachtens als Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage lediglich der Kaufpreis hätte angesetzt werden dürfen, der an den Verkäufer zu zahlen war.

Solange der BFH jedoch nicht endgültig über diese Frage entschieden hat, stellt sich natürlich in Anbetracht des Urteils des Finanzgerichts München die Frage, wie sich die Gemeinden beim Erwerb von Grundstücken in vergleichbaren Konstellationen verhalten sollen, um nicht entsprechend hohe Grunderwerbsteuerbescheide zu erhalten. Wichtig ist, dass die Baulandausweisung hinsichtlich der beim Verkäufer verbliebenen Flächen nicht als zusätzliche Gegenleistung für den Erwerb der verkauften Grundstücke angesehen werden kann. Insofern ist von Rahmenverträgen abzuraten; außerdem sollte der Gemeinderatsbeschluss zur Ausweisung eines entsprechenden Baugebietes erst zeitlich in ausreichendem Abstand nach dem Erwerb der Grundstücke erfolgen, d. h. in Ausübung eines eigenständigen Planungsermessens der Gemeinde.

Es bleibt jedoch zu hoffen, dass der BFH das Urteil des Finanzgerichts München aufhebt und infolgedessen wieder eine gewisse Rechtssicherheit eintritt.<sup>5</sup>

Notar Dr. Stefan Gottwald, Pappenheim

<sup>3</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 9.11.1999, 11 R 54/98, BStBl 2000, S. 143.

<sup>4</sup> Vgl. BFH, BStBl 2000, S. 143; Hofmann, § 8 Rdnr. 16; Gottwald, MittBayNot 2002, S. 221.

<sup>5</sup> BFH-Richter (und Boruttau-Kommentator) Viskorf hat anlässlich einer DAI-Veranstaltung zur Grunderwerbsteuer am 28.2.2003 in Dortmund das Urteil des FG München äußerst scharf kritisiert, so dass in der Tat davon auszugehen ist, dass der BFH das Urteil aufheben wird.

20. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1 (*Schenkungsteuer auf Gleichstellungsgeld als Forderungsschenkung*)

**Wird ein Grundstück schenkungsweise übertragen und verpflichtet sich der Beschenkte dabei, an einen Dritten ein sog. Gleichstellungsgeld zu zahlen, liegt bezüglich des Grundstücks eine gemischte Schenkung zugunsten des Beschenkten und bezüglich des Gleichstellungsgeldes eine Forderungsschenkung zugunsten des Dritten vor.**

BFH, Urteil vom 23.10.2002, II R 71/00

*Zum Sachverhalt:*

Die Kläger sind Brüder und waren die Neffen der Frau S. Diese war Eigentümerin zweier Grundstücke, eines am X-Weg mit einem erhöhten Einheitswert von 28.880 DM und einem Verkehrswert von 800.000 DM, in dem sie gemeinsam mit dem Kläger zu 1 eine Arztpraxis betrieb, eines am Y-Weg mit einem erhöhten Einheitswert von 231.700 DM und einem Verkehrswert von 716.000 DM. Mit notariell beurkundetem Übertragungsvertrag vom 14.12.1994 übertrug S das Grundstück am X-Weg unter Vorbehalt eines lebenslänglichen Nießbrauchs auf den Kläger zu 1. Dieser verpflichtete sich, an den Bruder ein Gleichstellungsgeld von 400.000 DM in Jahresraten von 50.000 DM beginnend mit Ablauf des 31.12.1995 zu zahlen. Der jeweils noch geschuldete Betrag war mit jährlich 5,5 v. H. zu verzinsen. Mit notariell beurkundetem gleich lautendem Vertrag vom 7.2.1995 übertrug sie das andere Grundstück auf den Kläger zu 2 mit der Maßgabe, dass dieser das Gleichstellungsgeld an den Kläger zu 1 zu zahlen hatte. Am 14.12.1994 hatten die Kläger jeweils mit ihren Ehefrauen in notariell beurkundeter Form vereinbart, dass hinsichtlich der Grundstücke im Falle einer Scheidung kein Zugewinnausgleich stattfinden solle und sie im Todesfälle nur den gemeinsamen Kindern zukommen sollten.

Das beklagte Finanzamt sah in der Übertragung der Grundstücke gegen Zahlung eines Gleichstellungsgeldes jeweils eine als gemischte Schenkung zu behandelnde Schenkung unter Leistungsaufgabe und in der Begünstigung durch die Leistungsaufgabe jeweils eine ebenfalls durch S bewirkte weitere Schenkung gegenüber dem jeweils nicht am Vertragsabschluss beteiligten Bruder. Durch geänderte Bescheide vom 15.8.1996 setzte es die Erbschaftsteuer gegen den Kläger zu 1 auf 118.874 DM und gegen den Kläger zu 2 auf 117.477 DM fest, wovon es einen Teilbetrag von 3.528 DM bzw. 3.307 DM gemäß § 25 Abs. 1 des Erbschaftsteuergesetzes (ErbStG) wegen des Nießbrauchs der mittlerweile verstorbenen S stundete. In der Bemessungsgrundlage von 495.228 DM bzw. 489.556 DM vor Abzug des Freibetrages war die gemischte Schenkung unter Berücksichtigung von Erwerbsnebenkosten von 9.212 DM bzw. 12.694 DM mit 95.228 DM bzw. 89.556 DM enthalten.

Dagegen wandten die Kläger ein, die Verträge vom 14.12.1994 und vom 7.2.1995 seien im Zusammenhang zu sehen. Dabei ergebe sich, dass sie den an sich dem jeweiligen Bruder zustehenden hälftigen Miteigentumsanteil an dem übertragenen Grundstück diesem durch Zahlung des Gleichstellungsgeldes abgekauft hätten. Daher habe S den Klägern jeweils einen hälftigen Miteigentumsanteil an einem Grundstück geschenkt. Dabei habe es sich um reine Schenkungen gehandelt. Im Übrigen seien nur Tatbestände des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) erfüllt. Einspruch und Klage blieben jedoch erfolglos.

Das Finanzgericht (FG) war der Ansicht, S habe den Klägern nicht lediglich einen Miteigentumsanteil an dem jeweiligen Grundstück übertragen, sondern das Alleineigentum. Kaufverträge zwischen den Klägern über Miteigentumsanteile an den Grundstücken lägen nicht vor. Der Kläger zu 2 sei ebenso wenig Partner des Übertragungsvertrages vom 14.12.1994 gewesen, wie der Kläger zu 1 nicht am Vertrag vom 7.2.1995 beteiligt gewesen sei. Daran änderten die jeweiligen Verträge zwischen den Klägern und ihren Ehefrauen nichts. S habe sich nach Abschluss des Übertragungsvertrages mit dem Kläger zu 1 noch offen gehalten, ob sie das andere Grundstück ebenfalls aus der Hand geben werde. Wäre S bereits damals verstorben, hätte der Kläger zu 2 keinerlei vertragliche Ansprüche auf den Grundbesitz der S gehabt. Die Verträge der S mit den Klägern stellten aus der Sicht des jeweils nicht beteiligten Bruders Verträge zu Gunsten Dritter mit ihm als Dritten dar. Schenkungsteuerrechtlich liege darin eine Geldschenkung der S an den jeweils begünstigten Bruder.

Mit der Revision machen die Kläger geltend, das FG habe den ihm unterbreiteten Sachverhalt nicht vollständig erfasst und zu Unrecht den Beschluss des Großen Senats des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 5.7.1990, GrS 4-6/89 (BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847) für nicht einschlägig gehalten. Außerdem habe das FG den Sachverhalt nicht der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise unterzogen. Der Sachverhalt sei nur dann zutreffend zu erfassen, wenn die Verträge der Kläger mit ihren Ehefrauen einbezogen werden. Sie seien in Gegenwart der S geschlossen worden, und zwar vor den Übertragungsverträgen. Ohne die Eheverträge wäre es zu den Übertragungsverträgen nicht gekommen. Die Verträge bedingten einander, wenn die Verpflichtung zur Zahlung der Gleichstellungsgelder zeige. Keiner der Kläger hätte das Gleichstellungsgeld aufbringen können; sie seien vielmehr auf die Aufrechnungsmöglichkeit angewiesen gewesen. Bei Würdigung dieser Umstände ergebe sich die Anwendbarkeit der Entscheidung des BFH in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847. Die Entscheidung sei über die Einkommensteuer hinaus auch für andere Steuerarten von Bedeutung.

*Aus den Gründen:*

(...)

II. Die Revision ist unbegründet. Das FG ist zu Recht dem FA darin gefolgt, dass S den Klägern die Grundstücke jeweils durch eine als gemischte Schenkung zu besteuernde Zuwendung zu Alleineigentum übertragen und zusätzlich durch die Verpflichtung, dem jeweiligen Bruder ein Gleichstellungsgeld zu zahlen, eine weitere freigebige Zuwendung an den dadurch jeweils Begünstigten bewirkt hat. Gegenstand dieser weiteren Zuwendungen ist der jeweils für den Bruder begründete Anspruch auf dieses Geld.

1. Durch die von S als Vertragspartnerin mit den Klägern abgeschlossenen, notariell beurkundeten Verträge vom 14.12.1994 und 7.2.1995 ist den Klägern das jeweilige vertragsgegenständliche Grundstück zu Alleineigentum übertragen worden. Deren dabei eingegangene Verpflichtung, ein Gleichstellungsgeld zu zahlen, ändert daran nichts. Zu Unrecht machen die Kläger demgegenüber geltend, es sei zu unterstellen, dass die Geschwister zunächst Mithberechtigte geworden seien und ihren Anteil zum Gleichstellungsbetrag an den Vermögensübernehmer veräußert hätten. Dies ist zwar früher vom Reichsfinanzhof zur Einkommensteuer vertreten worden (vgl. dazu die Nachweise im BFH-Beschluss in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847, unter C. I. 2.); der BFH ist davon jedoch in dem Beschluss des Großen Senats in BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847 ausdrücklich abgerückt. Im Übrigen wäre eine derartige ertragsteuerrechtliche Beurteilung schenkungsteuerrechtlich unbeachtlich.

Zu Unrecht berufen sich die Kläger weiter auf den Beschluss des Großen Senats des BFH vom 5.7.1990, GrS 2/89 (BFHE 161, 232, BStBl II 1990, 837), wonach im Einkommensteuerrecht grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die Erbauseinandersetzung dem Erbfall als selbstständiger Rechtsvorgang nachfolgt und mit diesem keine rechtliche Einheit bildet. Diese in bewusster Übereinstimmung mit dem Zivilrecht getroffene Aussage bezieht sich auf den mit dem Streitfall nicht vergleichbaren Sachverhalt, dass sich Miterben – also Personen, die am Nachlassvermögen rechtlich und nicht nur wirtschaftlich oder „kraft Unterstellung“ beteiligt sind – auseinander setzen. Im Streitfall aber stehen den Klägern Rechte nur an dem jeweils auf sie übertragenen Grundstück und nicht an dem Grundstück zu, das der jeweils andere erhalten hat.

2. Das FA, und ihm folgend das FG, hat die Übertragung der Grundstücke auf die Kläger zu Alleineigentum auch jeweils zutreffend als gemischte Schenkung behandelt und den die Gegenleistung übersteigenden Wert der (gemischt) freigebigen Zuwendung jeweils zutreffend bestimmt. Schenkung-

steuerrechtlich ist eine Vermögenübertragung, die mit der Verpflichtung des Übernehmers verbunden ist, anderen ein Gleichstellungsgeld zu zahlen, als gemischte Schenkung zu beurteilen, und zwar unabhängig davon, ob auch zivilrechtlich eine gemischte Schenkung oder eine Schenkung unter Auflage (§ 525 des Bürgerlichen Gesetzbuches) vorliegt (BFH-Urteil vom 12.4.1989, II R 37/87, BFHE 156, 244, BStBl II 1989, 524). Soweit die Gleichstellungsgelder hinter dem Wert des übertragenen Vermögens zurückbleiben, führen sie zu gemischten Schenkungen, deren schenkungsteuerrechtlich relevanter Wert gemäß den Entscheidungen des BFH vom 14.7.1982, II R 125/79 (BFHE 136, 303, BStBl II 1982, 714) sowie vom 14.12.1995, II R 18/93 (BFHE 179, 431, BStBl II 1996, 243, unter II. 2. b) nach dem Verhältnis des Verkehrswerts der Bereicherung des Beschenkten zum Verkehrswert der Leistung des Schenkers zu berechnen ist. Danach sind FA und FG im Streitfall verfahren.

3. Die Übertragung der Grundstücke auf die Kläger jeweils zu Alleineigentum in Verbindung mit der Verpflichtung, dem Bruder ein Gleichstellungsgeld zu zahlen, stellt nicht nur eine (gemischt) freigebige Zuwendung des Grundstücks an den jeweiligen neuen Alleineigentümer dar, sondern jeweils zusätzlich gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG die freigebige Zuwendung einer Geldforderung zu Gunsten des Bruders, der das Gleichstellungsgeld erhalten soll. Zivilrechtlich stellen die beiden Verträge vom 14.12.1994 und 7.2.1995 wegen des jeweils dem Bruder zu zahlenden Gleichstellungsgeldes nämlich Verträge zu Gunsten Dritter gemäß § 328 BGB dar, wobei an dem Deckungsverhältnis S als Versprechensempfänger sowie der das Grundstück erhaltende Kläger als Versprechender und an dem Valutaverhältnis S sowie der mit dem Gleichstellungsgeld abzufindende Bruder als begünstigter Dritter beteiligt sind. Der begünstigte Bruder erwirbt dabei gemäß der Auslegungsregel des § 330 Satz 2 BGB unmittelbar das Recht, das Gleichstellungsgeld vom Versprechenden zu fordern. Das Recht ist nach dem jeweiligen Übertragungsvertrag frei verfügbar. Dieses Forderungsrecht – und nicht erst das zu seiner Erfüllung gezahlte Gleichstellungsgeld – ist Gegenstand der weiteren mit den Übertragungsverträgen jeweils zu Gunsten des Bruders bewirkten Schenkungen gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, die bereits mit Abschluss der Verträge i. S. des § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ausgeführt sind (vgl. BFH-Urteil vom 22.10.1980, II R 73/77, BFHE 131, 536, BStBl II 1981, 78; kritisch *Meincke*, Erbschaftsteuergesetz, 13. Aufl. 2002, § 9 Anm. 51 – dazu aber wiederum § 7 Anm. 95). Dass die Gleichstellungsgelder nach den Verträgen in Teilbeträgen erst zu späteren Zeitpunkten fällig geworden sind, steht der Ausführung der Forderungsschenkung mit Vertragsabschluss nicht entgegen.

4. Auf die hier vertretene Beurteilung der Übertragungsverträge vom 14.12.1994 und 7.2.1995 haben die Verträge der Kläger mit ihren Ehefrauen keinen Einfluss. Trotz eines gewissen Widerspruchs im klägerischen Vortrag, was den Bindungswillen der S bezüglich des Grundstücks Y-Weg bereits am 14.12.1994 anbelangt, mag eine umfassend angelegte Vermögensübertragung auf die Erbengeneration beabsichtigt gewesen sein; schenkungsteuerrechtlich relevant sind aber nicht Absichten, sondern ist in den Grenzen des § 42 der Abgabenordnung (AO 1977) der zivilrechtliche eingeschlagene Weg. Dies gilt auch dann, wenn die Auswahl unter mehreren möglichen Wegen nicht unter schenkungsteuerrechtlichen, sondern ertragsteuerrechtlichen Gesichtspunkten getroffen worden ist.

21. EStG §§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, § 9 a Satz 1 Nr. 2 Satz 2 (*Steuerliche Absetzbarkeit von Notargebühren*)

**Notargebühren zur Besicherung eines Darlehens sind Schuldzinsen i. S. von § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, § 9 a Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG**

BFH, Urteil vom 1.10.2002, IX R 72/99

*Zum Sachverhalt:*

Die Klägerin ist Eigentümerin eines zu Wohnzwecken vermieteten Reihenhauses. 1997 (Streitjahr) bestellte sie zur Besicherung eines Darlehens, das der Finanzierung des Reihenhauses diente, eine Grundschuld an dem Grundstück. Für die Grundschuldbestellung fielen Notargebühren in Höhe von 699,20 DM an, die die Klägerin im Rahmen ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr neben dem Pauschbetrag des § 9 a Satz 1 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes i. d. F. der Bekanntmachung vom 16.4.1997 (BGBl I, 821) in Höhe von 42 DM pro Quadratmeter Wohnfläche als Werbungskosten ansetzte.

Das FA ließ die Notargebühren nicht neben diesem Pauschbetrag zum Abzug zu, weil sie keine Schuldzinsen i. S. des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG seien.

Das FG gab der hiergegen gerichteten Klage statt. Es vertrat in seinem in EFG 2000, 116 veröffentlichten Urteil die Auffassung, dass zu den Schuldzinsen i. S. des § 9 a Satz 1 Nr. 2 Satz 2 i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG auch Notargebühren als Nebenkosten der Geldbeschaffung zählten. Der gegenteiligen Auffassung des BMF für § 9 a Satz 1 Nr. 2 EStG 1997, die im Schreiben vom 23.9.1997 (BStBl I 1997, 895, unter 3.) dargelegt ist, sei nicht zu folgen.

*Aus den Gründen:*

(...)

II. (...) Das FG hat zu Recht die Notargebühren als Schuldzinsen neben dem Werbungskostenpauschbetrag des § 9 a Satz 1 Nr. 2 EStG berücksichtigt.

1. Nach § 9 a Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG 1997 konnten im Streitjahr im Falle der Vermietung von Gebäuden zu Wohnzwecken neben einem Pauschbetrag von 42 DM pro Quadratmeter Wohnfläche die nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG abziehbaren Schuldzinsen, die Absetzungen für Abnutzung und Substanzverringerung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen abgezogen werden. Durch diese Eingrenzung wird aus § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG, der lediglich beispielhaft einen Anwendungsfall der allgemeinen Werbungskostendefinition des § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG aufzählt (BFH, Urteil vom 9.2.1994, IX R 110/90, BFHE 175, 212, BStBl II 1995, 47), eine Norm, die über die Abzugsfähigkeit von durch die Einkünfteerzielung veranlassten Aufwendungen neben dem Pauschbetrag entscheidet.

Zu Recht ist das FG davon ausgegangen, dass der Begriff der Schuldzinsen in § 9 a Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG 1997 ebenso wie in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG auszulegen ist (vgl. BFH, Urteil vom 1.10.2002, IX R 12/00).

2. Notargebühren können nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, § 9 a Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG abziehbare Schuldzinsen sein.

a) Schuldzinsen sind alle Aufwendungen zur Erlangung wie Sicherung eines Kredits (BFH, Urteil vom 29.10.1985, IX R 56/82, BFHE 145, 52, BStBl II 1986, 143). Der Begriff ist weit auszulegen. Zu den Schuldzinsen gehören auch die Nebenkosten der Darlehensaufnahme (BFH, Urteil vom 7.11.1989, IX R 190/85, BFHE 159, 439, BStBl II 1990, 460, unter 2.) und sonstige Kreditkosten (u. a. BFH, Urteil vom 27.10.1998, IX R 44/95, BFHE 187, 276, BStBl II 1999, 676) einschließlich der Geldbeschaffungskosten. Die Zweckbestimmung der Aufwendung, ein Darlehen zu erlangen oder zu sichern, ist im Rahmen des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG das

maßgebliche Kriterium zur Definition des Begriffs der Schuldzinsen. Die Abziehbarkeit einer einmaligen Sondervergütung kann nicht davon abhängig sein, ob sie dem Geldgeber oder einer zwischengeschalteten dritten Person zufließt (vgl. BFH, Urteil vom 24.4.1959, VI 19/57 U, BFHE 68, 619, BStBl III 1959, 236). Denn dieser Umstand ist für die eintretende Minderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen unerheblich. Diese Auslegung entspricht auch dem Zweck des § 9 a Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG 1997. Ist die Herausnahme der dort genannten Werbungskosten aus der Pauschalierung dadurch zu rechtfertigen, dass sich die dort genannten Kosten einer am Durchschnittsfall orientierten, sachgerechten Pauschalierung entziehen (vgl. *Risthaus*, BB 1997, 494, 500; *Prinz* in Herrmann/Heuer/Raupach – HHR –, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, § 9 a EStG Anm. 48; v. *Bornhaupt* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 9 a Rdnr. B 35), so gilt dies für alle diese Aufwendungen, gleich an wen sie gezahlt werden. Denn Grund und Höhe dieser Aufwendungen folgen aus Art und Umfang der Fremdfinanzierung.

Der Begriff der Schuldzinsen umfasst daher auch Notargebühren zur Besicherung eines Darlehens (so v. *Bornhaupt*, a. a. O., § 9 a Rdnr. B 61 und § 9 Rdnr. C 15; *Schmidt/Drenseck*, Einkommensteuergesetz, 21. Aufl. 2002, § 9 a Rdnr. 6; *Risthaus*, BB 1997, 494, 502 f.; v. *Beckerath* in Kirchhof, Einkommensteuergesetz, 2. Aufl. 2002, § 9 Rdnr. 102; *Schmitz* in HHR, § 9 EStG Anm. 360 und 385, Stichwort: Geldbeschaffungskosten; *Gericke* in Bordewin/Brandt, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, § 9 Rdnr. 97; BMF vom 31.12.1994, IV B 3 – S 2225a – 294/94, BStBl I 1994, 887 Tz. 109 zu § 10 e Abs. 6 a EStG; a. A. *Urban*, Finanz-Rundschau 1996, 1, 7; BMF, BStBl I 1997, 895 unter 3.; im Ergebnis auch BMF vom 22.5.2000 – IV C 2 – S 2144 – 60/00, BStBl I 2000, 588 Tz. 22, dort zu § 4 Abs. 4 a EStG; *Prinz* in HHR, § 9 a EStG Anm. 48).

b) Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG sind Schuldzinsen als Werbungskosten abziehbar, soweit sie mit einer Einkunftsart des § 2 Abs. 1 Nr. 4 bis 7 EStG in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn mit dem den Schuldzinsen zugrunde liegenden Darlehen die Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines der Einkünfteerzielung dienenden Gebäudes oder Gebäudeteils finanziert werden (vgl. BFH-Urteile in BFHE 187, 276, BStBl II 1999, 676, und vom 23.10.2001, IX R 65/99, BFH/NV 2002, 341).

3. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze sind die Notargebühren im Streitfall abziehbar. Nach den Feststellungen des FG steht fest, dass die Notargebühren durch die Einkünfteerzielung aus Vermietung und Verpachtung veranlasst sind. Die Grundschuld, für deren Bestellung die Gebühren angefallen sind, dient der Besicherung des Darlehens, mit dem die Klägerin den Erwerb des vermieteten Hauses finanziert hat.

22. GrEStG 1983 § 1 Abs. 3 Nrn. 3 und 4 (*Grunderwerbsteuerbarkeit einer Anteilsübertragung zwischen personenidentischen Gesellschaften*)

**Es steht der Steuerbarkeit einer Anteilsübertragung nach § 1 Abs. 3 Nrn. 3 und 4 GrEStG 1983 nicht entgegen, dass die die Anteile übertragende Gesellschaft und die die Anteile erwerbende Gesellschaft denselben Alleingesellschafter haben.**

BFH, Urteil vom 15.1.2003, II R 50/00

#### Zum Sachverhalt:

Die A-AG ist Alleingesellschafterin sowohl der Klägerin, einer GmbH, als auch der B-GmbH. Die B-GmbH hielt alle Anteile an der C-GmbH. Die C-GmbH ist Eigentümerin inländischer Grundstücke. Durch Vertrag vom 17.12.1993 verpflichtete sich die B-GmbH, ihre gesamte Beteiligung an der C-GmbH auf die Klägerin zu übertragen.

Für diesen Vorgang setzte der Beklagte, das Finanzamt, durch Bescheid vom 1.12.1994 gegen die Klägerin Grunderwerbsteuer fest. Nach Auffassung des FA war der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 3 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) 1983 (in der für den Streitfall maßgebenden Fassung) erfüllt. Die Steuer ist nach den um 40 v. H. erhöhten Einheitswerten der Grundstücke bemessen.

Mit der dagegen gerichteten Klage wurde geltend gemacht, der Vertrag vom 17.12.1993 sei kein der Grunderwerbsteuer unterliegender Rechtsvorgang. Aufgrund teleologischer Reduktion des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG 1983 könne nach bereits existierender Anteilsvereinbarung eine nachfolgende grunderwerbsteuerbare Anteilsübertragung nicht angenommen werden, da die grunderwerbsteuerrechtliche Zuordnung des Grundstücks der Enkelgesellschaft zur Konzernspitze sich durch die Verschiebung auf der Ebene der Tochtergesellschaften nicht verändert habe.

Das FG hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG 1983 sei erfüllt. Die Anteilsvereinbarung in der Hand einer Konzernspitze hindere nicht die Entstehung von Grunderwerbsteuer, wenn innerhalb eines Konzerns die Sachherrschaft über Grundstücke von einer Tochtergesellschaft auf eine andere Tochtergesellschaft übergehe.

#### Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Zutreffend hat das FG die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheids bestätigt.

1. Der Vertrag vom 17.12.1993 unterliegt nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG 1983 der Grunderwerbsteuer. Nach dieser Vorschrift werden Rechtsgeschäfte besteuert, die den Anspruch auf Übertragung aller Anteile einer Gesellschaft begründen, zu deren Vermögen ein inländisches Grundstück gehört. Gegenstand der Besteuerung ist dabei nicht der Erwerb der Anteile als solcher, sondern die durch ihn begründete eigenständige Zuordnung der der Gesellschaft gehörenden Grundstücke (Urteil des BFH vom 12.1.1994, II R 130/91, BFHE 173, 229, BStBl II 1994, 408). Die Vorschriften des § 1 Abs. 3 GrEStG 1983 behandeln denjenigen, der infolge des Erfüllungsgeschäfts Alleingesellschafter einer grundstücksbesitzenden Gesellschaft werden würde, so, als gehörten ihm die Grundstücke, die dieser Gesellschaft grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen sind (BFH, Urteil vom 20.10.1993, II R 116/90, BFHE 172, 538, BStBl II 1994, 121 m. w. N.).

Sämtliche tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG 1983 sind im Streitfall erfüllt. Zum Vermögen der C-GmbH gehörten inländische Grundstücke. Die B-GmbH verpflichtete sich, alle Anteile an der C-GmbH auf die Klägerin zu übertragen.

2. Der Steuerbarkeit der Anteilsübertragung steht nicht entgegen, dass die Anteile an der C-GmbH bereits vor der Anteilsübertragung mittelbar in der Hand der A-AG vereinigt waren und nach der Anteilsübertragung vereinigt blieben. Dem Grunderwerbsteuergesetz ist nicht zu entnehmen, dass im Rahmen des § 1 Abs. 3 GrEStG 1983 eine gleichzeitige Zuordnung von Grundstücken auf mehrere Rechtsträger ausgeschlossen sein soll. Aus der zivilrechtlichen Selbstständigkeit von Beteiligungsgesellschaften folgt daher für die grunderwerbsteuerrechtliche Betrachtung, dass neben die Zuordnung auf eine Obergesellschaft (infolge Anteilsvereinbarung) die Zuordnung auf eine Untergesellschaft tritt, wenn diese alle Anteile an einer grundstücksbesitzenden Gesellschaft von einer anderen Untergesellschaft erwirbt.

Damit werden Anteilsübertragungen gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG 1983 nicht anders behandelt als Rechtsvorgänge i. S. von § 1 Abs. 1 GrEStG 1983, die zwischen den verbundenen Gesellschaften stattfinden. Denn Eigentumsübertragungen an Grundstücken i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 unterliegen sowohl zwischen den Untergesellschaften als auch zwischen ihnen und der sie beherrschenden Obergesellschaft der Grunderwerbsteuer. Normzweck des § 1 Abs. 3 Nrn. 3 und 4 GrEStG 1983 ist es, zu verhindern, dass eine Grunderwerbsteuer dann vermieden wird, wenn anstelle von Grundstücken alle Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft übertragen werden. Die Besteuerung auch der Tatbestände des § 1 Abs. 3 Nrn. 3 und 4 GrEStG 1983, die zwischen verbundenen Gesellschaften verwirklicht werden, entspricht daher nicht nur dem Wortsinn, sondern auch dem Zweck der Vorschrift. Entgegen der Auffassung der Revision liegt daher keine verdeckte Regelungslücke vor, die durch teleologische Reduktion zu schließen wäre. Die Nichtbesteuerung zwischen verbundenen Gesellschaften verwirklichter Grunderwerbsteuer-tatbestände ist eine steuerpolitische Entscheidung, die nur vom Gesetzgeber getroffen werden kann (vgl. die im Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts, BT-Drs. 14/6882, S. 449, vorgesehene, aber nicht Gesetz gewordene Steuervergünstigung für innerhalb eines Konzerns verwirklichte Grunderwerbsteuer-tatbestände).

Im Ergebnis ist deshalb die (fort-)bestehende Grunderwerbsteuerrechtliche Zuordnung der Grundstücke der C-GmbH bei der Alleingesellschafterin der Klägerin für die hier vorzunehmende Beurteilung der Anteilsübertragung auf die Klägerin ohne Belang; vielmehr kommt es nur darauf an, dass das auf die Übertragung aller Anteile an der C-GmbH abzielende Verpflichtungsgeschäft vom 17.12.1993 zur erstmaligen Zuordnung dieser Anteile und damit der der C-GmbH gehörenden Grundstücke zum Vermögen der Klägerin führt.

3. Eine andere Beurteilung ergibt sich nicht aus den Entscheidungen des BFH in BFHE 172, 538, BStBl II 1994, 121 und in BFHE 173, 229, BStBl II 1994, 408. Diese Urteile betrafen Fälle, in denen eine Obergesellschaft die Anteile einer Gesellschaft mit Grundbesitz teils selbst (unmittelbar), teils (mittelbar) über eine andere Gesellschaft hält, an der sie zu 100 v. H. beteiligt ist. Sind die Anteile an einer Gesellschaft mit Grundbesitz in dieser Weise bereits teils unmittelbar, teils mittelbar in einer Hand vereinigt, so löst die Veränderung der zivilrechtlichen Rechtszuständigkeit dadurch, dass die der Obergesellschaft Grunderwerbsteuerrechtlich bereits zugeordneten Anteile auf sie übertragen werden, sich also unmit-

telbar in ihrer Hand vereinigen, bei im Übrigen unveränderten Beteiligungsverhältnissen keine Grunderwerbsteuer aus.

Der Streitfall ist hiermit nicht vergleichbar. Denn es geht nicht um die Frage, ob die bei einer Person bereits vereinigten Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft nochmals bei dieser Person in tatbestandserfüllender Weise vereinigt werden können, sondern es geht um die Steuerbarkeit der erstmaligen Zuordnung von Anteilen auf eine (Unter-)Gesellschaft, der bisher die Anteile an der grundbesitzenden Gesellschaft weder mittelbar noch unmittelbar zugeordnet waren.

Da keine bei der A-AG erfolgte Anteilsvereinigung/-übertragung in Frage steht kann der Senat offen lassen, ob eine Übertragung der Anteile an der C-GmbH von der B-GmbH auf die A-AG tatbestandserfüllend gewesen wäre (verneinend z. B. Finanzministerium Baden-Württemberg, Schreiben vom 6.11.1995, Der Betrieb 1995, 2294; Pahlke/Franz, Grunderwerbsteuergesetz, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 361; Fischer in Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, 15. Aufl., § 1 Rdnr. 902).

4. Die Voraussetzungen für eine Anrechnung der eventuell der A-AG für den mittelbaren Erwerb aller Anteile an der C-GmbH berechneten Steuer nach § 1 Abs. 6 GrEStG 1983 liegen nicht vor. Denn die Erhebung lediglich der Differenzsteuer setzt zum einen die Identität des Erwerbers voraus (BFH, Urteil vom 27.10.1970, II 72/65, BFHE 101, 126, BStBl II 1971, 278). Daran mangelt es, wenn der Anteilsvereinigung in der Hand einer Gesellschaft eine mittelbare Anteilsvereinigung in der Hand der Alleingesellschafterin dieser Gesellschaft vorausgegangen ist. Denn zivil- und Grunderwerbsteuerrechtlich besteht keine Personenidentität zwischen einer Kapitalgesellschaft und ihren Gesellschaftern. Zum anderen fehlt es an dem Erfordernis, dass „einem in § 1 Abs. 1, 2 oder 3 GrEStG 1983 bezeichneten Rechtsvorgang ein in einem anderen dieser Absätze bezeichneter Rechtsvorgang vorausgegangen ist“. Denn in beiden Fällen handelt es sich um die Steuer für eine steuerpflichtige Anteilsvereinigung bzw. -übertragung nach § 1 Abs. 3 GrEStG 1983.

Auch eine entsprechende Anwendung des § 1 Abs. 6 GrEStG 1983 (vgl. hierzu Fischer in Boruttau, a. a. O., § 1 Rdnr. 975) kommt nicht in Betracht. Für eine solche Analogie, die im Ergebnis den Tatbestand des § 1 Abs. 3 GrEStG 1983 korrigieren würde, besteht angesichts der klaren gesetzlichen Begrenzung der Anrechnungsregelung keine Möglichkeit. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen hat, die Anrechnung einer einem Dritten berechneten Steuer in die Sonderregelung aufzunehmen. Die für einen Analogieschluss erforderliche Regelungslücke besteht folglich nicht.

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### 1. Zweifelsfragen zum Eigenheimzulagengesetz; BMF-Schreiben vom 10.2.1998 (BStBl I, 190); Kinderzulage

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 18.2.2003, Gz. IV C 3 – EZ 1230 – 3/03

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden wird mein Schreiben vom 10.2.1998 (BStBl I S. 190) zum Eigenheimzulagengesetz wie folgt geändert:

#### 1. Rz. 84 wird wie folgt gefasst:

- „<sup>1</sup>Die Inanspruchnahme der Kinderzulage setzt voraus, dass
- der Anspruchsberechtigte oder sein Ehegatte für das jeweilige Jahr des Förderzeitraums zumindest für einen Monat für das Kind Kindergeld oder einen Freibetrag für Kinder im Sinne des § 32 Abs. 6 EStG erhält (BFH vom 14.5.2002 – BStBl 2003 II S...\*..) und
  - das Kind im Zeitpunkt der Anschaffung oder Herstellung des Objekts oder zu einem späteren Zeitpunkt im Förderzeitraum zum inländischen Haushalt des Anspruchsberechtigten (vgl. Rz. 86) gehört oder gehört hat (BFH vom 13.9.2001 – IX R 15/99 – BStBl 2003 II S...\*.. und vom 23.4.2002 – IX R 101/00 – BStBl 2003 II S...\*..).

Beispiel:

A schafft im Juni 2002 ein Einfamilienhaus an, das er im Dezember 2002 mit seinen beiden Kindern bezieht. Für ein Kind erhält er ab März 2002 kein Kindergeld mehr, für das andere Kind ab Juli 2002. A erhält für 2002 die Kinderzulage für beide Kinder; ab 2003 besteht kein Anspruch auf Kinderzulage mehr.

<sup>2</sup>Nicht Voraussetzung ist, dass das Kind in dem begünstigten Objekt wohnt.“

#### 2. Rz. 86 wird wie folgt gefasst:

„<sup>1</sup>Ein Kind gehört zum Haushalt des Anspruchsberechtigten, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung unter Leitung des Anspruchsberechtigten dessen Wohnung teilt oder sich mit seiner Einwilligung vorübergehend außerhalb seiner Wohnung aufhält. <sup>2</sup>Es kann auch zu seinem Haushalt gehören,

wenn es zwar auswärtig am Ausbildungsort untergebracht ist, aber dort keinen eigenen unabhängigen Haushalt führt und regelmäßig an Wochenenden und in den Ferien in die elterliche Wohnung zurückkehrt, in der ihm weiterhin ein Zimmer zur Verfügung steht (BFH vom 23.4.2002 – IX R 52/99 – BStBl 2003 II S...\*..). <sup>3</sup>Dies gilt unabhängig davon, ob sich das Kind zu Ausbildungszwecken in einer dem Kind unentgeltlich überlassenen Wohnung des Anspruchsberechtigten, einer angemieteten Wohnung oder einer gemeinschaftlich mit Mitbewohnern genutzten Wohnung (Wohngemeinschaft) aufhält. <sup>4</sup>Ob in diesen Fällen eine Haushaltszugehörigkeit anzunehmen ist, kann nur anhand einer Würdigung sämtlicher Begleitumstände des jeweiligen Einzelfalles entschieden werden. <sup>5</sup>Der Abzug eines Ausbildungsfreibetrages wegen auswärtiger Unterbringung nach § 33 a Abs. 2 EStG in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung oder der Abzug eines Freibetrags zur Abgeltung eines Sonderbedarfs eines sich in Berufsausbildung befindenden, auswärtig untergebrachten, volljährigen Kindes nach § 33 a Abs. 2 EStG in der ab dem Veranlagungszeitraum 2002 geltenden Fassung wird durch die Kinderzulage nicht ausgeschlossen, es sei denn, die nach dem EigZulG begünstigte Wohnung wird von den Eltern oder einem Elternteil mitbewohnt und ist bereits deswegen als Teil eines elterlichen Haushalts anzusehen. <sup>6</sup>Es reicht aus, wenn die Haushaltszugehörigkeit in einem früheren Jahr des Förderzeitraums einmal vorgelegen hat (vgl. jedoch Rz. 84). <sup>7</sup>Der Wegfall der Haushaltszugehörigkeit im Laufe des Förderzeitraums ist unschädlich (vgl. BFH vom 21.11.1989 – BStBl 1990 II S. 216).“

3. Die Neufassung der Rz. 84 und 86 ist in allen noch offenen Fällen anzuwenden. Auf Antrag des Anspruchsberechtigten ist eine Neufestsetzung nach § 11 Abs. 5 EigZulG mit Wirkung ab 2001 durchzuführen, soweit Rz 84 in dieser Fassung gegenüber der bisherigen Verwaltungsauffassung zu einem Anspruch auf Kinderzulage führt. Soweit Rz. 86 in dieser Fassung gegenüber der bisherigen Verwaltungsauffassung zu einem Anspruch auf Kinderzulage führt, ist auf Antrag des Anspruchsberechtigten mit Wirkung ab 2002 eine Neufestsetzung nach § 11 Abs. 5 EigZulG durchzuführen. Die BMF-Schreiben vom 21.11.1994 (BStBl I S. 855) und vom 7.6.2001 (BStBl I S. 368) werden aufgehoben.

### 2. Gewerblicher Grundstückshandel

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 19.2.2003, Gz. IV A 3 – S 2240 – 15/03

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt zur Anwendung der Grundsätze des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001 (BStBl 2002 II S. 291) Folgendes:

Mit o. g. Beschluss hat der Große Senat des BFH entschieden, dass in Ausnahmefällen auch der Verkauf von weniger als vier Objekten in zeitlicher Nähe zu ihrer Errichtung zu einer ge-

werblichen Tätigkeit führen kann. Dies gilt bei Wohnobjekten (Ein-, Zweifamilienhäuser, Eigentumswohnungen) insbes. für folgende Gestaltungen:

- Verkauf des Grundstücks bereits vor seiner Bebauung durch den Veräußerer;
- Bebauung von vornherein auf Rechnung und nach Wünschen des Erwerbers;
- das Bauunternehmen des das Grundstück bebauenden Steuerpflichtigen erbringt erhebliche Leistungen für den Bau, die nicht wie unter fremden Dritten abgerechnet werden.



Der Beschluss des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001 hat keine Auswirkungen auf die Beurteilung der Verkäufe von Großobjekten. Wie bislang kann daher bei Veräußerungen von Großobjekten generell auch außerhalb der o. g. Ausnahmefälle ein gewerblicher Grundstückshandel bei Veräußerung von weniger als vier Objekten vorliegen. Allerdings kann trotz des Überschreitens der Drei-Objekt-Grenze ein gewerblicher Grundstückshandel ausnahmsweise nicht anzunehmen sein, wenn aufgrund besonderer vom Steuerpflichtigen darzulegender Umstände eindeutige Anhaltspunkte gegen eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht sprechen.

Nach der bisherigen Verwaltungspraxis wurde regelmäßig auch in den vom Großen Senat des BFH genannten Ausnahmefällen ein gewerblicher Grundstückshandel nur bei Errichtung und Veräußerung von mehr als drei Wohnobjekten an-

genommen. Daher sind die Grundsätze des Beschlusses des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001 zur Anwendung der Drei-Objekt-Grenze, soweit sich hieraus nachteilige Folgen für den Steuerpflichtigen ergeben, erst auf Veräußerungen anzuwenden, die nach dem 31.5.2002 (Datum der Veröffentlichung des Beschlusses des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001) stattgefunden haben. Die vor dem 1.6.2002 erfolgten Veräußerungen sind jedoch in jedem Fall als Zählobjekte i. S. d. Drei-Objekt-Grenze zu behandeln. Veräußerungen vor dem 1.6.2002 sind somit für Veräußerungen nach dem 31.5.2002 in die Prüfung eines gewerblichen Grundstückshandels einzubeziehen.

In Fällen, in denen ein gewerblicher Grundstückshandel zu verneinen ist, bleibt jedoch zu prüfen, ob der Gewinn aus der Veräußerung nach § 23 EStG zu besteuern ist.

## STÄNDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.2.2004:

Notar Bruno Gebele, Freising, Notar a. D.

Notar Dr. Peter Aumüller, Garmisch-Partenkirchen, Notar a. D.

#### 2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.6.2003:

Altdorf b. Nbg. der Notarassessorin  
Dr. Christine Oberhofer  
(bisher in Fürth Notar-  
stelle Angermaier)

#### 3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.6.2003:

Karl Felix Dietrich, Zweibrücken (Notarstelle Dr. Kiefer)

Mit Wirkung vom 1.8.2003:

Christian Steer, Pappenheim (Notarstelle Dr. Gottwald)

#### 4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Eva Wenz, Frankenthal, ab 23.5.2003 Geschäftsführerin der Notarkammer Pfalz

Notarassessor Frank Eckert, Schweinfurt (Notarstelle Dr. Weiß), wurde mit Wirkung vom 19.3.2003 promoviert

Notarassessorin Dr. Susanne Frank, München (Erziehungsurlaub), ab 2.5.2003 in München (Notarstellen Jungsberger/Dr. Wirner, Teilzeit)

Notarassessor Alexander Krafska, München (Notarstellen Jungsberger/Dr. Wirner), ab 1.5.2003 in München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)

Notarassessor Michael Eigner, München (Notarstelle Zehetmeier), ab 1.6.2003 in Augsburg (Notarstellen Fügler/Dr. Waibel)

Notarassessor Lorenz Spall, Haßloch (Notarstelle Dr. Sefrin), ab 1.6.2003 in Germersheim (Notarstelle Dr. Wolf)

Notarassessor Michael Weinsheimer, Germersheim (Notarstelle Dr. Wolf), ab 1.6.2003 in Haßloch (Notarstelle Dr. Sefrin)

Notarassessor Hannes Weishäupl, München (Erziehungsurlaub), ab 1.6.2003 in München (Notarstelle Zehetmeier, Teilzeit)

Oberinspektor i. N. Jürgen Zeller, München (Notarstellen Kelch/Dr. Keller), ab 1.5.2003 in Kaufbeuren (Notarstellenverwalter Dr. Schlierf)

Oberinspektorin i. N. Brigitte Greiner-Zägelein, München (Notarstelle Wurm), ab 1.7.2003 in München (Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel)

#### 5. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2003:

*Zum Notariatsrat i. N. (VerGr. II a BAT):*

Sebastian Lackermeier, Landshut (Notarstelle Häusler)

*Zum Oberamtsrat i. N./zur Oberamtsrätin i. N. (VerGr II a BAT):*

Karl Baumgartner, Regensburg (Notarstelle Ritz-Mürtz)

Artur Feckler, Regensburg (Notarstellen Albrecht/Kammer)

Werner Holl, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Bord/Dr. Munzig)

Elisabeth Lutzenberger, Immenstadt (Notarstellen Kellner/Dr. Bülow)

Horst Müller, Kaiserslautern (Notarstelle JR Dr. Wischermann)

Herbert Reichel, Ansbach (Notarstellen Dr. Anderle/Thoma)

*Zum Amratsrat i. N./zur Amträtin i. N. (VerGr. III BAT):*

Gerhard Guggenberger, Landsberg (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)

Ludwig Heinrich, Fürth (Notarstellen Schmeißer/Stoll)

Jutta Meier, Hof (Notarstelle Hoffmann)

Siegfried Nickel, Neu-Ulm (Notarstellen Goebel/Rehle)

Rudolf Pohl, Kronach (Notarstellen Dr. Thum/Büschel)

Manfred Schart, Gunzenhausen (Notarstelle Bandele)

Waltraud Stürzenhofecker, Roth (Notarstellen Dr. Weidlich/Dr. Sieghörtner)

Ulrich Weber, München (Notarstellen Dr. Kollmar/Thalinger)

*Zum Amratsrat i. N./zur Amträtin i. N. (VerGr. IV a BAT):*

Susanne Bachmann-Barham, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu)

Peter Dörr, Landau/Pfalz (Notarstellen Baumann/Schütz)

Hannelore Elflein, Würzburg (Notarstelle Böhmer)

Ingeborg Gabriel, Memmingen (Notarstelle Erber-Faller/Voran)

Gabriele Stache, Neustadt b. Coburg (Notarstelle Krebs)

Claus Voith, München (Notarstelle Kärtner)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (VerGr. IV b BAT):*

Heike Büttner, Schwabmünchen (Notarstelle Dr. Pauker)

Jochen Freund, Mutterstadt (Notarstelle Baßler)

Stefan Gegner, Kitzingen (Notarstellen Dr. Schmied/Dr. Münch)

Nicole Gundelach, Schweinfurt (Notarstelle Dr. Weiß)

Inge Jäger, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)

Matthias Koch, Kronach (Notarstellen Dr. Thum/Büschel)  
 Manuela Kramer, Cadolzburg (Notarstelle Oltersdorf)  
 Doris Mandlmeier, Neuburg/Donau (Notarstellen Leitenstern/Walter)  
 Bernd Modlmair, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Kuntz/Dr. Schmalzl)  
 Andrea Neumaier, Landshut (Schmidmeister/Suttner)  
 Kerstin Rinderer, Hengersberg (Notarstelle Dr. Heller)  
 Jane Runge, München (Notarstellen Pöppelmann/Dr. Tietgen)  
 Andrea Sauer, Würzburg (Notarstelle Böhmer)  
 Jürgen Schmidtner, Füssen (Dr. Malzer/Dr. Wälzholz)  
 Reinhard Schober, München (Notarstelle Dr. Karl)  
 Christian Stiller, Freyung (Notarstelle Burghart)

## 6. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Klaus Gorgulla, Neustadt a. d. Aisch, ab 1.6.2002 im Ruhestand  
 Oberamtsrat i. N. Dieter Bergmann, Nürnberg (Notarstellen Dr. Ehrhardt/Pillhofer), ab 1.8.2003 im Ruhestand  
 Oberamtsrat i. N. Jürgen Lehr, Schweinfurt (Notarstellen Schineis/Dr. Schmidt), ab 1.8.2003 im Ruhestand  
 Amtsrat i. N. Manfred Meier, Gunzenhausen (Notarstelle Bandele), ab 1.8.2003 im Ruhestand

## Aufhebung einer Notarstelle:

Mit Wirkung vom 1. Juni 2003 wurde die mit Verfügung vom 29. Mai 2000 in Altötting errichtete dritte Notarstelle aufgehoben.

## Neue Fortbildungsseminare für die Angestellten der Notarkasse im gehobenen Dienst

### A) Pflichtseminare

#### I) Allgemein

Nach Beendigung der letzten Fortbildungsreihe führt die Notarkasse die Fortbildungsseminare für ihre Angestellten des gehobenen Dienstes nahtlos fort. Hierzu hat der Fortbildungsausschuss der Notarkasse in Abstimmung mit dem neu eingerichteten Fortbildungsausschuss des Vereins der Bayerischen Notariatsbeamten und Angestellten der Notarkasse e.V. Themenvorschläge und ein neues Konzept erarbeitet.

Zuständiger Sachbearbeiter für die Fortbildungsveranstaltungen der Notarkasse ist nunmehr Notariatsrat Werner Tiedtke, Telefon 089 55166-266, Werner.Tiedtke@Notarkasse.de.

#### II) Neue Seminare ab Herbst 2003

##### 1) Teilnahmepflicht

Wie schon in der Vergangenheit ist die Teilnahme an einem Kurs dieser neuen Fortbildungsreihe Dienstpflicht.

##### 2) Ablauf

a) Die beiden in einer Woche abgehaltenen Fortbildungsseminare behandeln jeweils die gleichen Themen. Die frühere Einteilung in Kurse A und B entfällt. Der zeitliche Ablauf wird beibehalten. Das 1. Seminar beginnt mit der Anreise am Sonntag und endet mit der Abreise am Mittwoch, das 2. Seminar beginnt mit der Anreise am Mittwoch und endet mit Abreise am Samstag.

b) In jedem Jahr finden die Fortbildungsseminare – wie schon in der Vergangenheit – immer im Frühjahr und im Herbst statt. Insgesamt bietet die Notarkasse pro Jahr vier Seminare an, wobei jeweils in einer Woche zwei Seminare abgehalten werden.

c) Die Termine für die Fortbildungsseminare werden künftig in der MittBayNot bekannt gegeben.

#### 3) Anmeldung

a) Jeder Kassenangestellte kann sich künftig selbst einen ihm passenden Termin aussuchen und sich zu einem bestimmten Seminar anmelden. Damit sollen die persönlichen Belange der Kassenangestellten stärker berücksichtigt werden. Die Teilnehmer werden nach der Reihenfolge des Eingangs der Anmeldungen von der Notarkasse eingeladen. Die Einladung erfolgt rechtzeitig etwa vier bis sechs Wochen vor der Veranstaltung. Mit dieser Änderung soll die Ausschöpfung der vorhandenen Kapazitäten gewährleistet werden.

Die Angabe eines Ersatztermins ist möglich.

b) Kommt ein Kassenangestellter trotz Anmeldung zu den von ihm gewählten Terminen nicht zum Zuge, ist eine erneute Anmeldung zu einem anderen Termin notwendig.

c) Mit diesen Änderungen soll die Zahl der insbesondere kurzfristigen Absagen (z. B. wegen anderweitiger Terminbindung, Urlaubsplanung usw.) auf ein Mindestmaß reduziert werden. Nach Einladung durch die Notarkasse sollen sich Absagen auf begründete Ausnahmefälle beschränken. Bei unvermeidbaren Absagen soll anderen Kassenangestellten die Möglichkeit gegeben werden, nachzurücken. Die Notarkasse wird deshalb eine Liste für mögliche Nachrücker erstellen und die in Betracht kommenden Kassenangestellten benachrichtigen.

d) Kassenangestellte, die sich nicht selbst zur Teilnahme an einem Fortbildungsseminar anmelden, werden von der Notarkasse eingeladen.

#### III) Seminarinhalte – Themen/Referenten

Der Fortbildungsausschuss hat die nachfolgenden Themen und Referenten ausgewählt. Die Zusagen der Referenten liegen der Notarkasse vor. Jedes Referat dauert drei Stunden. Die Reihenfolge der Referate wird von der Notarkasse in Abstimmung mit den Referenten festgelegt.

Thema	Referent
1. Veräußerungsverträge bei Zwangsvollstreckung oder Insolvenz	Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen
2. Sonderprobleme des Verbrauchervertrages	Notar Dr. Gregor Rieger, Prien a. Chiemsee
3. Internet und Notarnetz	Notar Dr. Alexander Benesch, München
4. Grundprobleme der Vermögensnachfolge	Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein
5. Kostenrecht	Notariatsrat Werner Tiedtke, Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

#### IV) Termine

Für die Fortbildungsseminare stehen die folgenden Termine fest:

- 12.10.2003 (Anreise) – 15.10.2003 (Abreise)
- 15.10.2003 (Anreise) – 18.10.2003 (Abreise)
- 21.3.2004 (Anreise) – 24.3.2004 (Abreise)
- 24.3.2004 (Anreise) – 27.3.2004 (Abreise)
- 17.10.2004 (Anreise) – 20.10.2004 (Abreise)
- 20.10.2004 (Anreise) – 23.10.2004 (Abreise)

Anmeldungen an die Notarkasse können ab sofort für alle Termine erfolgen.

#### V) Veranstaltungsort

Die Veranstaltungen finden wie bisher im Hotel Aurachhof, Fischbachau, statt.

#### B) Zusatzseminare

##### I) Allgemein

Die Notarkasse bietet interessierten Angestellten im gehobenen Dienst neben den Pflichtseminaren im Jahre 2003 ein Zusatzseminar und danach jährlich zwei Zusatzseminare an.

Die Teilnahme ist freiwillig.

In diesen Zusatzseminaren sollen wechselnde aktuelle Themen behandelt werden.

#### II) Seminarinhalt für die Seminare 2003 und 2004

Themen/Referenten

a) Die Notarkasse hat in Abstimmung mit dem Fortbildungsausschuss der Notarkasse für das freiwillige zusätzliche Fortbildungsseminar als 1. Thema ausgewählt:

##### Die GmbH in der notariellen Praxis.

- b) Referenten sind:
- Notar Dr. Winfried Kössinger, München
  - Notar Dr. Hans-Joachim Vollrath, München
  - NR Werner Tiedtke, Prüfungsabteilung der Notarkasse München (Kostenrecht)

c) Behandelt werden die in der nachfolgenden Gliederung enthaltenen Punkte:

1. Einführung
2. GmbH-Errichtung
3. Sonderfälle bei der „Schaffung“ einer GmbH
4. Der Geschäftsführer
5. Gesellschafterversammlung, Beschlüsse
6. Beendigungsfälle, Ausscheiden, Abfindung
7. Geschäftsanteilsveräußerung und -belastung
8. Kostenrecht

#### III) Veranstaltungsdauer

Das Fortbildungsseminar beginnt jeweils am Freitag, 9.00 Uhr, und endet am Samstag, 13.00 Uhr.

#### IV) Seminartermine

Folgende Termine stehen bereits fest:

- 7. und 8.11.2003
- 18. und 19.6.2004
- 29. und 30.10.2004

Auch für diese Termine können Anmeldungen an die Notarkasse ab sofort erfolgen.

#### V) Veranstaltungsort

Die Veranstaltungen finden wie bisher im Hotel Aurachhof, Fischbachau, statt.

## SONSTIGES

### Veranstaltungen des DAI

- |  |   |
|--|---|
| <p>1. Personengesellschaften, Gesellschafts- und Steuerrecht<br/>(<i>Spiegelberger, Herzig, Schmidt, Wälzholz</i>)<br/>17.–19.7.2003 in Fischbachau</p> <p>2. EDV im Notariat<br/>(<i>Gassen, Rehm</i>)<br/>5.7.2003 in Berlin<br/>19.7.2003 in Bochum</p> <p>3. Vollstreckungsfeste Vertragsgestaltung<br/>(<i>Amann, Wagner, Morvilius</i>)<br/>5.–6.9.2003 in Berlin</p> <p>4. Der Unternehmenskauf in der notariellen Praxis<br/>(<i>Elsing, Heckschen, Pospich</i>)<br/>12.9.2003 in Hamburg<br/>13.9.2003 in Stuttgart</p> | <p>5. Wohnungseigentum und Wohnungserbbaurecht<br/>(<i>Albrecht, Langhein, Rapp, Volk</i>)<br/>12.–13.9.2003 in Frankfurt</p> <p>6. Jahresarbeitstagung des Notariats<br/>(<i>Krüger, Amann, Fischer, Basty, Kurzwelly u. a.</i>)<br/>18.–20.9.2003 in Würzburg</p> |
|--|---|

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V. – Fachinstitut für Notare (bzw. Fachinstitut für Steuerrecht), Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail (Fachinstitut für Notare): [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de).

### Gründung der Gesellschaft deutsch-ukrainischer Juristen e.V.

Am 28.2.2003 hat sich in Berlin die Gesellschaft deutsch-ukrainischer Juristen e. V. gegründet. Sie versteht sich als ein Forum für Kontakte zwischen ukrainischen und deutschen Juristen aus allen juristischen Bereichen und will sowohl Kenntnisse über das ukrainische und deutsche Recht als auch das Verständnis der beiden Völker füreinander fördern. Durch den Erfahrungsaustausch soll die Annäherung der beiden Rechtsordnungen im Zuge der Vertiefung der Beziehungen zwischen der EU und der Ukraine begleitet und gefördert werden. Mitglieder des Vereins können natürliche und juristische Personen werden. Interessenten wenden sich an die Anwaltskanzlei Dr. Arzinger und Partner, Littenstraße 108, 10179 Berlin, oder an das Ministerium der Justiz und für Europaangelegenheiten des Landes Brandenburg, Heinrich-Mann-Allee 107, 14473 Potsdam.

### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Eichstätt, Notarstellen Dr. Schneider/Dr. Philipp, Weißenburger Straße 6, 85072 Eichstätt

Bad Aibling, Notarstellen Dr. Keidel/Dr. Kleeberger, Tel. 08061 35080, Fax: 08061 350820, [mail@notare-kk.de](mailto:mail@notare-kk.de)

Augsburg, Notarstellen Dr. Wust/Engelhardt, Notare.Wust-Engelhardt@epost.de

Kusel, Notarstelle Naumann, Trierer Straße 65, 66869 Kusel, Fax: 06381 923333, [post@notar-naumann.de](mailto:post@notar-naumann.de)

**NEUERSCHEINUNGEN**

1. *Bamberger/Roth* (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1: §§ 1–610. Beck, 2003. 2 407 S., 165 €. Bd. 2: §§ 611–1296, ErbbauVO, WEG. Beck, 2003. 2 323 S., 160 €
2. *Binz/Sorg*: Die Stiftung. 4., überarb. Aufl., Verl. Recht und Wirtschaft, 2003. 32 S., 9 €
3. *Binz/Sorg*: Die GmbH & Co. KG. 9., überarb. und erw. Aufl., Beck, 2003. 594 S., 76 €
4. *Böttcher/Ries*: Formularpraxis des Handelsregisterrechts. RWS-Verl., 2003. 476 S., 69 €
5. *Danko/Heckschen/Plesterninks*: Umstrukturierungen in Unternehmen. RWS-Verl., 2003. 322 S., 38 €
6. *Dittmann/Reimann/Bengel* (Hrsg.): Testament und Erbvertrag. 4., völlig neu bearb. Aufl., Luchterhand, 2003. 1 270 S., 99 €
7. *Eickhoff*: GbR-Verträge. 2., neu bearb. Aufl., RWS-Verl., 2003. 208 S., 36 €
8. *Holzapfel/Pöllath*: Unternehmenskauf in Recht und Praxis. 11., neu bearb. Aufl., RWS-Verl., 2003. 612 S., 74 €
9. *Krause*: Der Lebenspartnerschaftsvertrag in der anwaltlichen und notariellen Praxis. Luchterhand, 2002. 216 S., 29 €
10. *Marcks*: Makler- und Bauträgerverordnung. Kommentar. 7. Aufl., Beck, 2003. 429 S., 29,90 €
11. *Merkt*: Internationaler Unternehmenskauf. 2., neu bearb. Aufl., RWS-Verl., 2003. 432 S., 59 €
12. *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*: Kommentar zum Deutschen Corporate-Governance-Kodex. Beck, 2003. 308 S., 58 €
13. *Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns*: Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf. Beck, 2003. 901 S., 92 €
14. *Schwab*: Die Nachgründung im Aktienrecht. Duncker & Humblot, 2003. 329 S., 76 €
15. *Sernetz/Haas*: Kapitalaufbringung und -erhaltung in der GmbH. RWS-Verl., 2003. 340 S., 39 €
16. *Voll/Störle*: Bayerisches Stiftungsgesetz. Kommentar. 4., neu bearb. Aufl., Boorberg, 2003. 232 S., 35 €
17. *Waldner*: Grundstückskaufverträge. RWS-Verl., 2003. 144 S. + Diskette, 36 €
18. *Weinreich/Klein* (Hrsg.): Kompaktcommentar Familienrecht. Luchterhand, 2002. 2 276 S. + CD-ROM, 98 €
19. *Wellenhofer-Klein*, Die eingetragene Lebenspartnerschaft. Beck, 2003. 209 S., 24 €

### 1. **BGH: Vereinbarung der Wohnungseigentümer über sachenrechtliche Grundlagen der Gemeinschaft**

(WEG § 10 Abs. 2)

Einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer, die die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft zum Gegenstand hat, kann auch dann keine Wirkung gegen die Sondernachfolger gemäß § 10 Abs. 2 WEG beigelegt werden, wenn eine nur schuldrechtliche Verpflichtung zur Eigentumsübertragung begründet werden soll (hier: Verpflichtung, einem der Wohnungseigentümer das Alleineigentum an einer Teilfläche des gemeinschaftlichen Eigentums zu verschaffen).

(Urteil vom 6.2.2003, III ZR 287/02)

### 2. **BGH: Ferienparkbetriebsrecht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit**

(BGB § 1090)

Ein Ferienparkbetriebsrecht, wonach eine Eigentumswohnung nur als Ferienwohnung bewirtschaftet und einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zur Verfügung gestellt werden darf und wonach allein dem Berechtigten die Verwaltung und Vermietung der Wohnung, die Wärmeversorgung, der Betrieb einer Kabelfernseh- und einer Telefonanlage obliegt, kann Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein.

(Urteil vom 14.3.2003, V ZR 304/02)

### 3. **BGH: Keine analoge Anwendung des § 2077 BGB auf Schwiegerkinder**

(BGB § 2077)

§ 2077 BGB ist auf die Erbeinsetzung von Schwiegerkindern nicht entsprechend anwendbar.

(Beschluss vom 2.4.2003, IV ZB 28/02)

### 4. **BGH: Ausgleich von Anrechten aus Renten-Lebensversicherung mit Kapitalwahlrecht bei Scheidung (II)**

(BGB §§ 1587, 1587 a Abs. 3 Nr. 1)

Anrechte aus einer Rentenlebensversicherung mit Kapitalwahlrecht können, wenn der Berechtigte sein Wahlrecht erst nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ausübt, nicht dadurch im Wege des Versorgungsausgleichs ausgeglichen werden, dass die Kapitaleistung unter Heranziehung des § 1587 a Abs. 3 Nr. 1 BGB in eine Rentenleistung umgerechnet wird (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 5. Februar 2003, XII ZB 53/98).

(Beschluss vom 19.3.2003, XII ZB 42/99)

### 5. **BGH: Wucherische Grundstücksgeschäfte unter Ehegatten**

(§ 138 BGB)

Zu den Voraussetzungen wucherischer oder wucherähnlicher Grundstücksgeschäfte unter Ehegatten im Zusammenhang mit der Scheidung.

(Urteil vom 19.2.2003, XII ZR 142/00)

### 6. **BGH: Bemessung des nachehelichen Unterhalts**

(BGB §§ 1578, 1586 b; ZPO § 323)

a) Zur Bemessung des nachehelichen Unterhalts nach § 1578 BGB, wenn nach der Scheidung

aa) der unterhaltspflichtige Ehegatte anstelle seines bisherigen Erwerbseinkommens eine niedrigere Rente bezieht (Fortführung der Senatsurteile BGHZ 148, 105 ff. und vom 29.1.2003, XII ZR 92/01);

bb) der unterhaltsberechtigte Ehegatte Rente aus Anrechten bezieht, die er aus vorehelicher Erwerbstätigkeit, aus dem Versorgungsausgleich sowie mit Mitteln des ihm geleisteten Vorsorgeunterhalts erworben hat (Abgrenzung zum Senatsurteil vom 31.10.2001, XII ZR 292/99, FamRZ 2002, 88).

b) Zur Frage der Abänderung von Urteilen, die noch auf der Anwendung der sog. Anrechnungsmethode zur Bemessung des nachehelichen Unterhalts beruhen (Fortführung der Senatsurteile BGHZ 148, 368 ff. und vom 22.1.2003, XII ZR 186/01).

c) In die Berechnung der Haftungsgrenze nach § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB sind (fiktive) Pflichtteilergänzungsansprüche des Unterhaltsberechtigten gegen den Erben einzubeziehen (im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 146, 114 ff.).

(Urteil vom 5.2.2003, XII ZR 29/00)

### 7. **BGH: Nichtigkeit der Vollmacht bei Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz**

(RBerG Art. 1 § 1 Abs. 1; BGB § 278 a. F.)

a) Ist der im Rahmen eines steuersparenden Bauherren- und Erwerbermodells abgeschlossene Treuhändervertrag wegen eines Verstoßes gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBerG nichtig, so erfasst die Nichtigkeit auch die dem Treuhänder erteilte Vollmacht.

b) Bei steuersparenden Bauherren- und Erwerbermodellen muss sich das in den Vertrieb nicht eingeschaltete finanzierende Kreditinstitut Erklärungen des Vermittlers zu Wert und Rentabilität des Kaufobjekts nicht zurechnen lassen. Sie betreffen nicht das Kreditgeschäft, sondern das zu finanzierende Geschäft und liegen damit außerhalb des Pflichtenkreises der Bank.

(Urteil vom 18.3.2003, XI ZR 188/02)

### 8. **BayObLG: Eintragungsbewilligung als verfahrensrechtliche Erklärung**

(GBO § 19; BGB § 119)

1. Die Eintragungsbewilligung ist eine rein verfahrensrechtliche Erklärung und als solche nicht anfechtbar.

2. Ein Rechtsirrtum berechtigt nicht zur Anfechtung.

(Beschluss vom 27.3.2003, 2Z BR 18/03)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F